ALCANCES Y EFICACIA DEL DERECHO DEL TRABAJO: TERCERIZACIÓN, INSPECCIÓN Y DERECHOS COLECTIVOS



III CONGRESO NACIONAL

DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Chiclayo 29, 30, y 31 de Octubre

SPDTSS

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Auspiciadores

Universidades

UNIVERSIDAD DE SAN MARTIN DE PORRES
Una Universidad para toda la vida

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Empresas

DOE RUN PERU

GACETA JURIDICA

Backus

Telefónica

MARSA
MINERA AURIFERA RETAMAS S.A.

REPSOL YPF

OIT
Organización Internacional del Trabajo

Interbank

OverallStrategy
Outsourcing

Pima

AELE

Manpower

EDITORIAL ECONOMIA Y FINANZAS

Ticket Alimentación

SOLUCIONES LABORALES

Talma

70 Años
LA SIRENA
... Experiencia a su Servicio

RENASA

Aporte al fondo especial

Estudio Echecopar
Abogados

ESTUDIO MUÑIZ
ABOGADOS

FORSYTH & ARBE
ABOGADOS

Gonzalez & Asociados
abogados
CONSULTORES LABORALES

LAL
LAOS AGUILAR LIMAS
& ABOGADOS

MIRANDA & AMADO
ABOGADOS

Rebaza, Alcázar & De Las Casas
Abogados Fiscalizadores

"ALCANCES Y EFICACIA DEL DERECHO DEL TRABAJO: TERCERIZACIÓN, INSPECCIÓN Y DERECHOS COLECTIVOS"

TERCER CONGRESO NACIONAL
DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO
DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

CONTENIDO

Comité Organizador del Tercer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social 7

Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social 9

Relación de miembros de la Sociedad Peruana de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social 9

Presentación. Alfredo Villavicencio Ríos 11

Programa del Tercer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social 13

PRIMER TEMA:
"Implicancias de la subcontratación en las relaciones laborales"

Ponencias oficiales

- Imputación de cargas laborales en la subcontratación ¿persiguiendo un gigante o un molino de viento?
  Elmer G. Arce Ortiz 21

- Los derechos laborales en la subcontratación laboral a la luz de la jurisprudencia
  Luz Pacheco Zerga 51

Ponencias libres

- Zonas grises entre la intermediación laboral y la tercerización de servicios
  Mariella Antola Rodríguez y *Marielena Houghton Soto* 65

- Incidencias en las acciones de subcontratación laboral: la responsabilidad solidaria derivada de la tercerización
  Oxal Víctor Ávalos Jara 75

- Ámbito de aplicación de la nueva regulación sobre tercerización de servicios
  Carlos Cadillo Angeles 93

- Tercerización de servicios: expresión legal de una manera eficiente de hacer empresa
  Carlos Cornejo Vargas 105

- Tercerización de servicios en el Sector Público
Jaime Cuzquén Carnero 119

- La responsabilidad solidaria de la empresa principal en la nueva ley de tercerización: crítica a partir del principio tuitivo y del derecho a la información
Manuel Gonzalo De Lama Laura 125

- La tercerización de las actividades complementarias
Frank Espinoza Laureano 135

- Sugerente sociedad. Algunos aspectos del contrato de gerencia frente a la legislación laboral
Mario Pasco Lizárraga 147

- Subcontratación de trabajadores y prevención de riesgos laborales
César Puntriano Rosas 161

- A propósito de la reciente aprobación de la ley que la regula la tercerización en sistema laboral peruano
Omar Toledo Toribio 173

- Implicancias de la subcontratación en las relaciones individuales de trabajo
Liliana Tsuboyama Shiohama 179

- Gestión y tercerización de actividades en los sistemas de pensiones
Álvaro Vidal Bermúdez y *Mario Atarama Cordero* 189

- La negociación colectiva: una alternativa... "eficaz" frente a los efectos peyorativos de la subcontratación
Milagros Vivas Ponce 209

SEGUNDO TEMA:
"Alcances y límites de la inspección"

Ponencias oficiales

- Primacía de la realidad, intermediación laboral y tercerización de servicios; su aplicación en el origen, desarrollo y finalización de las actuaciones inspectivas
Pedro G. Morales Corrales 225

- Alcances y límites de la inspección del trabajo. Los criterios para el ejercicio de las facultades de la inspección del trabajo en el Perú
Fernando García Granara 293

Ponencias libres

- Alcances y límites de la inspección en materia de relaciones colectivas. La libertad sindical como objeto de inspección
Eric Castro Posadas 321

- El nuevo modelo de inspección del trabajo en Perú
Adolfo Ciudad Reynaud 329

- Fiscalizaciones laborales y debido proceso administrativo
Jorge Toyama Miyagusuku 341

- La inspección laboral en Lima: sugerencias para su mejoría
Daniel Ulloa Millares 355

TERCER TEMA:
"Los desafíos de los derechos colectivos del siglo XXI"

Ponencias oficiales

- Los desafíos de los derechos colectivos en el siglo XXI
Jaime Zavala Costa 369

Ponencias libres

- El papel del Estado en la libertad sindical: del clásico intervencionismo a la necesaria autonomía
Jorge Orlando Ágreda Aliaga 403

- Desafíos de la libertad sindical en el Perú: análisis de problemas concretos y alternativas de solución
Luis Eduardo Arellano Mori 415

- Hacia una reformulación del derecho de constituir sindicatos –y de promoverlos– en tiempos actuales
Joel Cáceres Paredes 421

- La vigencia del derecho colectivo en el Perú en el siglo XXI
Javier Espinoza Escobar 435

- Los desafíos de los derechos colectivos en el siglo XXI en el Perú
Leopoldo Gamarra Vílchez 443

- Empresas y globalización: mecanismos alternativos para la acción sindical.
Claudia Cecilia Irujo Paredes 457

- Los grupos de empresas, los consorcios empresariales y las relaciones laborales. Una nueva forma de hacer empresa en el Perú y su impacto en los convenios colectivos de trabajo
Jorge Luis Mayor Sánchez 469

- ¿El deber de paz laboral y las nuevas formas de generación de paz y productividad en la empresa afectan el derecho de huelga?
Alfredo Luis Salvador Vargas 483

- El rol estatal de fomento de la negociación colectiva
Fernando Cuadros Luque y *Christian Sánchez Reyes* 495

- La violencia como elemento desnaturalizador de la huelga: ¿qué nos dice la ley?
Boris Sebastiani Araujo 515
- Los derechos laborales colectivos en el siglo XXI
Michael Vidal Salazar 527
- Relaciones colectivas de trabajo. El escenario peruano y sus desafíos
Anna Vilela Espinosa y *Jorge Bernedo Alvarado* 541
- Los grandes desafíos de los derechos colectivos del trabajo en un (hasta ahora) adverso siglo XXI
Alfredo Villavicencio Ríos 549

TERCER CONGRESO NACIONAL DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

"ALCANCES Y EFICACIA DEL DERECHO DEL TRABAJO: TERCERIZACIÓN, INSPECCIÓN Y DERECHOS COLECTIVOS"

Chiclayo, Perú

Comisión Organizadora

Presidente de la Comisión Organizadora	:	Juan Carlos Cortés Carcelén
Presidente de la SPDTSS	:	Alfredo Villavicencio Ríos
Comisión Central	:	Alfonso de los Heros Pérez Albela
		Guillermo Boza Pró
		César Gonzales Hunt
		Carlos Guillermo Morales Morante
		Jorge Toyama Miyagusuku
		Luis Vinatea Recoba
Consultor Especial	:	Mario Pasco Cosmópolis
Comisión del Concurso	:	César Abanto Revilla
		Javier Arévalo Vela
		Herbert Prelle Mayurí
		Daniel Ulloa Millares

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

CONSEJO DIRECTIVO (PERÍODO 2007-2009)

Consejo Directivo 2007-2009

Presidente	:	Alfredo Villavicencio Ríos
Vice-Presidente	:	Alfonso de los Heros Pérez Albela
Secretario	:	José Balta Varillas
Pro-Secretario	:	Luz Pacheco Zerga
Tesorera	:	Isabel Herrera Gonzales - Pratto
Pro-Tesorero	:	Hugo Salas Ortíz
Secretario de Biblioteca y Publicaciones	:	Renato Mejía Madrid
Eventos y Reuniones Científicas	:	Juan Carlos Cortés Carcelén
Relaciones Internacionales	:	Mario Pasco Cosmópolis

Asociados Activos

Abanto Revilla, César
Ampuero de Fuentes, Victoria
Arbulú Alva, Luís
Arévalo Vela, Javier
Balta Varillas, José Ernesto
Beltrán Quiroga, Jaime Eduardo
Butrón Fuentes, José Andrés
Ciudad Renaud, Adolfo
De los Heros Pérez Albela, Alfonso
Gamarra Vilchez, Leopoldo
Gonzáles Hunt, César José
Herrera Gonzáles- Pratto, Isabel
Mayorga Miranda, Víctor
Mejía Madrid, Renato
Alva Hart, Beatriz Regina
Aparicio Valdez, Luis
Arce Ortiz, Elmer
Balbín Torres, Edgardo Sergio
Barrenechea Calderón, Julio César
Boza Pró, Guillermo
Carrillo Calle, Martín Alberto
Cortés Carcelén, Juan Carlos
Ferro Delgado, Víctor
García Granara, Fernando
Gonzáles Nieves, Orlando
Herrera Vásquez, Ricardo
Mercenaro Freís, Ricardo Arturo
Morales Corrales, Pedro Gonzalo

Morales Gonzáles, Néstor
Neves Mujica, Javier
Pasco Cosmópolis, Mario Martín
Prelle Mayuri, Herbert
Romero Montes, Francisco Javier
Salas Ortiz, Hugo
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Vinatea Recoba, Luis
Villavicencio Ríos, Alfredo
Zavaleta Cruzado, Roger Enrique
Morales Morante, Carlos Guillermo
Pacheco Zerga, Luz
Pilotto Carreño, Luigino
Ramírez-Gastón Ballón, José Luís Germán
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Sanguineti Raymond, Wilfredo
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Villacorta Ramírez, Edmundo
Zavala Costa, Jaime

Miembros Honorarios

Carlos Blancas Bustamante
Ricardo Nugent López Chávez
Néstor de Buen Lozano
Jean Claude Javillier
Alfredo Montoya Melgar
Américo Plá Rodriguez+
Héctor Hugo Barbagelatta
Guillermo Gonzales Rosales +
Javier Vargas Vargas +
Antonio Ojeda Avilés.
Fernando Elías Mantero
Jorge Capriata D'auro
Oscar Ermida Uriarte
Emilio Morgado Valenzuela
Fernando Suárez González
Mozart Víctor Russomano
Manuel Alonso Olea +
Ricardo La Hoz Tirado +
Joaquín Leguía Gálvez +

PRESENTACIÓN

La Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que este cumple 20 años de fructífera labor, aportando desde distintos ángulos a la reflexión científica moderna de las relaciones laborales, celebra su III Congreso Nacional convocando a grandes especialistas y al mundo juslaboralista a dedicar sus mejores esfuerzos académicos en tres temas de particular importancia y actualidad: efectos de la tercerización, alcances y límites de la inspección de trabajo y desafíos de los derechos colectivos.

La globalización y su búsqueda de la mayor competitividad en un contexto de liberalización económica, ha generado un nuevo paradigma productivo en el que las formas de organización del trabajo están conduciendo a la desaparición de la empresa unitaria, que se encargaba de todas las fases del ciclo productivo y distributivo, para dejar su lugar a una segmentación o descentralización que ha repartido tales etapas en diversas empresas, creando una organización en red que no sólo ha vuelto mucho más complejo al proceso productivo, sino que tiene efectos evidentes y ocultos sobre las relaciones laborales individuales y colectivas. Hay expresiones, inclusive de empresas virtuales, que ya no organizan personas y recursos bajo su manto sino simplemente manejan un cúmulo encadenado de contratos con terceros.

Las consecuencias de este nuevo paradigma productivo no sólo se han expresado en el ámbito de la nueva configuración del empleador, sino que se han visto reflejadas en los otros dos actores de las relaciones laborales: los trabajadores y el Estado. En el primer caso, la estructura ocupacional o ha variado también radicalmente, puesto que donde encontrábamos un colectivo de trabajadores subordinados muy homogéneo, con contratos indefinidos y condiciones de trabajo similares, ahora hallamos la reducción a mínimos del grupo empleado directamente por la empresa, que convive con diversas formas de trabajo precario (temporal, autónomo, incluso clandestino) y subcontratado vía tercerización e intermediación, teniendo, por tanto, una gran heterogeneidad en sus condiciones de trabajo. El Estado, a su vez, ha reducido su rol tutelar en las relaciones labores para atraer inversiones o de mantenerlas en su territorio, trasladando este papel a la autonomía colectiva, en los países en los que los sindicatos tienen particular relevancia, o simplemente al empleador, que incrementa sustantivamente su rol regulador en el mundo del trabajo.

En este contexto, se eligieron los tres temas centrales del Congreso a partir de considerar que tocaban el meollo del debate actual sobre la dimensión y el sentido de la regulación del trabajo. Había que detenerse a pensar sobre el impacto de la tercerización en las relaciones individuales y colectivas, la nueva configuración de las mismas, el rol del Estado en la principal función administrativa: la vigilancia y control del cumplimiento de

las normas laborales, y, finalmente, analizar los cambios que vienen ocurriendo en la esfera de la tutela colectiva, tanto en la configuración de los sindicatos, cuanto en los nuevos retos para la negociación colectiva y las restricciones actuales en la eficacia de la huelga.

A todo ello se dedican 6 ponencias oficiales y casi 30 ponencias voluntarias, que afilan el análisis hasta llevarlo a los temas más específicos en cada caso, llegando a convertirse, sin duda alguna, en la compilación más ambiciosa y bien lograda de la reflexión del laboralismo peruano de comienzos del siglo XXI.

Vaya, pues, nuestro agradecimiento a los autores de este conjunto de ensayos jurídicos y a todos los participantes en el III Congreso Nacional, puesto que su compromiso con nuestra disciplina y con la construcción de unas relaciones laborales modernas y equilibradas es la principal garantía de éxito en este trascendental empeño.

Lima, octubre del 2008

Alfredo Villavicencio Ríos

Presidente de la Sociedad Peruana de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

TERCER CONGRESO NACIONAL DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

"ALCANCES Y EFICACIA DEL DERECHO DEL TRABAJO: TERCERIZACIÓN, INSPECCIÓN Y DERECHOS COLECTIVOS"

Auditorio de la Universidad San Martín de Porres (Sede Chiclayo)

PROGRAMA

MIERCOLES 29 DE OCTUBRE DE 2008

10.00 a.m. - 5.00 p.m.	Registro de participantes
5.30 p.m. - 7.30 p.m.	Visita Sipán
7.30 p.m. - 11.00 p.m.	Cóctel de Bienvenida
	Museo Tumbas Reales de Sipán

JUEVES 30 DE OCTUBRE DE 2008

SESIÓN DE LA MAÑANA

9.00 a.m. - 9.15 a.m.	Ceremonia de Inauguración
9.15 a.m. - 10. 00 a.m.	**Conferencia de Apertura**
	"Contratación temporal: tendencias y reformas"
	Dr. Antonio Ojeda Avilés
	Universidad de Sevilla (España)
10.00 a.m. - 01.00 p.m.	**Primer tema**
	"Implicancias de la subcontratación en las relaciones laborales"
Director de Sesión	**Dr. Orlando Gonzales Nieves** SPDTSS

PONENCIAS OFICIALES

10.00 a.m. - 10.30 a.m.	Dra. Luz Pacheco Zerga UDAT
10.30 a.m. - 11.00 a.m.	Dr. Elmer Arce Ortiz Pontificia Universidad Católica del Perú
11.00 a.m. – 11.15 a.m.	Pausa Café
11.15 a.m. - 01.00 p.m.	PONENCIAS LIBRES

SESIÓN DE LA TARDE

4.00 p.m. - 7.30 p.m.	**Segundo tema**
	"Alcances y límites de la inspección"
Directora de Sesión	**Dra. Isabel Herrera González-Pratto** SPDTSS
	PONENCIAS OFICIALES
4.00 p.m. - 4.30 p.m.	Dr. Pedro Morales Corrales Universidad de Lima
4.30 p.m. - 5.00 p.m.	Dr. Fernando García Granara Pontificia Universidad Católica del Perú
5.00 p.m. - 6.00 p.m.	PONENCIAS LIBRES
6.00 p.m. - 6.15 p.m.	Pausa Café
6:15 p.m. - 7.00 p.m.	**Conferencia**
	"Las Relaciones Laborales en los países de Asia Pacifico" Dr. Luís Aparicio Valdés

VIERNES 31 DE OCTUBRE DE 2008

SESIÓN DE LA MAÑANA

9.00 a.m. - 12.30 p.m.	Tercer Tema
	"Los desafíos de los derechos colectivos en el Siglo XXI"

Director de sesión	**Dr. Víctor Mayorga Miranda** SPDTSS
	PONENCIAS OFICIALES
9.00 a.m. – 9.30 a.m.	Dr. Jaime Zavala Costa
	Universidad de Lima
9.30 a.m. – 10.00 a.m.	Dr. Martín Carrillo Calle
	Pontificia Universidad Católica del Perú
10.00 a.m. – 11.00 a.m.	Ponencias libres
11.00 a.m. – 11.15 a.m.	Pausa Café
11.15 a.m. – 01.00 p.m.	COLOQUIO
	"Políticas de Universalización de la Seguridad Social. Retos y Perspectivas"
	Moderador: Dr. José Butrón Universidad Católica de Arequipa
	Expositor: Dr. Fabio Duran Organización Internacional del Trabajo OIT
	Panelistas: Dr. Julio Castro Gómez Decano del Colegio Médico del Perú Dr. Jorge Ruiz Portal Consultor en Seguridad Social

SESIÓN DE LA TARDE

4.00 p.m. – 5.45 p.m.	MESA REDONDA
	"Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías"
Moderador	Dr. Néstor Morales Gonzáles SPDTSS
Invitado especial	Dr. Antonio Sempere Navarro Universidad de Murcia (España)
	Dr. Carlos Blancas Bustamante Pontificia Universidad Católica del Perú
	Dr. Carlos Guillermo Morales SPDTSS
5.45 p.m. – 6.00 p.m.	Pausa Café
6.00 p.m. – 6.30 p.m.	Concurso Laboral Universitario

	Presentación de ponencias ganadoras y premiación
6.30 p.m. - 7.30 p.m.	Conferencia Magistral de Clausura
	"La Estabilidad laboral en los albores del siglo XXI"
	Dr. Alfredo Montoya Melgar Universidad Complutense de Madrid (España)
7.30 p.m. – 8.00 p.m.	Clausura
	Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo Dr. Jorge Villasante Araníbar

PRIMER TEMA
IMPLICANCIAS DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES

PONENCIAS OFICIALES

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 VILLALON, J. Outsourcing, contratas y subcontratas, 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 dónde 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 sí 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, nº 3, p. 56.

(9) Se ignora, en otras palabras, lo que Wilfredo Sanguineti 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, nº 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 premunidos 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 los 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 integro 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 contratas 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 contratas que desplazan su personal a la principal y contratas 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 venda 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 SUB-CONTRATACIÓN

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 coresponsables. 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 recontratación 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 enceguecernos 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 contratas por tiempo indefinido". SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?, en Revista de Derecho Social, nº 33, 2006, p. 226.

de la contratista deberían protegerse como si se tratara de una misma relación jurídica (recordemos 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 derrumbe 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 Nº 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 el 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 contratas 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) Ibídem, 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: 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,"

En todos esos estudios, de una manera o de otra, se ha puesto de manifiesto el peligro de convertir estos mecanismos de flexibilidad, eficiencia y competitividad empresarial, en unos de "encubrimiento de la existencia de relaciones de trabajo en régimen de dependencia en provecho de la empresa principal"[4].

Lamentablemente la actual regulación de la intermediación laboral y de la tercerización sigue siendo insuficiente para neutralizar esta amenaza. La normativa de la intermediación laboral, tal como se puso de manifiesto al poco tiempo de la promulgación de la Ley 27626, es tan solo un "amago", que bien merece el calificativo de "desregulación", no solo por las deficiencias en materia de responsabilidad solidaria, sino también por haber dejado a la autonomía de las partes –que equivale a decir, en manos del empresario más fuerte– el pacto de condiciones que afectan directamente los derechos laborales[5].

Una crítica similar merece la regulación del outsourcing[6], en la que el Reglamento de la Ley 29245 y del Dec. Leg. 1038, esto es, el D.S. 006-2008-TR, recientemente publicado[7], ha desvirtuado algunos de los elementos característicos de la tercerización, al rebajar la exigencia respecto a los indicios de autonomía empresarial, como son el que los equipos sean de propiedad de la empresa tercerizadora y/o que no exista pluralidad de clientes (art. 4 del Reglamento), que deben ser cuidadosamente evaluados para poder revertir las situaciones de abuso reiteradamente denunciadas por los medios de comunicación. Sin embargo, es necesario reconocer que se ha dado un paso importante al establecer la responsabilidad solidaria entre la empresa principal y las contratistas y subcontratistas, respecto a los adeudos laborales y los de previsión social (art. 7), pero –a la vez– deja fuera del ámbito de la Ley los servicios de Tercerización que no impliquen un desplazamiento continuo de personal (art. 2)[8].

Las dificultades para una adecuada regulación jurídico-laboral de estas dos instituciones jurídicas, obedece a que la descentralización productiva[9] trae consigo una "masiva sustitución de relaciones de trabajo dependiente prestado de forma directa y regular por formas externas de vinculación con terceros, basadas por lo general en la coordinación

Relaciones Laborales, no. 20 (2001). MONEREO PÉREZ, José Luis / ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial, Colección práctica de Derecho social*, Granada, Comares, 2002, PEDRAJAS MORENO, Abdón, "Relaciones de carácter interempresarial: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa" en *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, ed. coordinación de Juan M. Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco (Valencia: tirant lo blanch, 1999).

(4) SANGUINETI RAYMOND, "La descentralización productiva:" 413.

(5) Cfr. ARCE ORTIZ, *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*, 9-10.

(6) Sobre la insuficiencia de las definiciones del Reglamento, con particular referencia a las actividades empresariales que pueden ser externalizadas, ver AELE, "Tercerización," *Análisis Laboral*, no. 375 (2008): 18-25, RODRÍGUEZ GARCÍA, Fernando, "Comentarios al Reglamento de la Ley de Tercerización," *Soluciones Laborales*, no. 9 (2008): 18-25.

(7) 12.IX.2008.

(8) Una crítica ponderada a los puntos oscuros y/o *extra legem* del Reglamento se encuentra en AELE, "Tercerización," 18-25.

(9) Se entiende por descentralización productiva "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 directamnte 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". CRUZ VILLALÓN, "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales," 6.

de tareas o funciones, para la misma actividad productiva"[10]. Resulta evidente que este fenómeno "repercute de forma directa e inmediata sobre todo el conjunto del sistema de relaciones laborales, en sus muy diversas vertientes, con un impacto transversal sobre la práctica totalidad de las instituciones jurídico-laborales tradicionales"[11]. La consecuencia es doble: por una parte, la "flexibilización" de las normas laborales y por otra, su huida, en aras de promover mayor inversión y niveles competitivos. Esta huida significa tanto "la existencia de prestaciones de trabajo y relaciones de producción que escapan del Derecho del Trabajo, como el hecho de que las propias reglas del Derecho del Trabajo permiten esa no aplicación a aquellas relaciones"[12].

En este proceso, no se puede olvidar que la vocación del Derecho del Trabajo no es crear un "espacio privilegiado e hiperprotegido para una minoría de personas, abarcado poco y apretando mucho, sino asegurar unos niveles de protección adecuados para todos los que bien de su trabajo, y para ello ha de buscar un equilibrio pragmático entre el nivel de protección y el ámbito de esa protección"[13]. Para conseguirlo es necesario que "el Derecho del Trabajo deje de ser huidizo, y asuma su responsabilidad reguladora en todo el conjunto del mercado de trabajo, evitando la diabólica alternativa entre los que algunos llaman un sector superprotegido e hipoproductivo y un nivel hipoprotegido y superproductivo"[14].

Esta tarea prudencial encuentra luces claras en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC) y del Poder Judicial sobre estas instituciones. Luego de revisar todas las sentencias publicadas por el TC en su página Web en los últimos diez años sobre la Intermediación Laboral –no existe ningún caso de tercerización–, y los del Poder Judicial, a través del sistema SPIJ, presentamos una sistematización de esos pronunciamientos, que aún cuando son muy pocos, constituyen referentes obligados en la tarea hermenéutica de jueces, abogados, empresarios y trabajadores, así como en la legislativa del Congreso.

I. LA LICITUD Y EL ORDEN PÚBLICO EN LA INTERMEDIACIÓN LABORAL[15]

Al entrar en vigencia la Ley 27626 un grupo de empresas de servicios especiales (*services*) y de cooperativas de trabajadores, presentaron una acción de amparo contra el Congreso de la República y el Ministerio de Trabajo, solicitando: *a)* la inaplicación para ellas de las disposiciones de la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N.° 27626, que exigía la adecuación de esas empresas a la nueva normativa; *b)* que se respetasen los términos de los contratos celebrados con las empresas usuarias con anterioridad a la vigencia de la norma cuestionada; *c)* que las entidades demandadas o cualquier otra autoridad se abstuvieran de exigirles a ellas o a sus clientes, las empresas usuarias, la adecuación de los contratos suscritos con anterioridad a la vigencia de la norma

(10) SANGUINETI RAYMOND, "La descentralización productiva:" 412.

(11) CRUZ VILLALÓN, "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales," 5.

(12) RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel, "La huida del Derecho del Trabajo," *Relaciones Laborales. La Ley* Tomo I, (1992): 85.

(13) Ibidem.

(14) Ibidem.: 88.

(15) Exp. N.° 2670-2002-AA/TC-LIMA, Sentencia del 30.I.2004. En el fundamento jurídico (f.j.) 4 reproduce los argumentos del Exp. N.° 2670-2002-AA/TC. Si no se indica otra cosa, las citas textuales de este apartado corresponden a esta sentencia.

cuya inaplicación solicitaban. La razón por la que solicitaban esa inaplicación era por la vulneración de sus "derechos constitucionales a la contratación, a la inmutabilidad de los términos contractuales y a la libertad de empresa".

El análisis que realiza el Colegiado es muy importante porque recuerda el carácter teleológico del orden jurídico, que se ordena a la defensa de la dignidad humana, cuando hace referencia a la necesidad de "una lectura sistemática de la Constitución". En consecuencia, el derecho de contratar –a que se refiere el art. 62– debe ser concordado con el el inciso 14 del art. 2 del mismo texto constitucional. Por tanto, el derecho de contratar no es ilimitado, sino que se encuentra condicionado por los límites explícitos e implícitos señalados en la Constitución. Los límites explícitos son "la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público". Y los implícitos, "las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos".

En consecuencia, se debe tener en cuenta que las disposiciones de la Ley 27626 tienen como objetivo "revertir el uso indiscriminado que se ha venido haciendo de determinadas modalidades contractuales en desmedro de lo que deben representar verdaderos contratos de trabajo". El Tribunal no duda en desenmascarar la práctica ilícita de las empresas recurrentes de incorporar modalidades sustitutorias a los contratos de trabajo, es decir, "típicos contratos de naturaleza civil", en los que en lugar de garantizar todos y cada uno de los derechos laborales, se distorsionaban esos derechos o no se les garantizaba suficientemente. En consecuencia, los contratos celebrados entre los trabajadores y las empresas de servicios, así como entre estas y las empresas usuarias carecían del objetivo de licitud implícito en el art. 62 de la Constitución, "a lo que se suma el hecho de facilitar que derechos que se consideran constitucionalmente adquiridos e irrenunciables, puedan verse vaciados de contenido". Asimismo, declara que al haber comprobado estas prácticas ilícitas de "las cooperativas recurrentes y las empresas usuarias, el Estado no solo tenía la facultad, sino el deber de intervenir creando una normativa que resultara compatible con los derechos laborales del trabajador".

Por tanto, estos criterios dejan sin fundamento la pretensión de exonerar del requisito de acreditar un capital social suscrito y pagado no menor a cuarenta y cinco (45) UIT (art. 14 de la Ley 27626 concordado con el art. 7 del Reglamento) a las empresas constituidas antes de la promulgación de esta norma por considerar que se trataría de una aplicación retroactiva de la ley[16]. Por el contrario, la exigencia de acreditar ese capital mínimo no puede ser una exigencia solo para las nuevas empresas sino para todas, porque de lo contrario se afectaría el principio de no discriminación y la esencia de la normativa de Intermediación Laboral. Por tanto, el requisito de acreditar ese monto de capital para obtener la renovación del Registro respectivo no constituye una extralimitación reglamentaria, sino –más bien– la consecuencia lógica y coherente de los argumentos antes desarrollados.

(16) Cfr. AELE, *Compendio Laboral*, Lima, AELE, 2008, 544.

II. LA NO PROCEDENCIA DEL RECURSO DE AMPARO INTERPUESTO POR TRABAJADORES DE EMPRESAS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL QUE ALEGUEN LA EXISTENCIA DE VÍNCULO LABORAL CON LA EMPRESA USUARIA DE SUS SERVICIOS[17]

El Tribunal Constitucional ha declarado en diversos pronunciamientos que, de acuerdo a los criterios de procedencia establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la Sentencia del Exp. 0206-2005-PA, de fecha 22.XII.2005, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y el artículo 5°, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, no es procedente el amparo cuando el demandante alegue tener vínculo laboral con la empresa emplazada y esta lo niegue aduciendo que los servicios fueron prestados "a través de diversas empresas, en la modalidad de intermediación laboral" (f.j. 1). La razón esgrimida por el Tribunal es que en estos casos "existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado" (f.j. 3).

En consecuencia, estos litigios deben ser resueltos por los jueces laborales, quienes deberán adaptar esas demandas al proceso laboral que corresponda según la Ley N.° 26636. Asimismo, deberán observar los principios laborales que se hubiesen establecido en la jurisprudencia laboral del Poder Judicial y en los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que el Tribunal ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales, con particular referencia al f.j. 38 de la Sentencia del TC correspondiente al Exp. 0206-2005-PA/TC.

Otra sentencia importante es la que emitió el Tribunal a raíz de un recurso de amparo interpuesto por un socio cooperativista contra su Cooperativa, al haber recibido una notificación de esta, comunicándole la finalización de su destaque en la empresa usuaria. El demandante califica ese acto como despido arbitrario y pide la reposición en la empresa usuaria. El TC considera que la demanda debe declararse infundada[18], por dos razones: *a)* porque la ausencia de etapa probatoria impide dilucidar "qué tipo de relación hubo entre el demandante y la emplazada: "de "trabajador subordinado", de "socio trabajador" o de "socio cooperativista" y, consecuentemente si la comunicación recibida constituye o no un despido arbitrario"[19]. Y, *b)* porque si el demandante afirma que el vínculo jurídico era con la Cooperativa, ordenar a esta que lo reponga en un puesto de trabajo que pertenece a la empresa usuaria, constituye "un imposible jurídico, porque no se puede obligar a la "empresa usuaria" que reincorpore a una persona con la que no tiene vínculo laboral y que se desempeñaba como "destacado"[20].

(17) Exp. N° 6134-2006-PA/TC, Sentencia del 29.IX.2006. Si no se indica otra cosa, las citas textuales corresponden a esta sentencia. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal en los Expedientes 00030-2006-PA/TC, 16.V.2006; 00036-2006-PA/TC, 16.V.2006.

(18) Exp. N° 1857–2004–AA/TC, Sentencia del 8.XI.2005. Si no se indica otra cosa, las citas textuales corresponden al texto de esta sentencia, que se apoya en los votos singulares: de los Magistrados Revoredo Marsano, García Toma, y Landa Arroyo. Además se consigna el voto singular concurrente de los Magistrados Alva Orlandini y Gonzáles Ojeda, que proponían se declarase fundada la demanda.

(19) Voto Singular de Revoredo Marsano, fs.js. 7-8.

(20) Voto Singular de Revoredo Marsano, f.j. 9.

III. LA TIPIFICACIÓN DEL OBJETO DE LA TERCERIZACIÓN[21]

La Tercera Sala Laboral Especializada de Lima ha determinado que el objeto de la tercerización no es "una prestación personal de los trabajadores del contratista", sino más bien, la satisfacción del "requerimiento de un bien determinado o servicios especializados"[22]. Por tanto, la relación debe ser entre empresas y no entre la empresa principal y el trabajador designado por su empleadora para prestar servicios con desplazamiento continuo. En consecuencia, la Tercerización exige una subordinación exclusiva respecto a la empresa que ofrece la tercerización y excluyente respecto a la empresa principal.

En consecuencia, lo fundamental no es dónde se prestan los servicios, sino *cómo* se prestan. De allí que sea un grave error que el D. S. 006-2008 TR pretender dejar fuera del ámbito de protección social aquellas tercerizaciones que no impliquen desplazamiento continuo (art. 2) porque también en estos casos pueden vulnerarse los derechos laborales, como podremos apreciar en el siguiente apartado.

IV. UN REPASO A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

La cesión de mano de obra fue considerada una actividad ilícita en España, de acuerdo al Convenio 96 de la OIT, que prohibía la intermediación laboral de las agencias privadas de empleo con fines de lucrativos hasta hace pocas décadas. Sin embargo, la expansión de nuevas formas de producción, fruto de los avances tecnológicos, ha forzado su reconocimiento jurídico. Los últimos países europeos en autorizar la cesión temporal de trabajadores por medio de empresas especiales han sido España y Suecia, que lo han hecho en la década de los noventa. En la actualidad, todos los países de la Unión Europea regulan esta forma de trabajo como un medio de proporcionar empleo calificado y polivalente, bajo la guía y el control del Estado.

La proscripción del reclutamiento y contratación de personal para cederlo o prestarlo temporalmente a un empresario, cualquiera que fuere el título del tráfico de mano de obra, como la utilización de los servicios de dicho personal sin su incorporación a la empresa en la que realmente presta sus servicios, tiene una larga tradición en el Derecho español, al igual que en el Perú. La diferencia es que en ese país, la solidez de las relaciones colectivas ha logrado mejores condiciones económicas y de trabajo, así como una vigilancia en la utilización de la intermediación o de la tercerización. De este modo, cuando se infringe alguna de estas disposiciones los trabajadores cuentan con más medios económicos para entablar juicios, a fin que se les reconozcan sus derechos fundamentales y laborales.

En el Perú, en cambio, la jurisprudencia es escasa. De la revisión de las sentencias publicadas en los últimos diez años, solo hemos podido rescatar las que figuran en las páginas anteriores, pero la precarización de condiciones es admitida en los diversos estudios sobre la materia[23]. Por eso, los lineamientos de la jurisprudencia de los Tribunales españoles en

(21) Exp. No 3000-06-IDL/S, Sentencia de la Tercera Sala Laboral Especializada de Lima.
(22) Sexto Considerando.
(23) Cfr., por todos, SANGUINETI RAYMOND, "La descentralización productiva:" 409-424, VILLAVICENCIO, "La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: El caso de la intermediación," 81-106.

esta materia nos serán de utilidad, ya que nuestros Ordenamientos están inspirados por los mismos principios, aún cuando nuestra regulación sea mucho más escasa y, en ocasiones, en lugar de regular, más bien "desregula"[24].

En términos generales puede afirmarse que la licitud de la tercerización y también de la intermediación depende del vínculo negocial que exista entre el empresario prestamista de mano de obra y el prestatario. Cuando ese vínculo responde a un auténtico contrato de "puesta a disposición" (equivalente al contrato de locación de servicios de nuestro Derecho), "la actividad económica consistente en ceder temporal y directamente las utilidades derivadas del trabajo por cuenta ajena obtiene cobijo jurídico"[25]. En cambio, cuando la cesión se instrumenta a través de la técnica de la simulación, formalizando un negocio jurídico que persigue dotar de apariencia de licitud la actividad prohibida, esta no obtiene protección jurídica.

De allí que la labor esencial de los jueces consista en reconocer, en cada caso concreto, si la facilitación de trabajadores entre cedente y cesionario consiste en un mero suministro de trabajadores o sea en realidad una descentralización productiva lícita[26]. Esta tarea no resulta fácil porque mientras hace diez años, era relativamente sencillo detectar jurídicamente las llamadas "pseudo contratas", hoy en día no lo es tanto, porque cada vez es más frecuente encontrar que la descentralización productiva afecta la práctica totalidad de las áreas de la actividad de muchas empresas. Asimismo, la aparición de empresas que tienen por objeto social ofrecer a otras empresas una prestación integral de servicios, tanto de los más clásicos, como es la atención a clientes, como de los más novedosos, como serían los aspectos informáticos, "han deconstruido buena parte de esa líneas de demarcación, ensanchando a veces sus recíprocas zonas de influencia y difuminando en otras sus instituciones de referencia"[27].

Por tanto, a la vista del desarrollo de estas modalidades de actuación empresarial nuestro país no puede ir contra las reglas del desarrollo económico, prohibiendo estos sistemas, pero sí puede mejorar normativamente la cobertura social y, a la vez, capacitar a los magistrados para que puedan distinguir en los casos concretos los abusos del derecho, que se aprecian en la precarización de los derechos laborales.

En esta tarea los Tribunales españoles han elaborado dos grandes teorías[28], que pueden servirnos de pauta. La primera, es que "la relación real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponde, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo –cuando la regulación profesional vigente del empresario formal es menos beneficiosa para el trabajadora que la que rige en el ámbito del empresario real– o la disminución de las garantías cuando aparecen emplea-

(24) Cfr., por todos, la crítica realizada por ARCE ORTIZ, *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*, 5-6.
(25) VALDÉS DAL-RE, Fernando, "La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia," *Relaciones Laborales*, no. 12 (2007).2-3.
(26) Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 14 septiembre 2002, f.j. 5º.
(27) VALDÉS DAL-RE, "La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia," 4.
(28) Ibidem.: 4 y ss. Las reflexiones que siguen a continuación se apoyan en la investigación y conclusiones de este autor.

dores ficticios insolventes"[29]. En esta primera orientación jurisprudencial, se trata de discernir si el cesionario de personal se mueve en el plano de la simulación organizativa, por tanto, carece de recursos y medios propios porque su propósito económico queda circunscrito al suministro de mano de obra. Por tanto, la empresa contratista debe ser capaz de acreditar que cuenta con "patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables"[30] o que "tiene patrimonio propio, domicilio social igualmente propio, una organización empresarial con servicios periféricos y centrales, así como un equipo de mandos intermedios"[31]. En definitiva, el primer punto para determinar la licitud de la intermediación y tercerización laborales consiste en determinar cuál era el empresario real y cuál, el aparente[32].

Sin embargo, para que se configure la licitud no es suficiente con acreditar que el contratista es el *empresario real*, además, tiene que probar que es el *empresario efectivo*[33]. La razón estriba en que puede haber cesión ilícita "aún tratándose de dos empresas reales, si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de esta y, mucho más, si trabaja, en realidad, exclusivamente en esta"[34]. Por tanto, la simulación puede existir "al margen de la realidad o solvencia de las empresas"[35]. En consecuencia, hoy en día no basta con ser el empresario real, además este ha de ser quien gestione y dirija la actividad, asuma el riesgo del negocio o preste servicios a empresas distintas[36].

Hoy en día, el elemento determinante para discernir la licitud es que se aprecie que la entidad contratista pone en juego su organización en la actividad contratada[37]. Por eso, para los Tribunales laborales españoles la cesión ilícita se configura cuando la empresa principal facilita los locales para la ubicación del personal del contratista, ejecutando simultáneamente las labores de control y supervisión de la actividad de los trabajadores de esta[38]. La empresa contratista no puede reducir su labor a la contratación de personal o la puesta a disposición de elementos marginales, sino que tiene que aportar elementos esenciales o sustanciales, como puede ser el equipo informático[39] o los métodos de trabajo[40].

Insistimos, por tanto, en que la intermediación, en el caso de actividades complementarias o de alta especialización, así como la tercerización serán conformes a derecho cuando las empresas proveedoras de personal tengan la autonomía que corresponde a un *empresario real* y, además, demuestren que son el *empresario efectivo*. Por eso, la doctrina judicial califica como ilegal la práctica de los directivos de la empresa principal que constituyen una

(29) STS 17 enero de 2002, f.j. 4°.
(30) STS 17 enero 1991, f.j. 5°.
(31) STS 17 febrero 1993, f.j. 5°. En el mismo sentido se expresan las SSTS 7 marzo y 12 septiembre de 1988 y otras muchas.
(32) VALDÉS DAL-RE, "La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia," 5.
(33) Cfr. Ibidem.: 6.
(34) STS 16 febrero 1989, f.j. 3°.
(35) STS 16 febrero 1989, f.j. 5°.
(36) Cfr. SSTS 17 julio 11 octubre de 1993 y 12 diciembre de 1997.
(37) Cfr. SSTS 24 septiembre 2001: 20 mayo 2002 y 16 de junio 2003, entre otras muchas.
(38) STS 16 junio 2003.
(39) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) País Vasco 22 octubre de 2002
(40) STSJ Madrid 25 enero 2002.

sociedad *ad hoc* con la que se contrata de inmediato la realización de determinados servicios con los medios e instrumentos de la principal y bajo su control y supervisión[41].

En esta tarea los indicios "no son elementos de la noción de ‹‹cesión ilegal››, sino pistas o señales sobre la posible existencia o inexistencia de la misma. De ahí la necesidad –reiteradamente expresada por los tribunales laborales– de examinar con el debido detenimiento los hechos concurrentes en cada caso enjuiciado (como por ejemplo, relaciones entre el trabajador y las empresas que figuran como comitentes y contratistas, derechos y obligaciones procedentes del contrato, en fin, circunstancias que rodean la prestación de servicios) y, a la vista de este singular material fáctico, extraer la oportuna conclusión. Y de ahí, igualmente, que la calificación final sea el resultado no de un dato único o asilado sino de una valoración y ponderación de conjunto de los elementos de hecho que convergen en el caso"[42]. Desde esta óptica se entiende que el art. 3° del D.S. 006-2009-80-TR establezca que los cuatro requisitos establecidos en el art. 2° de la Ley 29245 para que se configure la tercerización son copulativos y que la valoración sea conjunta y, a la vez, diferenciada, de acuerdo al caso concreto (art. 3°). La ausencia de alguno de estos requisitos desnaturaliza la vinculación jurídica del trabajador con la empresa comitente o contratista, al punto de configurarse una relación laboral entre este y la empresa principal desde el momento en que tiene lugar el desplazamiento (art. 5°).

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

Ha quedado suficientemente demostrado a la luz de la jurisprudencia nacional y extranjera que la intermediación laboral y la tercerización pueden ser utilizadas fraudulentamente en perjuicio del trabajador. Por tanto, el Derecho del Trabajo no puede ser *huidizo,* como decíamos al empezar estas consideraciones, porque de hacerlo renunciaría a defender la dignidad de quien trabaja para otro, porque esas simulaciones afectan derechos fundamentales y lo que es más grave, constituyen una instrumentalización de seres humanos con fines productivos, que no tiene en cuenta los proyectos personales de los trabajadores[43]. Este proyecto personal es, y conviene que sea, compatible con los intereses del empresario, pero no tienen que identificarse con todos y cada uno de ellos. Las nuevas tendencias en el gobierno de personas en las organizaciones, confirman esta afirmación, puesto que se orientan al fortalecimiento de las relaciones personales. Para lograrlo, se motiva a los trabajadores para que se adhieran a los objetivos y valores de la organización, participando de una *moral de equipo* y de una *cultura de empresa.* Pero no es posible lograr esta identificación organizacional si la empresa abusa de su posición de dominio y no tiene en cuenta los objetivos y valores de sus trabajadores. Un adecuado gobierno en la empresa lleva a reconciliar lo económico con lo social, dando primacía a los aspectos auténticamente humanos de las relaciones que origina el contrato de trabajo[44].

(41) STSJ Asturias 12 diciembre 2003; STSJ Galicia 28 marzo 2003 y STSJ País Vasco 16 septiembre 2003.
(42) VALDÉS DAL-RE, "La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia," 7-8.
(43) Todo trabajo incorpora un proyecto de desarrollo personal. Cfr. ALONSO OLEA, Manuel / CASAS BAAMONDE, Mª Emilia, *Derecho del Trabajo*, 23a rev. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2005, 45-47.
(44) Sobre la motivación del trabajador y su influencia en los resultados económicos de la empresa ver FERREIRO, Pablo / ALCÁZAR, Manuel, *Gobierno de personas en la empresa,* Lima, Universidad de Piura, 2001. En el mismo sentido opina, aportando datos especializados, MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La*

Por eso, resulta fundamental superar tanto el *do ut facias* contractual propio de la mentalidad mercantilista, como la irreductible contraposición de intereses que preconiza el marxismo. El trabajo es un medio fundamental para lograr la plenitud humana y, por eso, se encuentra directamente relacionado con la dignidad de la persona. De allí que la *función* de una empresa sea la creación de riqueza, pero su *misión*, desborda este nivel primario. La jurisprudencia laboral española ha desarrollado esta cuestión al afirmar que la empresa un "instituto jurídico con vocación de permanencia", diferente a "las personas que en ella se integran", para aportar "sus conocimientos, sus esfuerzos o su capital"(45). En la empresa el valor superior que "se debe salvaguardar como el más alto de todos" es el "de la dignidad del hombre que trabaja"(46).

En consecuencia, para determinar la licitud o ilicitud de una cesión de personal es necesario valorar razonadamente las circunstancias en las que se desenvuelven las prestaciones de intermediación laboral o tercerización. En esta tarea, los Magistrados han de tener en cuenta que las obligaciones empresariales deben estar guiadas por el principio de buena fe, que se vulnera cuando no existe autonomía real y efectiva en las empresas intermediadoras o contratistas. En estos casos, la necesidad moral o económica lleva a los trabajadores a aceptar condiciones precarias con la esperanza de mejorar su situación en algún momento. Por eso, la utilización fraudulenta de mano de obra en provecho propio constituye una afrenta a la dignidad humana.

Los sesenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como ideario común de la humanidad, nos permiten recordar que el Derecho es un sistema de paz en el que las libertades aparecen mutuamente ajustadas y no son "campos de arbitrariedad mutuamente excluyentes"(47). Este ajuste, viene exigido por la igual dignidad, es decir por el recto ejercicio de la razón y de la conciencia, que obligan a un comportamiento fraternal (art. 2). En consecuencia, se impone un *mutuo reconocimiento*, propio de la *coexistencia*(48), que supere el individualismo insolidario, en el que solo cabe la yuxtaposición de derechos(49).

El Derecho, al estar fundamentado en la dignidad humana "no es nunca mera afirmación de la existencia propia, sino también asunción (mutuamente condicionante y potenciadora) de la existencia ajena"(50). El "otro" no es una *amenaza* sino un *horizonte de posibilidades* para el ejercicio de mis derechos. Por eso, es necesario superar una concepción vertical de los derechos, en la que el sometimiento sea consecuencia de la fuerza. Es necesario, en cambio, abrirse "a la comunicación horizontal o ‹‹paridad ontológica››", en la que se acoge al otro, ya que "los derechos sin deberes encierran una expulsión del ‹‹otro››", y los deberes sin derechos una aplastante dominación del más fuerte(51).

buena fe en el Derecho del Trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001, 24.

(45) STSE 9 marzo de 1987.

(46) STS de 26 abril 1988. Se pronuncian en el mismo sentido las SSTS de 20 de marzo, 3 y 19 de diciembre de 1985; 20, 25 y 27 de enero de 1988.

(47) OLLERO, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 162.

(48) Cfr. COTTA, Sergio, *El Derecho en la existencia humana*, Trans. Ismael Peidro Pastor, Pamplona, EUNSA, 1987, 45 y ss.

(49) Cfr. OLLERO, *Derechos humanos y metodología jurídica*, 155.

(50) Ibidem.

(51) Cfr. Ibidem. Desarrollando el pensamiento de Cotta, Ollero precisa que "la comunicación humana excluye

La coherencia con estos planteamientos exige superar el reduccionismo mercantilista y marxista en la concepción del contrato de trabajo y de las relaciones laborales. Por eso, parece más acorde con la naturaleza del contrato de trabajo concebirlo como uno de cambio, con elementos personales, patrimoniales y normativos. Al celebrarlo el trabajador se obliga a la prestación personal y subordinada de sus servicios por un cierto tiempo, a cambio de los cuales el empresario asume obligaciones constitucionales, legales y convencionales, en las que tienen particular relevancia el pago de la remuneración y el actuar de buena fe. De este modo se establece una conexión de negocios –el del empresario con el del trabajador- con un fin común: el de la empresa(52).

Esta visión del contrato nos abre a un mutuo reconocimiento y exige que la actividad empresarial se fundamente en el deber de buena fe, que es la expresión positiva del respeto a la dignidad humana. Estos principios en cuanto son fundamento del Orden jurídico, permiten orientar su interpretación, servir como base a la labor integradora en caso de lagunas o para determinar una norma de conducta y, eventualmente establecen los límites en ciertas formas de ejercicio de los derechos(53).

Y este es el camino que tenemos que seguir legisladores, jueces, abogados, empresarios y trabajadores, si queremos conseguir que la intermediación laboral y la tercerización sean mecanismos de progreso social y no solo de utilidad económica para los propietarios de los medios de producción.

una proyección ilimitada del individuo, que lo haría inhumano, y exige una dimensión de ‹‹mutua acogida››, que supere una burda yuxtaposición para abrirse a la ‹‹coexistencia››. OLLERO, *Derechos humanos y metodología jurídica*, 155.

(52) Para un desarrollo de este tema remito a lo publicado en PACHECO ZERGA, Luz, "La naturaleza jurídica del contrato de trabajo: la conexión de negocios del empresario y del trabajador" en *Libro Homenaje al Dr. Luis Aparicio Valdez* (Lima: SPDTSS & Grijley, 2008), 211-244.

(53) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, 87-94.

PONENCIAS LIBRES

ZONAS GRISES ENTRE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

MARIELLA ANTOLA RODRÍGUEZ[1]
MARIELENA HOUGHTON SOTO[2][3]

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú se ha venido regulando la contratación indirecta de personal a través de dos figuras aparentemente bien diferenciadas: la intermediación laboral y la tercerización de servicios, esta última recientemente desarrollada a través de Ley N° 29245, el Decreto Legislativo N° 1038 y el Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

En este marco, el presente trabajo busca analizar las novedades que nos presenta la regulación de la figura de la tercerización, sin perder de vista lo ya dispuesto por las normas de intermediación laboral. Así, nuestro estudio se centrará en aquellos puntos en los cuales confluyen ambas figuras, para lo cual hemos identificado lo que llamaremos las zonas grises entre la tercerización y la intermediación laboral.

II. GRAFICANDO EL PROBLEMA

A efectos de facilitar el análisis propuesto, hemos estimado pertinente empezar la tarea partiendo de un ejemplo. Supongamos que tenemos entre nuestros clientes a una empresa

(1) Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunta de Docencia del Curso Derecho Laboral Especial y del Curso de Temas de Derecho Previsional y Seguridad Social en la Facultad *de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Del Estudio Gonzales & Asociados.*
(2) Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de Docencia del Curso de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad *Católica del Perú. Miembro De ERNST & YOUNG.*
(3) Las autoras agradecen el inestimable apoyo de Mónica Pizarro Díaz y Jean Carlo Serván Delgado.

dedicada a la extracción de minerales, la cual está iniciando sus actividades en la etapa de exploración. Nuestro cliente nos comenta que los pobladores de los terrenos aledaños a la mina no ven con buenos ojos la incursión de la empresa por lo que deciden oponerse a la exploración.

Frente a ello la empresa se ve en la necesidad de afianzar sus relaciones con la comunidad para lo cual decide implementar un departamento de relaciones comunitarias destinado a elaborar un Plan de Relaciones Comunitarias. De esa manera, se pretende afianzar las relaciones entre la empresa y las poblaciones, ayudando a gestionar los problemas sociales que enfrenta la compañía con las comunidades asentadas en las áreas de influencia.

Una vez tomada la decisión de crear dicho departamento, la empresa decide no utilizar su propio personal para llevar a cabo dichas actividades y resuelve encargarle la implementación y desarrollo de la nueva área a un tercero. Con este fin, contactan una empresa que brinda servicios de "Relaciones Comunitarias" y es especialista en el tratamiento de conflictos sociales, tan comunes en el desarrollo de la actividad minera. Ellas manejan un equipo de cinco personas, entre antropólogos, abogados y un ingeniero de minas. Cada uno de ellos cuenta con conocimientos especializados como el manejo de los dialectos, técnicas de adquisición de tierras y servidumbres, responsabilidad social, pasivos ambientales, entre otras. Todos ellos forman parte de la empresa que promete brindar una solución apropiada a las necesidades de la minera, y a las demandas de las poblaciones cercanas a la mina.

En estas circunstancias, el cliente se cuestiona qué tipo de contrato debe suscribir con el tercero si uno de intermediación laboral o uno de tercerización de servicios bajo lo dispuesto en las novísimas normas sobre la materia. En nuestra opinión, el análisis que debe realizarse para decidir la figura más adecuada que haga viable la contratación del tercero en el caso propuesto requiere responder a las siguientes cuestiones: ¿Las relaciones comunitarias califican como actividad principal? ¿Estamos ante servicios complementarios? ¿Podemos hablar de actividades altamente especializadas?.

III. MARCO TEÓRICO

Como se verá a continuación, el ámbito empresarial de nuestra sociedad admite una serie de supuestos que son calificados como intermediación de servicios especializados, intermediación laboral de servicios complementarios o tercerización. Sin embargo, en muchos de estos casos la realidad de estos supuestos puede encajar perfectamente en dos o, incluso, en los tres ámbitos antes referidos. Es precisamente esta intersección de figuras lo que genera las zonas grises entre la intermediación laboral y la tercerización de servicios.

Por tanto, antes de dar respuesta a las preguntas planteadas conviene detenernos en definir qué es tercerización y qué es intermediación laboral de servicios, puesto que nuestra legislación es complicada y puede llevar a serios errores.

IV. ¿QUÉ SE DEBE ENTENDER POR INTERMEDIACIÓN LABORAL?

El punto de partida para definir a la intermediación de servicios es, sin lugar a dudas, la Ley N° 27626, la misma que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2002-TR. Es a través de estas normas que en el ordenamiento jurídico peruano se

entiende por intermediación aquel destaque de personal hacia la empresa usuaria a efectos de que ejecuten servicios temporales, complementarios o especializados, bajo la subordinación y dirección de esta.

Las normas sobre intermediación laboral establecen tres grandes supuestos en los cuales está permitido realizar actividades bajo esta figura:

- Actividades Temporales
- Actividades Complementarias
- Actividades Especializadas.

En primer lugar nos presentan a la Intermediación laboral de servicios temporales la cual solo procede para casos de ocasionalidad y suplencia, conlleva como límite máximo el 20% de los trabajadores que tienen vínculo laboral directo con la empresa usuaria, y se le está permitido el desarrollo de las actividades principales de la empresa.

En segundo lugar tenemos la intermediación laboral de servicios complementarios la cual está destinada a desarrollar actividades accesorias o no vinculadas al giro del negocio, es decir, a la actividad principal de la empresa, sin presentar límites cuantitativos siempre que cuente con autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de las funciones.

Finalmente, las normas sobre la materia nos permiten aplicar la Intermediación laboral de servicios especializados para desarrollar actividades auxiliares, secundarias o no vinculadas a la actividad principal, siempre que se exija un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados. De la misma manera, la intermediación laboral de actividades especializadas no está sujeta a límites, siempre que cuente con la autonomía técnica y responsabilidad de la que habla el artículo 6° de la Ley N° 27626.

Como bien lo indica Toyama, el término *intermediación laboral,* servirá para *denominar aquellos supuestos en los cuales un tercero destaca exclusivamente mano de obra a una empresa usuaria para que preste servicios bajo la dirección y fiscalización de esta última*[4].

Debe observarse que la particularidad de esta figura es que pese a que la empresa usuaria tendrá el poder de dirigir a los trabajadores destacados, estos no son considerados sus trabajadores, de allí que esta modalidad de contratación sea considerada como indirecta[5]. Ahora bien, lo anterior deberá tenerse como la regla general en la intermediación laboral de servicios. No obstante, esta regla admite excepciones, las mismas que se ven circunscritas la intermediación laboral de labores complementarias o especializadas. En efecto, si bien se define la intermediación laboral a partir de la subordinación del personal destacado, puede observarse que solo en algunos casos esta pasará a manos de la empresa usuaria, mientras que en otros será la empresa que brinda los servicios de intermediación laboral la que conserve el poder de dirección sobre tales trabajadores.

(4) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La nueva regulación de la tercerización". En: *Actualidad Jurídica.* Tomo 176. Gaceta Jurídica. Lima, Julio 2008. p. 312.

(5) Al respecto, véase: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y Luis VINATEA RECOBA. "Guía Laboral: Guía legal de Problemas y soluciones laborales". Tercera Edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2007. p. 97.

Así, en el primer supuesto se mantiene la regla general que establece que el personal destacado se encuentra subordinado a la empresa usuaria, pese a que este permanece en la planilla de la empresa intermediadora. En cambio, en el segundo supuesto, propio de la intermediación de actividades complementarias o especializadas, es en donde la figura varía, puesto que el poder de dirección respecto del personal destacado se mantiene en la empresa de intermediación.

La justificación para ello es sencilla: no puede dotarse de un poder de dirección a la empresa usuaria respecto de una actividad complementaria o especializada, en la medida que es precisamente esa complementariedad o especialización lo que hace razonable la contratación de la empresa de intermediación, quien posee todo el conocimiento (y en ocasiones incluso las herramientas) – que no tiene la empresa usuaria – para ejecutar el servicio con mucha mayor eficiencia. En efecto, en palabras de Juan Carlos Cortés, *la diferencia esencial entre las empresas de servicios complementarios y de alta especialización con respecto a las empresas de servicios temporales, es que los trabajadores destacados en las primeras no están subordinados a las empresarias usuarias, lo que sí ocurre en el caso de las segundas. La única semejanza es que estamos hablando en todos los casos de trabajadores destacados, es decir, que prestan su servicio en el local de empresa usuaria*[6].

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta aquí, en el presente trabajo, nos detendremos breve y únicamente en los supuestos de actividades complementarias y actividades especializadas, puesto que la colisión, intersección o zona gris que existe entre la intermediación laboral y la tercerización de servicios recae en ellos.

V. INTERMEDIACIÓN LABORAL DE ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS

Tal como lo establece el Reglamento de la Ley de Intermediación, las actividades complementarias serán aquellas de la empresa usuaria que constituyan *carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza. La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria*[7].

Bajo el criterio planteado por la norma antes referida, será actividad complementaria toda aquella que no sea actividad principal de la empresa, es decir, que no represente el giro propio del negocio y que a su vez, no resulte ser indispensable para el desarrollo de la actividad empresarial. En esa misma línea, la norma identifica una serie de ejemplos, de entre los cuales se consigna a la vigilancia, seguridad, reparaciones entre otras, los mismos que constituirían supuestos de actividades complementarias. Sobre esta base tendríamos que, por ejemplo, para el caso concreto del mantenimiento, este será considerado como una actividad complementaria (y por ende susceptible de ser intermediado de manera permanente), cuando se trate de un servicio sin el cual la Empresa podría continuar operando normalmente (aún

(6) CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos. "Las modificaciones reglamentarias en la intermediación laboral". Tomo 163. Gaceta Jurídica. Lima. Junio, 2007. p. 241.
(7) Así lo establece el artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, modificado mediante el Decreto Supremo N° 008-2007-TR.

cuando a la larga, su ausencia podría impedir el desarrollo de la actividad empresarial, lo que también podría ocurrir con la limpieza). En cambio, el mantenimiento será considerado una actividad principal (no susceptible de ser intermediada permanentemente), cuando su ausencia impida la operación normal de la empresa, como ocurriría con el mantenimiento preventivo que forma parte del plan operativo.

Sin embargo, como veremos más adelante, algunas de las actividades complementarias así diseñadas por la norma, podrían ser calificadas también como especializadas, llegando incluso a recaer en supuestos de tercerización.

VI. INTERMEDIACIÓN LABORAL DE ACTIVIDADES ESPECIALIZADAS

De otro lado tenemos a las actividades especializadas. Este tipo de actividades implica o requieren una elevada y particular calificación con relación al giro de negocio de la usuaria. En ese sentido, la norma la define como *aquella auxiliar, secundaria o no vinculada a la actividad principal que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tal como el mantenimiento y saneamiento especializados*[8].

Nada impide que una misma actividad recaiga en el supuesto de ser calificada como una actividad complementaria, y que a su vez sea también especializada, por lo cual bien podría ser intermediada bajo cualquiera de las dos modalidades anotadas. Empero, esta situación no generará mayores inconvenientes, toda vez que sea cual sea la modalidad de intermediación que se elija, las obligaciones de las partes y las garantías brindadas a los trabajadores destacados serán las mismas.

Debe tomarse en consideración que este tratamiento igualitario de una misma actividad como complementaria y especializada, debe ser entendida como que la primera es el grupo universal, mientras que la segunda es una especie de dicho conjunto. Por tanto, no es que una misma actividad se simultáneamente considerada como actividad complementaria y actividad especializada, sino que la actividad deberá ser calificada únicamente bajo uno de los dos grupos, aún cuando las actividades especializadas implicaran necesariamente a las actividades complementarias. No obstante, el problema se observa cuando esta misma actividad puede ser calificada como una actividad susceptible de ser tercerizada, como veremos en las siguientes líneas.

VII. ¿QUÉ ES LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS?

El Reglamento de la Ley de Tercerización de servicios define a esta modalidad indirecta de contratación 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 otro lado, tenemos que el artículo 2° de la Ley N° 29245, además de definir el concepto, nos plantea requisitos y elementos característicos de la tercerización de servicios, sin los cuales la figura se desnaturalizaría.

(8) Artículo 1 del Decreto Supremo N° 003-2007-TR.

Los requisitos que plantea la nueva normativa son copulativos, y en buena cuenta están destinados a resaltar la presencia de la completa autonomía de la empresa tercerizadora frente a la empresa principal respecto al desarrollo de la prestación. De esa manera, son requisitos la asunción de los servicios bajo la propia cuenta y riesgo de la empresa tercerizadora, contar con sus propios recursos financieros, técnicos y materiales, ser responsables por los resultados y, finalmente, que los trabajadores de la empresa tercerizadora queden bajo la exclusiva subordinación de esta, negándose la posibilidad de alguna manifestación del poder de dirección de la empresa principal en el desarrollo de la prestación.

Además, se incluyen como elementos característicos la pluralidad de clientes, contar con equipamiento, inversión de capital y recibir una retribución por la obra o servicio realizado. Con estas características y requisitos lo que hace la norma es más bien establecer un marco de regulación dentro del cual pueden presentarse distintos supuestos de tercerización, los cuales deberán ajustarse a los ya comentados.

Ahora bien, la externalización de una parte integral del proceso productivo de la empresa es lo que determina la esencia de la tercerización; externalización que pretende encargar a un tercero presuntamente especializado una rama de producción con el objetivo de lograr mayor eficiencia[9]. De lo anterior aparece que la tercerización de servicios es muy similar a la intermediación laboral. Empero, esto no parece correcto. Ello es así en la medida que la regulación que rige a la intermediación laboral limita el uso de esta figura a determinados supuestos que solo de forma excepcional –por razones de ocasionalidad o suplencia– implican a la actividad principal de la empresa.

Por el contrario, la tercerización de servicios se encuentra regulada únicamente en cuestiones de actividades principales. Es decir, si bien la reciente Ley N° 29245 no distingue entre qué actividades son susceptibles de tercerizar (principales, complementarias o especializadas), ello si es determinado por el Reglamento, puesto que en su artículo inicial dispone que tercerización será *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.*

Según puede verse, el Reglamento especifica que solo puede ser considerado como tercerización el encargo o delegación de actividades principales[10]. Esto quiere decir que cuando se ejecuten servicios u obras que no formen parte de la actividad principal de quien recibe el servicio, no estaremos ante un supuesto de tercerización regulado por la ley en referencia.

(9) Como bien lo señala César Puntriano, *La tercerización supone pues, que un tercero especialista se haga cargo de manera integral de una actividad que a la empresa cliente (principal) no le interesa llevar a cabo, pues tiene interés en concentrarse en su negocio principal (esemncial).* En: PUNTRIANO ROSAS, César. "Tercerización de servicios. Análisis de la anterior y actual legislación.". En: Actualidad Jurídica. Tomo N° 175. Gaceta Jurídica. Lima. Junio, 2008. p. 23.

(10) Según se indica en el mismo Reglamento, el concepto de actividad principal que debe utilizarse es el mismo que se usa para los supuestos de intermediación aboral. Es decir: "*Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa*".

Entonces, no es que la tercerización de actividades complementarias haya quedado descartada, sino que por el contrario, la reciente regulación que ha sido expedida no la concibe dentro de su ámbito de aplicación, lo que de ninguna forma puede entenderse como una prohibición a su aplicación. En otras palabras, antes de la entrada en vigencia del Reglamento de la Ley N° 29245, se concebía la posibilidad de tercerizar tanto actividades complementarias como principales, con la precisión de que ninguna de las dos se encontraba ciertamente normada.

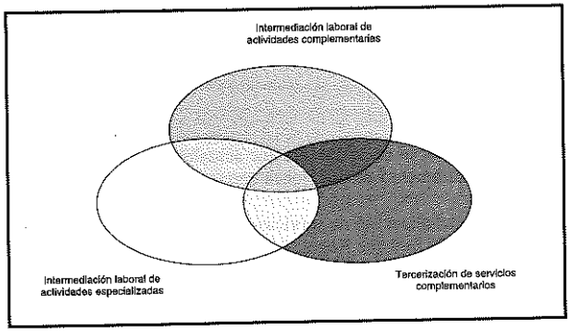
Es decir, en este contexto previo se entendía a la intermediación laboral como aquel destaque de personal, mientras que a la tercerización de servicios se concebía como la externalización de una parte integral del ciclo productivo de la empresa, en donde además, la empresa tercerizadora era quien ejecutaba el servicio por su propia cuenta y riesgo, con sus propios recursos y con absoluta dirección sobre el personal que ejecutaba la prestación. Sin embargo, esta distinción no fue siempre respetada, dado que en algunos casos era posible encontrar actividades tercerizadas que por sus especiales características encajaban mucho mejor en la figura de la intermediación.

Luego de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, se consolidó la regulación de la tercerización de actividades principales, puesto que así es establecido por la misma norma. Sin embargo, el ordenamiento no ha dispuesto en ninguna de sus leyes ya existentes u de las recientemente expedidas, que la tercerización de actividades complementarias se encuentre prohibida. Simplemente este sector no ha sido regulado.

Es más, si es posible tercerizar actividades principales, cuya protección debe ser aún mayor que cualquier otra actividad, ¿Qué impediría poder tercerizar actividades complementarias o especializadas? ¿Cuál sería el elemento determinante para no poder externalizar íntegramente una parte de las actividades complementarias o especializadas de la empresa? Evidentemente, la respuesta a ambas preguntas es negativa en la medida que no existe ni impedimento ni elemento determinante que prohíba la posibilidad de tercerizar actividades complementarias o especializadas, sino que – una vez más – este ámbito no se encuentra regulado.

IV. ZONAS GRISES ENTRE LA INTERMEDIACIÓN Y LA TERCERIZACIÓN

De lo dicho anteriormente, tenemos que en efecto existen zonas grises entre la intermediación laboral y la tercerización de servicios, como se ilustra en el siguiente gráfico.



El esquema planteado nos muestra la existencia de diferentes zonas en donde se intersectan la intermediación laboral de actividades complementarias, especializadas y la tercerización de servicios.

1. Relaciones Comunitarias y Tipo de Actividad

Como bien fue ejemplificado al inicio del presente trabajo, las relaciones comunitarias se encuentran vinculadas a la actividad minera, por lo que podríamos decir que el desarrollo de estas es esencial para el funcionamiento de la empresa toda vez que sin ellas no podría llevar a cabo sus actividades de exploración, por lo que las relaciones comunitarias serían consideradas como parte de la actividad principal.

Sin embargo, siguiendo las definiciones que brindan las normas sobre intermediación laboral y tercerización de servicios, respecto de actividades principales, complementarias y especializadas, las relaciones comunitarias no encajarían en el supuesto de actividad principal de la empresa minera, sino que mas bien constituye es una actividad complementaria y especializada, puesto que califica como auxiliar de la actividad principal, la misma que sin llegar a ser parte de ella (de la actividad principal) resulta ser esencial para el proceso productivo por su particular especialización, así como por la coyuntura social[11].

2. Relaciones Comunitarias y Tipos de Contratación.

Como bien hemos señalado, ni la recientemente promulgada Ley de Tercerización ni su Reglamento excluyen la posibilidad de realizar actividades no principales a través de la figura de tercerización de servicios.

Es así que dentro de la lógica que hemos venido desarrollando, se ha puesto en evidencia que es permitido externalizar[12] servicios complementarios. En consecuencia, la actividad que desarrolla la empresa que brinda servicios de relaciones comunitarias a la minera es una de índole complementaria – y a su vez especializada – por lo que también sería legítimo aplicar la tercerización de servicios a este caso en específico. Evidentemente, en este último caso nos encontraremos fuera del ámbito de la regulación actual que rige a esta modalidad de contratación, no obstante esta situación no invalidará este tipo específico de vinculación.

A su vez, es posible calificar a las relaciones comunitarias como una actividad complementaria a la actividad minera, como también es posible calificarla como una rama especializada. Por tanto, el vínculo de intermediación podría caber tanto por actividades complementarias, así como por actividades especializadas. Por tanto, sería aplicable la figura de la intermediación laboral de servicios complementarios o de servicios especializados, ambos con autonomía técnica.

(11) Nos referimos a la coyuntura social en la medida que actualmente es imposible pensar en desarrollar la actividad minera sin un departamento de relaciones comunitarias, ya que esta sirve como nexo entre la empresa y las comunidades.

(12) Denominar a este tipo de externalización de servicios como "tercerización" implicaría entrar en severas confusiones, en la medida que la Ley que Regula los Servicios de Tercerización, así como el Decreto Legislativo que la precisa y su Reglamento, definen a esta modalidad indirecta de contratación como aquella externalización de actividades principales, no siendo así para actividades complementarias, aún cuando ello no se encuentra prohibido.

Dentro de nuestro ejemplo, las relaciones comunitarias se encontrarían en el centro de los tres círculos, pudiendo ser, indistintamente intermediación laboral de servicios complementarios, intermediación laboral de servicios especializados o tercerización de servicios complementarios.

V. CONCLUSIONES

De acuerdo a la línea de razonamiento que hemos planteado a lo largo del presente trabajo, consideramos que es posible llegar –y reafirmar– las siguientes conclusiones:

- Existen zonas grises entre la intermediación laboral de servicios especializados, complementarios y la externalización (o tercerización) de servicios complementarios.
- No existe una prohibición legal que impida poder tercerizar servicios complementarios.
- A consecuencia de lo anterior una misma actividad podrá ser calificada dentro de cualquiera de los ámbitos antes referidos.
- No obstante, debe tenerse en consideración que no se trata de una elección indiferente de cual de las tres modalidades es posible emplear, puesto que deberá constar un análisis previo a efectos de determinar la pertinencia de una figura u otra.
- A su vez, se tendrá que tomar en cuenta que nuestra actual normativa acoge ciertos supuestos, que pueden encajar perfectamente en las zonas grises identificadas, calificándolos dentro de una modalidad de contratación indirecta específica, tal como es el caso de la vigilancia, seguridad, entre otras que son consideradas como supuestos de intermediación, aún cuando bien podrían ser actividades susceptibles de ser tercerizadas.

INCIDENCIAS EN LAS ACCIONES DE SUBCONTRATACIÓN LABORAL: La responsabilidad solidaria derivada de la tercerización[1]

OXAL VÍCTOR ÁVALOS JARA[2]

I. INTRODUCCIÓN

La intermediación laboral[3] y la tercerización[4] son, desde el punto de vista empresarial, dos herramientas sumamente útiles, que permiten que las empresas no solo puedan reducir sus costos laborales, sino también ser más competitivas y eficientes, pues, por un lado, el empresario podrá servirse de la labor personal de ciertos trabajadores destacados por una tercera empresa para realización de trabajos temporales, complementarios o especializados; y, por otro lado, podrá beneficiarse del servicio integral que un tercero le puede brindar para procesar uno de los sectores productivos de su empresa. Ambas estrategias de negocios vienen siendo utilizadas por muchas empresas de nuestro país, siendo la intermediación laboral la que más operadores tiene, no obstante, es la figura de la tercerización la que en este último tiempo viene tomando mayor fuerza.

Sin embargo, desde la óptica del Derecho del trabajo ello no es tan así. Esta rama del Derecho apunta su análisis a las relaciones surgidas como consecuencia de la ejecución de los contratos de intermediación laboral y de tercerización celebrados entre dos o más

(1) Para Eby, por hacer que todo sea mejor.

(2) Abogado por la Universidad de Lima. Especialista en Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Derecho Empresarial. Cursa estudios de Maestría con mención en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socio principal del Estudio Ávalos Jara, Abogados & Asociados (www.avalos-jara.com). Miembro del Área Legal y de Investigación Jurídica de la Corporación Grijley. Coordinador General de la revista *JuS-Doctrina & Práctica*.

(3) En el Perú, a las empresas que realizan estas actividades se les conoce coloquialmente como *services*.

(4) Mejor conocida como *outsourcing*.

empresas, y en los que el trabajador se ve involucrado. Concretamente al desplazamiento del que es sujeto y a la forma cómo inciden sobre él quienes se benefician con su trabajo. En este sentido, se busca que si bien las empresas utilicen estas herramientas, ello no suponga un menoscabo o una vulneración de los derechos laborales consagrados en la Constitución, los tratados internacionales y en la ley.

Es indudable, entonces, que el tratamiento del tema de la subcontratación en las relaciones laborales constituye un acápite sumamente importante. No obstante, por la amplitud de ambas figuras, y por la trascendencia y connotación actual de la tercerización, es que nos abocaremos a estudiar con mayor amplitud a esta última[5]. De la misma manera, es preciso indicar que en la presente ponencia solo nos dedicaremos a estudiar lo concerniente al ámbito del Derecho del trabajo.

II. CONCEPTUALIZACIÓN Y PRECISIONES

Para poder cumplir nuestro objetivo, es importante conocer qué es la tercerización, así como otros conceptos que se encuentran estrechamente vinculados a ella, y que nos serán de mucha utilidad para entender de mejor manera nuestra ponencia.

1. Las implicancias en el ámbito del Derecho del trabajo

En el escenario del Derecho del trabajo, la tercerización ha tomado mucha importancia, ello como consecuencia de la creciente utilización de esta figura por parte de los empresarios, la que por cierto en la mayoría de casos resulta fraudulenta[6], esto es, usada con la finalidad de evadir responsabilidades, pero sobre todo para pagar un menor monto por concepto de remuneración y de beneficios laborales[7].

El interés del Derecho del trabajo es, básicamente, la protección del trabajador que es sujeto del desplazamiento como consecuencia del contrato de tercerización celebrado entre dos o más empresas. En efecto, se busca que esta figura contractual no sea utilizada de forma tal que restrinja los derechos del trabajador –entiéndase, que se les recorte y disminuya los derechos que en condiciones regulares y legales percibirían– y, por consiguiente, que permita que el empresario se aproveche ilegítimamente de lo que, en una situación de no existencia del ejercicio abusivo del derecho, le correspondería al trabajador.

2. La tercerización

La tercerización puede ser entendida como la "técnica innovadora de administración, que consiste en la transferencia a terceros de ciertos procesos complementarios que no forman parte del giro principal del negocio, permitiendo la concentración de los esfuerzos en las actividades esenciales a fin de obtener competitividad y resultados tangibles. Esta técnica se fundamenta en un proceso de gestión que implica cambios estructurales de la empresa en aspectos fundamentales tales como la cultura, procedimientos, sistemas, controles y

(5) Hace aún más atractivo este estudio el hecho de que recientemente se han publicado: la Ley que regula los servicios de tercerización, la norma que precisa sus alcances y el correspondiente dispositivo reglamentario.
(6) Para un interesante estudio acerca del fraude en el Derecho del trabajo, sugerimos revisar Ferreirós, Estela Milagros et al., *El fraude y sus consecuencias jurídicas*, La Rocca, Buenos Aires, 2007, pp. 47-145.
(7) Nos referimos, sobre todo, a la ejecutada en los sectores minero y petrolero.

tecnología cuyo objetivo es obtener mejores resultados concentrando todos los esfuerzos y energía de la empresa en la actividad principal"[8].

De la misma manera, puede decirse que la tercerización supone que "una empresa 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, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diversos tipos"[9]. Otras definiciones señalan que la tercerización "apunta al proceso de sacar al exterior de la empresa procesos de la producción o del trabajo, tradicionalmente desarrollados al interior de la misma"[10]. Asimismo, la tercerización debe ser entendida como la "externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa"[11].

A nuestro entender, la tercerización supone la delegación de responsabilidades y compromisos que no constituyen la columna vertebral del negocio, con el objeto de que un tercero desarrolle las actividades delegadas por su cuenta –mediante la fuerza de trabajo de sus empleados[12]– y costo, a cambio de una retribución, a efectos de lograr una mayor y mejor especialización y, en consecuencia, la máxima eficiencia.

3. Disimilitudes con otras figuras

A efectos de de evitar cualquier confusión, es necesario diferenciar a la tercerización de figuras como la intermediación laboral, la provisión de trabajadores y la colocación laboral.

3.1. La intermediación laboral

Como señala Pérez Yañez, la intermediación laboral tiene por finalidad "la cesión o destaque de trabajadores para que estos laboren bajo la dirección de la empresa usuaria, en tanto que existe un reparto de las facultades empresariales entre la empresa usuaria y la empresa de servicios especiales"[13].

De conformidad con la Ley N° 27626, ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, la intermediación laboral puede ejecutarse a través de empresas de servicios especiales, temporales y complementarios,

(8) Romero, Antonio, "El *outsourcing*", en www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/ger/outsourcingantonio.htm.
(9) Cruz Villalón, Jesús, "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales", en *Trabajo y Seguridad Social*, N° 13, Madrid, 1994, p. 8.
(10) Raso Delgue, Juan, "*Outsourcing*", en *Advocatus*, N° 9, Lima, 2003, p. 195.
(11) Del Rey Guanter, Salvador y Gala Durán, Carolina, "Trabajo autónomo y descentralización productiva", en *Relaciones Laborales*, N° 1, Madrid, 2000, p. 446.
(12) Al respecto, es importante señalar que el empleador, sobre la base de su facultad direccional como manifestación del *ius variandi*, determina cómo y dónde deben ser efectuadas las labores. Es interesante revisar lo concerniente a las facultades empresariales tal como lo plantean Grisolia, Julio Armando y Herrezuelo, Ricardo Diego, *Derechos y deberes en el contrato de trabajo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 113-218.
(13) Citada por Toyama Miyagusuku, Jorge, "Tercerización e intermediación laboral. Diferencias y tendencias", en *Derecho y Sociedad*, N° 30, Lima, 2008, p. 92

además, en el caso de las cooperativas, para que se desarrollen labores correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia[14], siempre y cuando se hayan constituido para estos efectos y hayan cumplido con los requisitos establecidos por ley. Cabe precisar que los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa.

Ahora bien, de acuerdo con esta normativa, *las empresas de servicios temporales* son aquellas que contratan con empresas denominadas usuarias, con el fin de colaborar temporalmente con ellas en el desarrollo de sus actividades, incluso en las principales, mediante el destaque de sus trabajadores para desarrollar las labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia[15]. Asimismo, las *empresas de servicios complementarios* son las que destacan su personal a terceras empresas denominadas usuarias para desarrollar actividades accesorias o no vinculadas a su actividad principal (objeto social principal) o giro del negocio. Por su parte, las *empresas de servicios especializados* son las que brindan servicios que suponen alta especialización para la empresa usuaria que las contrata. En este caso, la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados. Finalmente, con relación a las *cooperativas de trabajadores*, se establece que estas podrán tener como única finalidad destacar a sus socios trabajadores a las empresas usuarias a efectos de que estos desarrollen labores correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia; en otras palabras, si bien podrán prestar un servicio complementario o especializado, este deberá ser temporal.

De lo vertido se evidencia que podría haber cierta confusión entre los servicios especializados provenientes de la intermediación laboral y la tercerización. Los Decretos Supremos N°s 003-2002-TR, 008-2007-TR y 020-2007-TR, han ayudado a clarificar esta controversia; sin embargo, aunque el panorama se avizora con mejores perspectivas que hace unos años, con el objeto de despejar cualquier duda mencionaremos algunas características de cada una de estas figuras.

Así, entendemos que en la intermediación laboral solamente hay un destaque de forma individualizada de mano de obra a la empresa usuaria; mientras que en la tercerización se brinda un servicio integral a la empresa contratante para el desarrollo de uno de sus sectores productivos. En la intermediación laboral se prestan servicios para la ejecución de labores

(14) Para mayores alcances acerca de estas modalidades contractuales, sugerimos revisar Ávalos Jara, Oxal Víctor, *Los contratos de trabajo temporal. Un estudio práctico acerca de los contratos sujetos a modalidad*, Grijley, Lima, 2008, pp. 89-110.

(15) En un anterior trabajo hemos señalado que el contrato ocasional es aquel que tiene por objeto atender "aquellos requerimientos empresariales eventuales, inciertos y de escasa duración, que necesita la empresa para satisfacer las exigencias que le demandan sus propias actividades que no son ordinarias, pero que coadyuvan a la opmitmización de la actividad principal". De la misma manera, el contrato de suplencia tiene por finalidad "sustituir a un trabajador estable de la empresa cuyo vínculo se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente o por efecto de las disposiciones convencionales aplicables en el centro de labores; en otras palabras, supone reemplazar momentáneamente a un trabajador que cuenta con una relación de trabajo indeterminada por otro contratado a plazo determinado o determinable y por el tiempo que dure la ausencia del primero, como consecuencia de la configuración de alguna causa justificada que se encuentra regulada expresamente en la ley como tal, por acuerdo de las partes o por decisión unilateral del empleador" (Ávalos Jara, *Los contratos de trabajo temporal. Un estudio práctico acerca de los contratos sujetos a modalidad*, cit., pp. 89-110).

complementarias o especializadas de la empresa usuaria, así como para la realización de labores en las actividades principales de la empresa, pero solo de forma temporal; en tanto que en la tercerización desaparece esa clasificación, pues lo trascendente es la asunción de una parte integral del proceso productivo, lo que evidentemente se traduce en la prestación de servicios especializados o de obra. En el caso de la intermediación laboral los trabajadores que realizan actividades principales temporales no pueden exceder del 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria; mientras que en la tercerización no existen límites porcentuales, ello en razón de que la prestación de servicios no se individualiza en los trabajadores destacados, sino se refleja en el servicio integral, no importando cuantos trabajadores son necesarios para lograr el objetivo. Las empresas que realizan intermediación laboral deben inscribirse en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de intermediación laboral; en cambio las que brindan servicios de tercerización deben hacerlo en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras.

3.2. La provisión de trabajadores

La Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 27626[16] y el segundo párrafo del artículo 2° de la Ley N° 29245[17] son las que hacen referencia a esta figura.

En términos generales "se puede afirmar que la provisión o cesión de trabajadores tiene lugar cuando un sujeto (denominado cedente) transfiere trabajadores subordinados a otro (denominado cesionario), con la única finalidad de cubrir puestos de trabajo que se encuentran dentro del ámbito organizativo de este último. La ilicitud de la cesión de trabajadores se debe a que estas prácticas parecen favorecer a todos, menos a los propios trabajadores. El cesionario obtiene un doble beneficio, ya que deja de ser considerado como el empleador formal de los trabajadores (lo cual significa una reducción en sus costos laborales), mientras que en la práctica sigue actuando como el empleador real de los mismos (lo cual le permite mantenerlos bajo su subordinación real). Por su parte, el cedente obtiene sus ganancias de la diferencia entre lo que le paga a los trabajadores y lo que percibe del cesionario, limitándose a actuar como un simple testaferro de este"[18].

Sin embargo, es menester precisar que no toda provisión de trabajadores es ilícita, ya que mientras el trabajador cedido no se vea perjudicado de algún modo, y el empleador ejerza sus poderes legítimamente, podría hablarse de una provisión de trabajadores lícita. En efecto, si tenemos en consideración que la provisión de uno o más trabajadores se sustenta en el hecho de que tanto el empleador[19] como el usuario se reparten los poderes empresariales (dirección, fiscalización y sanción) y que ambos responden por las obligaciones de carácter laboral, entonces no encontraríamos motivos para vetar la figura de la provisión de trabajadores.

(16) La primera señala que: "En los casos en que mediante contratos o subcontratos de naturaleza *civil se provean trabajadores* para desarrollar labores que correspondan a la actividad principal de la empresa usuaria, se entenderá que tales trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria desde su respectiva fecha de iniciación de labores en dicha empresa" (las cursivas son nuestras)

(17) En donde se indica que: "[…]. En ningún caso se admite la sola provisión de personal. […]".

(18) Espinoza Laureano, Frank, "¿El fin de la intermediación laboral?", en *JuS-Doctrina & Práctica*, N° 5, Lima, 2008, p. 38.

(19) Básicamente direccionando la fuerza de trabajo de su empleado a favor del usuario.

En este sentido, queda claro que la diferencia más marcada que podemos encontrar entre la figura materia de análisis y la tercerización es que en la primera tanto el empleador originario como el usuario ejercen subordinación sobre el trabajador en cuestión, mientras que en la tercerización, además de no individualizarse el servicio, la subordinación es ejercida únicamente por el empleador, no por el contratista.

3.3. La colocación laboral

El artículo 2° del Decreto Supremo N° 005-2003-TR, norma que crea el Registro Nacional de Agencias Privadas de Empleo, es el que hace alusión a esta figura[20].

Con relación a ella, Monereo Pérez señala que "la colocación o mediación laboral viene a ser el conjunto de actividades jurídicas y materiales realizadas con carácter previo [...] la celebración del contrato de trabajo que tienen por finalidad el acercamiento –puesta en contacto– y equilibrio entre la oferta y la demanda de mano de obra en el mercado de trabajo; es decir, la actividad mediadora es una actividad encaminada a facilitar la conclusión de contratos laborales sin que la persona o ente interviniente asuma la condición de parte del contrato celebrado ni tampoco realice una labor de 'puesta a disposición' del trabajador de un empresario"[21].

Se evidencia, entonces, que la colocación laboral supone la intervención de una persona que busca acercar a las partes con la finalidad de que estas puedan convenir en ser trabajador y empleador una de la otra; es decir, se trata de aproximar a quienes en el futuro podrían tener una relación laboral. En consecuencia, y como la propia definición legal lo indica, el interventor está fuera del ámbito de la relación laboral que pudiese surgir entre las partes. Así pues, ello supone la principal diferencia con la tercerización.

III. LA TERCERIZACIÓN EN EL PERÚ

1. Antecedentes

1.1. Legislativos

No compartimos la posición de quienes señalan que antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29245 ya se encontraba regulada la tercerización. En efecto, gran parte de la doctrina nacional señala que la tercerización laboral encontró su primera regulación en lo que dispone el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR[22].

(20) Al señalar que: "Entiéndase por Agencias Privadas de Empleo a aquellas personas jurídicas, independientes de la administración pública, *que intervienen en el mercado de trabajo a efectos de vincular ofertas y demandas de empleo, sin convertirse en parte de las relaciones laborales que se deriven entre los solicitantes de empleo y las personas naturales o jurídicas que requieren trabajadores*. No son consideradas Agencias Privadas de Empleo, las bolsas de trabajo de las instituciones educativas cuya finalidad es la inserción laboral de sus egresados, siempre que las indicadas bolsas de trabajo carezcan de personalidad jurídica propia y no efectúen cobro alguno por su servicio" (las cursivas son nuestras).

(21) Citado por Espinoza Laureano, "¿El fin de la intermediación laboral?", cit., p. 40.

(22) En donde establece que: "No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193° de la Ley General de Sociedades, *los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas*, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros,

El hecho de haber mencionado supuestos que constituyen acciones de tercerización no supone que se haya regulado a esta figura. A pesar de ello, muchos autores nacionales insisten en que sí. No obstante, para zanjar la controversia creemos que es importante recurrir a la jurisprudencia, específicamente a la Acción Popular recaída en el Expediente N° 1949-2004-Lima, en donde la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República establece que el hecho de que se haya hecho referencia a una figura ajena a la intermediación laboral no implica que se le haya regulado; es más, si ello fuera así, el mencionado artículo 4° sería ilegal, toda vez que excedería los márgenes de ley[23]. En este sentido, en apreciación con la que estamos de acuerdo, la Sala Suprema manifiesta que cuando se alude a la tercerización, solo se están estableciendo criterios de identificación y diferenciación entre la intermediación laboral y la tercerización. Por lo tanto, la tercerización no se encuentra regulada en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR.

En este orden de ideas, a pesar de que posteriormente se hayan ampliado los alcances del artículo 4° en cuestión, como sucedió por efecto del Decreto Supremo N° 020-2007-TR, la tercerización recién se halla a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 29245[24], del Decreto Legislativo N° 1038[25] y del Decreto Supremo N° 006-2008-TR[26]; por tal razón, dichas normas no tienen antecedentes.

1.2. Antecedentes jurisprudenciales

A nivel de nuestra Corte Suprema de Justicia de la República, hasta la fecha no tenemos ningún pronunciamiento acerca de algún tema directamente relacionado con la tercerización. Sin embargo, en sede de la Corte Superior de Justicia de Lima ocurre lo contrario, puesto que hay varios pronunciamientos, pero dentro de todos ellos encontramos una sentencia que resulta muy interesante, pues en ella se discute acerca de la naturaleza jurídica de la tercerización.

Efectivamente, en la sentencia recaída en el Expediente N° 3000-2006-IDNL(S), la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima ha señalado que si bien es cierto que la tercerización es una modalidad contractual con miras a que una empresa (contratista) satisfaga el requerimiento de otra (contratante) mediante la prestación de un servicio integral no subordinado ni personalizado, también lo es que existen determinadas actividades de la empresa que se benefician con el servicio que no pueden ser sujetas de la tercerización, entendiéndose por ellas a la principal, nuclear o distintiva. Por tal razón, si se verifica la realización de alguna actividad prohibida para ser ejecutada mediante la tercerización, debe colegirse que los contratos –de prestación de servicios o de obra– se han desnaturalizado, lo que genera el reconocimiento de una relación laboral entre el trabajador sujeto de desplazamiento y la empresa contratante.

técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. [...]" (las cursivas son nuestras).

(23) De conformidad con el inciso 8 del artículo 118° de nuestra Constitución, corresponde al Presidente de la República: "Ejercer la potestad de reglamentar las leyes *sin transgredirlas ni desnaturalizarlas*; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones" (las cursivas son nuestras).

(24) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de junio de 2008.

(25) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de junio de 2008.

(26) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12 de septiembre de 2008.

En el presente caso, la cuestión controvertida radicaba en determinar si existen límites para la tercerización de servicios, esto es, si es posible tercerizar cualquier actividad de la empresa contratante o solo algunas, entiéndanse, las no principales.

Siendo que a la fecha de dicho pronunciamiento no existía regulación expresa sobre la tercerización –solo las normas generales de los contratos de locación de servicios y de obra contenidos en nuestro Código Civil–, ni pronunciamientos al respecto, la Sala Laboral recurre a la doctrina para determinar la naturaleza jurídica de la tercerización. Así, tomando en consideración las definiciones de Raso Delgue[27] y Ben Schneider[28], quienes señalan que solo son "tercerizables" las actividades no principales de la empresa contratante, la Sala Laboral concluye que, sobre la base del principio de primacía de la realidad, el demandante tiene una relación de trabajo, además de la empresa contratista, con la empresa contratante. Sobre el particular, consideramos que la lógica plasmada en la presente sentencia es correcta, pues la Sala Laboral efectúa un acertado análisis de lo que realmente es la tercerización como figura jurídica (aunque no regulada en su momento), impidiendo, además, que la empresa contratista haga un ejercicio abusivo de su derecho de contratar.

2. Actualidad normativa

Con fecha 24 de junio de 2008 fue publicada la Ley N° 29245, denominada "Ley que regula los servicios de tercerización". Esta normativa, empieza por determinar qué constituye la tercerización; en este sentido, establece que la tercerización es "la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación". Del mismo modo, establece son los elementos coadyuvantes o sintomáticos para identificar a las actividades de tercerización las siguientes: la pluralidad de clientes[29], el equipamiento propio, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. Asimismo, en contrapartida con el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, en el artículo 3° de la mencionada ley se señalan los casos que constituyen tercerización, siendo estos: "Los contratos de gerencia conforme a la Ley

(27) En el Considerando Quinto de la sentencia materia de análisis se señala: "La tercerización es definida por Juan Raso Delgue como 'la transferencia al externo de la empresa de etapas de la gestión y de la producción, reteniendo esta el control sobre las mismas'" (Raso Delgue, Juan, "*Outsourcing*", en *Cuarenta y dos estudios sobre la desnaturalización empresarial y Derecho del trabajo*, Fundación de la Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 38).

(28) En el mismo considerando se indica: "Ben Schneider, en un magnifico libro publicado en nuestro medio, señala que 'se requiere de una herramienta de gestión a través de la cual una organización pueda optar por concentrarse únicamente en su *core business* (actividad distintiva, según el propio Schneider) y no tomar parte en procesos importantes pero no inherentes a su actividad distintiva. Para dichos procesos existe la posibilidad de contratar a un proveedor de servicios especializados y eficientes que, a la larga, se convierta en un valioso socio de negocios. En eso consiste el *outsourcing*'" (Schneider, Ben, *Outsourcing: la herramienta de gestión que revoluciona el mundo*, Norma, Lima, 2004, p. 31).

(29) De conformidad con el Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 de junio de 2008, se ha señalando que en el caso de las empresas ya constituidas, tendrán el plazo de un año desde la vigencia de la ley para cumplir con este requisito; mientras que en el caso de las empresas que inician sus actividades luego de la vigencia de la ley, lo deberán hacer en los mismos términos, pero contado desde el día en que iniciaron sus actividades. Asimismo, mediante el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, se ha dispuesto que este requisito no es de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas sujetas al régimen de las microempresas, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1086.

General de Sociedades, los contratos de obra, *los procesos de tercerización externa* y los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo" (las cursivas son nuestras).

Por otra parte, en su artículo 4°, la Ley N° 29245 señala que el personal desplazado a la empresa contratante en virtud de la tercerización no podrá verse afectado en lo que respecta a sus derechos laborales y de seguridad social. Dicho dispositivo precisa que la subordinación de los trabajadores desplazados siempre debe provenir de la empresa contratista, pues de lo contrario, de conformidad con el artículo 5° del Reglamento de la Ley N° 29245, se generaría una relación laboral directa con la empresa contratante. De la misma manera, se establece que en el contrato en virtud del cual se desplaza a los trabajadores a la empresa contratante, deberá señalarse de forma clara que quien dirige la fuerza de trabajo de los empleados desplazados es la empresa contratista, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, en el cual debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa contratante se realiza la labor[30].

Así mismo, la Ley N° 29245 establece que todo desplazamiento de trabajadores que no se encuadre dentro del marco legal de la tercerización, acarreará la desnaturalización del contrato de tercerización, lo que implica el reconocimiento de una relación laboral entre el trabajador desplazado y la empresa contratante, sin perjuicio de otras sanciones administrativas reguladas por la ley. Es preciso indicar que la norma reglamentaria de la Ley N° 29245, además del supuesto aludido en el párrafo anterior, sanciona con la desnaturalización del contrato de tercerización cuando determina que la empresa tercerizadora no goza de autonomía y cuando la empresa contratista continúa brindando los servicios de tercerización a pesar de que su registro no se encuentra habilitado y hayan transcurrido 30 días calendario desde que caducó dicho registro.

Otro tema importante que ha regulado la Ley N° 29245 es el referido al derecho a la información de los trabajadores desplazados con respecto a la identidad de la empresa contratante y las labores que tendría que realizar. En este caso, creemos que la regulación es sumamente positiva, pues no es el trabajador quien tendrá que solicitar la información, sino es esta última la que se encuentra obligada a facilitársela: entendemos que con esto se procura que el trabajador conozca con precisión los alcances de sus derechos y, de ser vulnerados, pueda acudir a la autoridad administrativa de trabajo con mayor sustento en aras de proteger sus derechos[31].

En virtud de su artículo 7°, la Ley N° 29245 establece ciertas precisiones con relación a los derechos de los trabajadores desplazados. En este sentido, se reafirma la cláusula contenida en el artículo 79° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en el sentido de que no existe diferencia entre los derechos de los trabajadores contratados modalmente y

(30) Con relación a esto último, estimamos que si no es colocada esta información en el contrato, no supone que este se vaya a desnaturalizar, ya que es evidente que ello no constituye una formalidad *ad solemnitatem*, es decir, que su omisión acarrea la nulidad del acto jurídico, pues su inobservancia no ha sido sancionada expresamente por la ley como un supuesto de desnaturalización. Solo constituirá un medio de prueba.

(31) Con respecto al derecho del trabajador de ser informado, el artículo 8° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR señala que esta información deberá ser cumplida antes de que inicie el desplazamiento. Dicha información se refiere, por un lado, a la actividad empresarial a ejecutar y, de otro, a la unidad productiva o ámbito de la empresa principal donde la misma será realizada.

aquellos que prestan sus servicios de manera indefinida, salvo en lo que respecta al cálculo de la indemnización por despido arbitrario. Del mismo modo, se indica que el trabajador desplazado no tendrá menores derechos que aquellos que laboran para su mismo empleador pero que no han sido sujetos del desplazamiento. Igualmente, se establece que la tercerización de servicios y la contratación modal no pueden ser utilizadas con el fin de vulnerar los derechos de índole colectivo o sindical, tales como limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical[32].

Con respecto al registro de empresas tercerizadoras, la Ley N° 29245 estableció como requisito para operar que estas deban inscribirse en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras en un plazo máximo de 30 días hábiles desde su constitución. No obstante, el Decreto Legislativo N° 1038 precisó este mandato señalando que se encuentran obligadas a registrarse las empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica. Lamentablemente el Decreto Supremo N° 006-2008-TR no ha definido lo que significa "desplazamiento continuo" y "desplazamiento eventual o esporádico".

Finalmente, la Ley N° 29245 regula el tema de la responsabilidad solidaria de la empresa contratante en el caso del pago de los derechos, beneficios laborales y obligaciones referidas a la seguridad social que no hayan sido cumplidas oportunamente. Siendo que el tema reviste un interés particular, en la siguiente parte del trabajo haremos un análisis exhaustivo de esta figura jurídica.

IV. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DERIVADA DE LAS ACCIONES DE TERCERIZACIÓN

Este tema reviste mucha importancia sobre todo tratándose del pago de las obligaciones laborales. La poca regulación[33] en el ámbito del Derecho del trabajo[34] ha generado que ante causas en las que tengan que determinarse la responsabilidad solidaria, los criterios adoptados sean disímiles, pero lo que es peor, es que en algunos casos dichos criterios carecen de sustento jurídico.

(32) Este dispositivo indica algo que para nosotros es innecesario en la medida que supone el libre y pleno ejercicio del derecho de defensa consagrado en nuestra Constitución, nos referimos al hecho de que todo trabajador se encuentra habilitado para efectuar las denuncias, reclamos y demandas pertinentes por la vulneración de sus derechos reconocidos en nuestra carta magna y la ley. Estimamos que aun así en el inciso 4 del artículo 7° de la Ley N° 29245 no se hubiese regulado algún supuesto por el cual se reconozca el derecho del trabajador de ejercer su derecho de defensa, igualmente lo podría hacer, pues nuestra Constitución, como norma suprema, reconoce ese derecho.

(33) La que básicamente emana de la legislación del mercado de valores (Resolución Conasev N° 090-2005-EF/94.10) y del impuesto a la renta (Decreto Supremo N° 179-2004-EF) y que se refiere esencialmente a los conceptos de vinculación y grupos económicos.

(34) De conformidad con el artículo 25° de la Ley N° 27626, "en caso de que la fianza otorgada por las entidades [intermediadoras] resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores destacados a las empresas usuarias, estas serán *solidariamente responsables* del pago de tales adeudos por el tiempo de servicio laborado en la empresa usuaria" (las cursivas son nuestras). Asimismo, de acuerdo con el artículo 9° de la reciente Ley N° 29245, "en los casos de tercerización la empresa contratista y la contratante son *solidariamente responsables* por el pago de los derechos, beneficios y obligaciones de seguridad que corresponden por el trabajador" (las cursivas son nuestras).

Es por eso que en esta parte del presente trabajo analizaremos los alcances de la responsabilidad solidaria, esencialmente de la que emana de la tercerización. En este sentido, comenzaremos por conceptualizar a esta figura, exponiendo su fundamento y viendo su naturaleza jurídica, así como los escenarios en donde esta puede presentarse, para finalmente determinar si corresponde equipararla con la regulada por nuestro Código Civil.

1. ¿Qué es la responsabilidad solidaria?

Es claro que toda persona o personas que se comprometen a cumplir una obligación deben responder por ella ante su incumplimiento. La relación obligacional genera que sean las partes que celebraron el acto jurídico las únicas obligadas (*inter partes*). En este sentido, a efectos de la explicación del presente trabajo podríamos denominar a este supuesto como responsabilidad sin alcance a terceros[35]. Sin embargo, puede ocurrir que otras personas, las que en principio no se obligaron expresamente, puedan verse obligadas a responder. En efecto, por determinados hechos jurídicos, estos terceros pueden ser alcanzados por la responsabilidad de quienes se obligaron expresamente. Esto es lo que podríamos llamar responsabilidad con efectos protectores o derivada de intereses legítimos.

Justamente es este último supuesto el que nos interesa estudiar por lo complejo que ha resultado hasta la fecha entender en qué medida una persona que al inicio no era responsable, termina obligándose por la configuración de cierta situación jurídica. Según el Diccionario de la Legua Española de la Real Academia Española, la obligación solidaria es "aquella en que cada uno de los acreedores puede reclamar por sí la totalidad del crédito, o en que cada uno de los deudores está obligado a satisfacer la deuda entera, sin perjuicio del posterior abono o resarcimiento que el cobro o el plazo determinen entre el que lo realiza y sus cointeresados"[36].

En el ámbito del Derecho del trabajo se entiende por responsabilidad solidaria al vínculo obligacional que envuelve a un tercero como consecuencia de un reconocimiento expreso, un mandato legal o por la conexidad particular que existe entre el obligado, generalmente el empleador, y un tercero. En efecto, tal como señala Gorelli Hernández, "la obligación solidaria se caracteriza por el hecho de que distintos sujetos deben una misma prestación; es decir, originariamente los distintos sujetos están obligados frente al acreedor"[37]. La responsabilidad solidaria laboral se basa en la identificación de ciertos sujetos, normalmente el aparente empleador y otro que se beneficia del servicio del trabajador, con la finalidad de que estos respondan de forma conjunta, como si fuesen un mismo patrimonio, por las obligaciones que mantienen pendientes con el trabajador. Se trata, entonces, de una imputabilidad legítima con el objeto de proteger los créditos del trabajador. En términos prácticos, la solidaridad laboral se traduce en la facultad con la que cuenta el trabajador para poder demandar indistintamente por sus acreencias laborales a su empleador y/o a quien se aprovechó, directa o indirectamente, de sus servicios subordinados.

(35) Toda vez que son los contratantes los únicos que se encuentran obligados.

(36) En http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=solidario.

(37) Gorelli Hernández, Juan, *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productividad*, Grupo Difusión, Sevilla, 2007, p. 182.

2. La vinculación empresarial como gran fundamento de la solidaridad laboral

Cuando aludimos a la vinculación empresarial, nos referimos al conjunto de empresas independientes que se encuentran sustantivamente interrelacionadas por efecto de sus intereses comunes. Así, también, se ha señalado que "el grupo de empresas no es otra cosa que varias empresas, jurídicamente independientes, sometidas a una estrategia general común. Esto es, la interrelación de unidades empresariales autónomas en torno a una dirección unitaria. [...]. En algunas ocasiones el grupo podrá conformarse por subordinación y en otras por coordinación. En el primer tipo, las empresas que forman el grupo obedecen a una empresa matriz que personifica la dirección unitaria. No hay poder de negociación de aquellas sobre las directivas emanadas de esta última. En cambio, en el segundo tipo, las empresas que conforman el grupo no se someten al designio de ninguna de las otras empresas. Todas negocian conjuntamente las decisiones de la dirección unitaria"[38].

Sobre la base de esta noción, puede afirmarse que en algunos casos la vinculación empresarial es evidente y en otros no. Así, puede tratarse de empresas que por su notoriedad social no tengan porque negar su vinculación con otras; mientras que, en la mayoría de casos, se da que de forma voluntaria y coordinada muchas empresas, con la finalidad de obtener el mayor beneficio posible, tratando de evitar cualquier responsabilidad y no importándoles el perjuicio que le causan a los trabajadores, ocultan su entorno empresarial, de forma tal que "disfrazan" su verdadera identidad, que es la de formar parte de un grupo empresarial.

En este sentido, podría clasificarse a la vinculación empresarial como conocida o revelada. Siendo que respecto de la primera no hay dudas acerca de la vinculación, en el caso de la segunda lo importante resulta que, ante la presunta relación empresarial que trae consigo perjuicio para uno o más trabajadores, se corrobore la existencia de una vinculación empresarial con la finalidad de proteger los créditos laborales.

Como mencionamos, la responsabilidad solidaria es el efecto jurídico o la consecuencia que se deriva de las obligaciones contraídas e incumplidas por alguno de los miembros del grupo de empresas. En este orden de ideas, es preciso indicar que la solidaridad laboral, como efecto de la vinculación empresarial, no se da por el solo hecho de ser parte del grupo de empresas, sino que debe tener una razón o justificación, como por ejemplo, el fraude en la modalidad de ocultarse bajo otra personalidad jurídica para evitar cumplir con sus obligaciones, o la insolvencia.

Para los casos de fraude, jurídicamente se han creado mecanismos que tienen por objeto "desenmascarar al auténtico empleador o la existencia de un copatronato"[39]. El más importante, qué duda cabe, es el del levantamiento del velo societario o *disregard*, teoría que tiene por finalidad "responsabilizar a quien no integró la sociedad, quien no es otro que el controlante, quien detenta el poder efectivo de los negocios sociales mediante la posibilidad de formación de la voluntad social, pudiendo ser interno (societario) o externo (contractual),

(38) Arce Ortiz, Elmer, *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Palestra, Lima, 2008, p. 113.

(39) Carhuatocto Sandoval, Henry, *La utilización fraudulenta de la persona jurídica*, Jurista, Lima, 2005, p. 248.

y ejercer el poder de una manera 'directa' o 'indirecta'"[40]. El sustento de ello es que "la personalidad jurídica como instrumento, es un medio al servicio del bien común de la sociedad y no un beneficio personal para sus integrantes, que utilizando el valladar de su diferente personalidad, frustren los derechos de terceros, persigan fines extrasocietarios o la utilicen como un mero recurso para violar la ley, el orden público y la buena fe".

Es lógico que en estos casos las empresas solidariamente responsables aleguen que no deben responder basándose en la independencia de la persona jurídica; sin embargo, ello no resultaría oponible en la medida que se ha determinado la existencia de vinculación, lo que tiene como efecto que se considere a las empresas vinculadas como un solo ente a efectos de las obligaciones de carácter laboral, ello en razón del abuso de la personalidad jurídica[41].

Para los casos de insolvencia el tratamiento es distinto. En esencia se busca un respaldo económico que garantice la acreencia del trabajador. Con esto no queremos decir que cuando una empresa es insolvente se busca a otra para que cancele sus deudas laborales; lo que manifestamos es que cuando una empresa es insolvente y, además, tiene vinculación empresarial con otras, es que estas deben asumir sus obligaciones.

Pero, ¿cuál sería el fundamento de ello? Más que el buscar un accionar fraudulento para evitar el pago, lo importante resulta encontrar una garantía que tenga un sustento justo. Así, consideramos que tratándose de empresas vinculadas, es evidente que las demás empresas que conforman el "grupo de empresas" deben responder, ya que si beneficiaron indirectamente con la labor del trabajador, es justo y coherente que respondan ante él; lo que podríamos denominar un beneficio recíproco. Este mismo parecer es el de Rodríguez-Piñeiro, quien señala que "quien se beneficia de una prestación laboral no puede quedar fuera por completo de las responsabilidades derivadas de la posición del empleador"[42]. Igualmente, Ferreirós, Olavarría y Aguinaga, López Palomero y Vázquez manifiestan que "quien estuvo vinculado provechosamente a un proceso, debe hacer frente a las consecuencias del mismo. La estructura concatenada de la producción [...] ordena la generación de la solidaridad pasiva, garantizando al acreedor un espectro patrimonial más amplio, con miras al cobro de su crédito"[43].

3. Escenarios en donde se presenta la responsabilidad solidaria

En el ámbito del Derecho del trabajo, la responsabilidad solidaria se presenta en varios supuestos[44]; sin embargo, por ser los más comunes, consideramos solo dos escenarios: el de la intermediación laboral y el de la tercerización.

(40) Burgio, Gustavo Alberto, "La solidaridad legal que deviene de la aplicación de las normas societarias, más protectorias que las del ámbito del Derecho laboral", en Grisolia, Julio Armando (dir.), *Derecho del trabajo*, Nova Tesis, Buenos Aires, 2005, pp. 22-23.

(41) Es importante tener en cuenta lo que se señalan sobre este tema Ferreyros et al., *El fraude y sus consecuencias jurídicas*, cit., pp. 118-121.

(42) Rodríguez-Piñeiro, Miguel, "La regulación protectora del trabajo en contratas", en *Revista de Política Social*, N° 93, Madrid, 1972, p. 51.

(43) Ferreyros et al., *El fraude y sus consecuencias jurídicas*, cit., p. 93.

(44) No los únicos, pues como señala Burgio, pueden existir otros supuestos en donde es aplicable esta figura; así tenemos al vencimiento del contrato societario sin liquidación legal del ente, los casos del levantamiento del velo societario, el transvasamiento (sucesión empresarial), la infracapitalización (insolvencia societaria), la vigencia jurídica de la sociedad sin giro real en los negocios y la liquidación de la sociedad son contemplarse la deuda reclamada (Burgio, "La solidaridad legal que deviene de la aplicación de las normas societarias, más protectorias que las del ámbito del Derecho laboral", cit., pp. 21-24).

Así, en el caso de la intermediación laboral, la responsabilidad solidaria para el pago de las obligaciones laborales supondría que tanto la empresa intermediadora como la empresa usuaria se hacen responsables indistintamente por los créditos del trabajador destacado. Ante ello, y con relación a la responsabilidad de la empresa usuaria, surgen tres preguntas: ¿por qué?, ¿hasta dónde? y ¿hasta cuándo?

Con respecto a la primera pregunta, debe señalarse que por mandato del artículo 25° de la Ley N° 27626, solo en el caso en que la fianza[45] que haya otorgado la entidad intermediadora no alcance para cubrir el pago de los derechos laborales de los trabajadores destacados, la empresa usuaria será responsable por el pago de tales adeudos, y únicamente por el tiempo de servicios prestados en la empresa usuaria. Ello supone que el sustento de la solidaridad laboral se encuentre en la ley y, a su vez, en la ratio de que como la empresa usuaria se benefició de la fuerza de trabajo del empleado, ella también deberá responder por los créditos del trabajador. A manera de respuesta de la segunda pregunta planteada, diremos que es la misma ley la que limita esta responsabilidad. En este sentido, no es que la empresa usuaria deba responder hasta cubrir por completo la acreencia del trabajador, sino que debe hacerlo en la medida en que este le prestó servicios efectivos[46].

Finalmente, con respecto a la tercera interrogante, es necesario decir que esta responsabilidad de la empresa usuaria terminaría por dos motivos: por el pago de la deuda correspondiente o por haber transcurrido el plazo prescriptorio de las acciones laborales[47].

En este punto es indispensable preguntarnos, ¿puede haber solidaridad laboral más allá de lo contenido en el artículo 25° de la Ley N° 27626? Si bien la ley ha previsto un solo supuesto, ello no supone que no se puedan invocar otros supuestos de responsabilidad solidaria en el caso de la empresas intermediadoras y usuarias, más aún si no existe una prohibición expresa.

Ahora bien, en cuanto a la tercerización, la responsabilidad solidaria se presentaría en caso la empresa contratista como la contratante se obliguen conjuntamente frente al trabajador desplazado para el pago de sus créditos de orden laboral. Al igual que en el caso anterior, cabe hacernos tres preguntas con respecto a la responsabilidad del tercero: ¿por qué?, ¿hasta

(45) **Ley N° 27626**
"Artículo 24°.- De la fianza
Las empresas de servicios o las cooperativas, reguladas en la presente ley, cuando suscriban contratos de intermediación laboral deberán conceder una fianza, que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria.
[...]".

(46) Sobre el particular, es interesante revisar el trabajo de Arce Ortiz, quien desarrolla con mucho acierto y amplitud el tema de la responsabilidad solidaria en los casos de intermediación laboral (Arce Ortiz, Elmer, *Subcontratación entre empresa y contratos laborales*, Palestra, Lima, 2006, pp. 39-87).

(47) De acuerdo con la Ley N° 27321, las acciones por derechos derivados de la acción laboral prescriben a los cuatro (4) años, contados desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral. En consecuencia, en el supuesto que analizamos, empezaría a contarse desde el momento en que el trabajador dejó de prestar sus servicios para la empresa usuaria. Cabe precisar que si bien el trabajador puede haber dejado de laborar para la empresa usuaria, ello no significa que también haya dejado de prestar sus servicios subordinados para la empresa intermediadora, lo que puede significar que el plazo prescriptorio sea distinto con relación a la empresa usuaria y la empresa intermediadora.

dónde? y ¿hasta cuándo? En su artículo 9°, la Ley N° 29245 establece que la empresa contratante que se beneficia del servicio brindado por la empresa contratista es solidariamente responsable[48] por el pago de los derechos, beneficios laborales y obligaciones referidas a la seguridad social del trabajador desplazado[49], y solo por el tiempo que los servicios de este fueron redireccionados hacia la empresa contratante, precisando que solo serán responsables solidarias con aquellas que realicen sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, mas no así las que lo realizan esporádica o eventualmente. Asimismo, dicha norma señala que esta responsabilidad se extiende por un año a la culminación de su desplazamiento, mientras que la empresa tercerizadora lo hará por el plazo de cuatro años, conforme lo establece el artículo único de la Ley N° 27321.

Queda claro, entonces, que la responsabilidad solidaria en el caso de la tercerización tiene como fuente a la ley, sin embargo, no estamos de acuerdo con que per se exista solidaridad, pues tal y como está planteada la norma no habría fundamentos para su existencia. Consideramos que solo cuando haya fraude o peligro en el pago es que debe operar el velo protector de la solidaridad laboral. En caso la empresa contratista deba responder solidariamente, esta lo hará solo por los derechos que se generaron durante el periodo en que se benefició con los servicios del trabajador, es decir, hasta el monto de lo que se ha devengado mientras el trabajador se encontraba desplazado a su favor.

Por último, el artículo 9° de la Ley N° 29245 es bastante claro en señalar que la responsabilidad de la empresa contratante se extiende hasta un año posterior a la culminación efectiva del desplazamiento. Por lo tanto, concluido el año siguiente en el que el trabajador dejó de ser desplazado continuamente a una empresa contratante, la responsabilidad es únicamente de la empresa tercerizadora.

Antes de concluir esta parte del trabajo, es importante mencionar que a pesar de que las Leyes N°s 27626 y 29245 han limitado la responsabilidad de las empresas beneficiarias de los servicios del trabajador, en un caso, al tiempo prestado a favor de la empresa usuaria y, en otro, al tiempo prestado en beneficio de la empresa contratista y a que el trabajador le impute responsabilidad antes del año siguiente en que terminó su desplazamiento continuo, ello no obsta para que, si se acredita que se trata de empresas vinculadas, deban responder fuera de la limitación, esto es, para que puedan verse sometidas al cumplimiento de los créditos del trabajador afectado por el plazo de cuatro años, según lo establece el artículo único de la Ley N° 27321.

(48) Si bien es cierto que la empresa contratista es solidariamente responsable, también lo es que tiene el derecho de repetir contra la empresa tercerista por los pagos que ha tenido que sufragar. En este sentido, de conformidad con el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1038, el derecho de repetición de la tercerista adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia y quiebra. Sobre el particular, recomendamos revisar Maza, Alberto y Lorente, Javier Armando, *Créditos laborales en los concursos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2000, pp.221 y ss.

(49) El artículo 3° del Decreto legislativo N° 1038 precisa que "la solidaridad a que se refiere el artículo 9° de la Ley N° 29245 se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral".

4. ¿Responsabilidad solidaria civil o laboral?

Principalmente para la jurisprudencia[50] siempre ha habido confusión en saber si la solidaridad aplicable en el ámbito laboral se sujeta a las mismas reglas establecidas en nuestro Código Civil[51] o si por la propia naturaleza del Derecho del trabajo, en el ámbito laboral, la solidaridad toma otro matiz.

Nosotros consideramos que sí hay diferencias, las cuales son notorias. Estas comienzan a notarse desde su origen. Como señala Gorelli Hernández, "el dato fundamental es la posición de los sujetos responsables: mientras que en la obligación solidaria [civil] todos los deudores ocupan su posición cómo deudores principales; por el contrario en el caso de la contrata o subcontrata[52] vamos a encontrar como los deudores ocupan una posición subordinada o secundaria: el sujeto obligado frente al trabajador es el empresario titular de la relación laboral, el contratista, el subcontratista; mientras que el comitente lo es de manera secundaria, surgiendo su obligación no de manera originaria, sino solo ante el incumplimiento del contratista. Para el comitente no estamos ante una deuda solidaria originaria: el salario no es debido por los dos empresarios, de manera que el trabajador pueda dirigirse indistintamente frente a los dos, sino que el deudor del mismo es el empresario auxiliar, y la responsabilidad del principal surge cuando aquel incumple su obligación"[53].

A lo citado debemos agregar que, además, por los fines buscados por la solidaridad en cada rama del Derecho, esta necesariamente debe tener un tratamiento distinto. Así, mientras que en el Derecho civil lo esencial es proteger el crédito de sujetos que se encuentran en un mismo plano negocial, en el Derecho del trabajo, por su carácter tuitivo, lo principal es la protección de los derechos del trabajador. En este sentido, a efectos de evitar el fraude, se deja de lado el formalismo del Derecho civil por la practicidad –entendida como preferencia de la realidad– del Derecho del trabajo. Así, como consecuencia de la aplicación de los principios del Derecho del trabajo, principalmente los de primacía de la realidad y de irrenunciabilidad de los derechos laborales, se preferirá la solidaridad fáctica frente a la formal.

V. CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto, podemos concluir en lo siguiente:

La tercerización supone la delegación de responsabilidades y compromisos que no constituyen la columna vertebral del negocio, con el objeto de que un tercero, desplegando la fuerza de trabajo de sus propios trabajadores, desarrolle las actividades delegadas por su cuenta y costo, a cambio de una retribución, a efectos de lograr una mayor y mejor especialización y, en consecuencia, la máxima eficiencia.

(50) Nos referimos básicamente a las Sentencias Casatorias N°s 932-2002-Lima, 474-2003-Lima, 568-2004-Lima y 1720-2005-Arequipa. Para ver un interesante comentario acerca de las dos primeras sugerimos revisar Herrera Gonzales-Pratto, Isabel, "Grupo económico *vs.* vinculación económica y rasgado del velo societario", en *JuS-Doctrina & Práctica*, N° 11. Lima, 2007, pp. 35-44.

(51) **"Artículo 1183°.-**
La solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa".

(52) Entiéndase empresa contratista y subcontratista.

(53) Gorelli Hernández, *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productividad*, cit., p. 182.

Si bien la Ley N° 29245 no prohíbe expresamente la tercerización de la actividad principal o distintiva de la empresa contratante, es doctrina mayoritaria la que señala que ello no es posible, pues desnaturalizaría la figura de la tercerización como herramienta de eficiencia empresarial, no tendría sentido alguno que el empresario busque la especialización, además que permitiría que el empresario pueda hacer un ejercicio abusivo de su derecho de contratar. Ello se ve reforzado por algunos pronunciamientos de las salas laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima.

La responsabilidad solidaria puede ser entendida como el vínculo obligacional que envuelve a un tercero como consecuencia de un reconocimiento expreso, un mandato legal o por la conexidad particular que existe entre el obligado, generalmente el empleador, y un tercero.

La solidaridad laboral es la facultad con la que cuenta el trabajador para poder solicitar o demandar indistintamente por sus acreencias laborales a su empleador y/o a quien se aprovechó, directa o indirectamente, de sus servicios subordinados.

La solidaridad laboral como efecto de la vinculación empresarial no se da por el solo hecho de ser parte del grupo de empresas, debe tener una razón o justificación, como son: el fraude o la insolvencia.

En el caso del fraude, justifica la aplicación de la responsabilidad solidaria no solo el hecho de que las empresas se encuentren vinculadas, sino también que se acredite un abuso de la personalidad jurídica.

En el caso de la insolvencia, además de la vinculación empresarial, se busca que quienes se aprovecharon de la prestación del trabajador no queden exentos de responsabilidad.

Si bien legalmente, en las Leyes N°s 27626 y 29245 se han estipulado limitaciones temporales para la responsabilidad solidaria, si se acredita la existencia de fraude, dicha limitación desaparecerá, siendo la responsabilidad del obligado solidariamente igual que la del obligado principal.

No es correcto aplicar todas las reglas de la solidaridad en materia civil para obligaciones que emanan del contrato de trabajo, pues ello no solo contravendría los fines y principios de esta rama del Derecho, sino también legitimaría el ejercicio abusivo del derecho por parte de los empresarios, puesto que en el Derecho del trabajo el principio de autonomía privada de la voluntad se ve mermado por el principio de primacía de la realidad.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

CARLOS CADILLO ANGELES[1]

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, la tercerización o subcontratación de servicios es una figura jurídica de importancia que permite a las empresas descentralizar o segmentar sus etapas productivas a un tercero, por razones de especialización, costos, responsabilidades, entre otras. Sin embargo, hasta el 2007, no existieron reglas específicas que permitan la continuidad de la tercerización de servicios, pero con la necesaria protección para la relación laboral y los derechos de los trabajadores involucrados.

Si bien la tercerización de servicios estuvo regulada por el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR (publicado el 28 de abril de 2002), Reglamento de la Ley que regula la actividades de las empresas especiales de servicios y las cooperativas de trabajadores (Ley N° 27626); recién con la incorporación de los artículos 4°-A, 4°-B y 4°-C que introdujo el Decreto Supremo N° 020-2007-TR (publicado el 20 de setiembre de 2007), existió una clara decisión para proteger a los trabajadores.

En esta tendencia proteccionista, ha sido aprobado el nuevo régimen de tercerización de servicios, conformado por la Ley N° 29245 (Ley que regula los servicios de tercerización) -publicada el 24 de junio de 2008- (en adelante, "la Ley"), el Decreto Legislativo N° 1038 (que precisa los alcances de la Ley N° 29245) -publicado el 25 de junio de 2008- (en

(1) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado Asociado de Miranda & Amado Abogados.

adelante, "el Decreto Legislativo")[2] y el Decreto Supremo N° 006-2008-TR (Reglamento de ambas leyes) -publicado el 12 de setiembre de 2008- (en adelante, "el Reglamento"). Sin embargo, el ámbito de aplicación de dicho régimen se ha reducido con la dación de cada una de estas normas, a lo cual nos dedicaremos a continuación.

II. MARCO SUPRANACIONAL

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no existe convenio que regule la tercerización de servicios; a diferencia de la intermediación laboral o subcontratación de personal que sí está reconocida y tratada en el Convenio 181 de 1997, Convenio sobre las agencias de empleo privadas[3], y en la Recomendación 188, sobre las agencias de empleo privadas (1997).[4]

En el caso de la tercerización de servicios solo existe la Recomendación 198, sobre la relación de trabajo (2006). Esta recomendación -que no tiene carácter vinculante para el Perú- establece que cada país debe tener una política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo; la cual, por lo menos, debería incluir lo siguiente:

a) Orientación para determinar una relación de trabajo (por la presencia de subordinación, elementos típicos del contrato de trabajo, entre otros criterios).

b) Luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas en el caso, por ejemplo, de acuerdos empresariales que ocultan la relación laboral del trabajador a fin de privarlo de protección y derechos. No se distingue entre los acuerdos empresariales ni el tipo de actividades objeto de los mismos, abarcando las actividades principales, complementarias, ordinarias y esporádicas de la empresa que contrata los servicios de otra.

c) Adoptar normas aplicables a todas las formas contractuales, de modo que los trabajadores tengan protección y gocen de sus derechos. Dichas normas deben fijar a los responsables.

De esta manera, a nivel internacional solo exista una recomendación referida a la tercerización de servicios que pide a cada país regular los contratos -civiles o mercantiles- (mediante los cuales se forma la tercerización de servicios), estableciendo los supuestos

(2) La validez del Decreto Legislativo es sumamente cuestionada ya que se aprobó como parte de las facultades legislativas otorgadas por el Congreso al Poder Ejecutivo para la implementación del TLC suscrito entre EE.UU. y el Perú; sin embargo, es evidente que las precisiones a la Ley de Tercerización que dio el Decreto Legislativo, no se encuentran comprendidas dentro de los alcances de la delegación legislativa.

(3) El Convenio 181 establece que resulta aplicable a las agencias de empleo que ponen trabajadores a disposición de una tercera persona ("empresa usuaria"), que determina sus tareas y supervise su ejecución. Lo relevante es que señala que cada país debe regular las medidas necesarias para que los trabajadores gocen de los derechos laborales y de seguridad social, incluyendo la responsabilidad entre las agencias de empleo y las empresas usuarias. Dicho convenio no ha sido suscrito y ratificado por el Perú, por lo que no tiene carácter vinculante para nuestro país; aunque ha sido seguido al crear la Ley N° 27626 y su Reglamento.

(4) La Recomendación 188 invoca a cada país a regular a las agencias de empleo, considerando sanciones y prohibiciones. Además, señala que los trabajadores deben tener contrato de trabajo que especifique sus condiciones de empleo, antes del inicio de la actividad; y, prohíbe el destaque de trabajadores para reemplazar trabajadores en huelga. La recomendación no tiene carácter vinculante para el Perú, pero esos criterios forman parte de la Ley N° 27626 y su Reglamento.

de desnaturalización así como la responsabilidad de las empresas vinculadas con dicha contratación, frente al incumplimiento de las obligaciones laborales.

III. ANTECEDENTE NORMATIVO Y SUS MEJORAS

La tercerización de servicios se reguló mediante el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR. Según este, no constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193° de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas; siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Además, según dicha norma, podían ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades, la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.

Ahora bien, la citada norma estableció un listado de los supuestos de tercerización de servicios, sin limitar el tipo de actividad que se podía tercerizar. Sin embargo, quedaban dudas acerca de si ese listado era taxativo, si el encargo al tercero podía abarcar actividades principales, complementarias, ordinarias y esporádicas, si dicho encargo admitía la ejecución del servicio dentro del centro de trabajo de la empresa contratante, si las condiciones eran requisitos constitutivos, si la contratista debía tener la titularidad (propietaria o arrendataria) -necesariamente- de todos los bienes y materiales, cuál era la función de los elementos coadyuvantes, entre otras.

Con el tiempo la posición frente a esas dudas se tornó flexible; así, por ejemplo, se interpretó que la tercerización abarcaba el encargo de cualquier actividad, siempre que se cumplían con las condiciones señaladas por el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, a no ser que se tratara de un caso de intermediación laboral; y que, cuando resultaba justificado, la tercerización podía ejecutarse dentro de las instalaciones de la empresa contratante, pudiendo la empresa de servicios contar con equipamiento y materiales arrendados o cedidos, dependiendo de las circunstancias.

Cabe mencionar que resultaba ilógico que, en el caso de la tercerización de servicios, los trabajadores desplazados que se dedicaban a la actividad principal de la empresa contratante carecían de protección laboral; mientras que, en la intermediación laboral, los trabajadores destacados para realizar actividades complementarias (incluyendo las especializadas), gozan de la protección laboral regulada por la Ley N° 27626, que fija requisitos y restricciones para la intermediación laboral, la emisión de carta fianza en garantía del pago de obligaciones laborales por parte de la empresa de servicios, establece los supuestos de desnaturalización, la solidaridad en el pago de las obligaciones laborales no cubiertos con la fianza, entre otros aspectos. Como resulta evidente, para las empresas resultaba más conveniente utilizar la tercerización de servicios que la intermediación laboral, porque en el primer caso la protección laboral era incipiente, sin "obstáculos normativos".

Después de más de cuatro años, el Decreto Supremo N° 020-2007-TR, tuvo como propósito mejorar la regulación de la tercerización de servicios incorporando los artículos 4-A, 4-B y 4-C al Decreto Supremo N° 003-2002-TR; los cuales han sido seguidos en el

nuevo régimen de tercerización de servicios. Mediante estos artículos, principalmente, se estableció lo siguiente:

- Desplazamiento de trabajadores: Se plasmó normativamente que la tercerización de servicios puede realizarse con desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, siempre que no se afecte los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores.
- Deber de información: La tercerización con desplazamiento de trabajadores debe constar por escrito, especificando la actividad empresarial a ejecutar y las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal en que se realiza.
- Solvencia económica: Las empresas que desplazan personal deben contar con recursos económicos suficientes para garantizar el pago de obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados.
- Desnaturalización: La contratación que incumpla el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, o que suponía una simple provisión de personal, originaba que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal.

Nótese, entonces, que con el Decreto 020-2007-TR se reconoció la posibilidad de desplazar personal de la contratista a las instalaciones de la empresa principal (de manera similar a la intermediación laboral), prohibiendo su uso ilícito o fraudulento (la simple provisión de personal), estableciendo los casos de desnaturalización (sobre lo cual quedo claro que los requisitos que señala el artículo 4 del Decreto Supremo 003-2002-TR eran copulativos, pero no se definió la naturaleza de los elementos coadyuvantes) y un mínimo derecho de información.

El deber de información estaba dirigido a mejorar la labor de los inspectores de trabajo, pues así detectan fácilmente la localización de los trabajadores desplazados a fin de verificar las actividades que realizan, la forma en que lo hacen, entrevistarlos, etc. Ciertamente resulta difícil pensar que dicha información podía ser conocida por los trabajadores de las contratistas (lo cual les permitiría conocer la empresa a la cual podrían reclamar sus derechos laborales), si es que no existe la obligación de incorporar la información en los contratos de trabajo o por otra vía.

Así, rescatamos que al no existir diferencia entre los supuestos de tercerización de servicios, se regulaba a todos por actividades principales, complementarias, ordinarias o esporádicas de la empresa principal, salvo los casos de intermediación laboral que se debían regular por sus propias normas.

Sin duda la incorporación de los artículos que regulan la tercerización de servicios es importante dado que establecen los casos de desnaturalización y existe un mínimo derecho de información, conforme a lo que establece al Recomendación 198 de la OIT; no obstante, debía mejorarse, quedando pendiente sobre todo las reglas de responsabilidad entre las empresas involucradas frente al incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de la contratista, en el caso del uso lícito de la tercerización de servicios.

III. NUEVO RÉGIMEN DE LA TERCERIZACIÓN DE SERVICOS

El contenido del artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR y de los artículos incorporados por el Decreto Supremo N° 020-2007-TR, forman parte del nuevo régimen de tercerización de servicios, pero mejorados (respecto al deber de información y a los supuestos de desnaturalización), y -principalmente- se ha agregado la inscripción de la contratista en un registro especial, los supuestos de desnaturalización, así como la responsabilidad solidaria entre la empresa principal, contratista y subcontratista frente al incumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad sociales de los trabajadores desplazados. No obstante, en el presente trabajo centraremos el análisis al ámbito de aplicación del nuevo régimen de la tercerización de servicios.

1. Ámbito de aplicación

Según el artículo 3° de la Ley constituyen casos de tercerización de servicios los contratos de gerencia, conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de otra empresa, entre otros. Además, el artículo 2° de la Ley establece que la tercerización es la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, sean responsables de los resultados de sus actividades, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.[5]

Nótese tres aspectos: (i) los casos de tercerización que se mencionan son enunciativos (no se establece una lista cerrada); (ii) se menciona expresamente el caso de la tercerización externa como regido por la ley; y, (iii) no existe restricción entre las actividades que se pueden encargar al tercero, abarcando aquellas que sean principales, complementarias, ordinarias o esporádicas de la contratante.

No obstante, el destaque de trabajadores para que realicen servicios complementarios o especializados, bajo la figura de la intermediación laboral de servicios complementarios o especializados, deberá regularse por la Ley N° 27626 y el Decreto Supremo N° 003-2002-TR. Por eso, el artículo 1° del Reglamento, al definir la "simple provisión de personal" señala que:

> "Es la cesión de trabajadores, la cual es considerada como ilícita, con excepción del destaque de trabajadores que se encuentra regulado en la Ley N° 27626, su Reglamento (...). No constituyen una simple provisión de personal, el desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora que se realiza en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, la tercerización sin desplazamiento continuo, el encargo integral a terceros de actividades complementarias, ni las provisiones de obras y servicios sin tercerización."

Además, el artículo 1° del Reglamento aclara que la empresa tercerizadora o contratista puede estar a cargo de una o más partes del proceso productivo, pues indica que la

(5) Se reiteran los requisitos señalados por el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, pero se agrega la responsabilidad en el resultado de las actividades.

empresa principal *"(...) encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una empresa tercerizadora."*

2. Exclusiones

El artículo 2° del Reglamento limitó el ámbito de aplicación de la Ley al establecer que comprende a las empresas cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas. El artículo 6° del Reglamento señala que existe desplazamiento continuo de personal cuando: a) el desplazamiento ocurra por lo menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o, b) exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

Además, el artículo 2° del Reglamento establece expresamente que la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la referida ley. En cuanto a la tercerización de servicios en el sector público señala que se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia.(6) (7)

(6) En la exposición de motivos del proyecto del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, insuficientemente, se trató de justificar la exclusión de la tercerización de servicios en las entidades del sector público, porque *"(...) el artículo 45° de la Constitución Política del Perú establece que "el poder del Estado emana del pueblo, Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen". En ese sentido, resulta pertinente que la tercerización de las funciones que son llevadas a cabo por las entidades del Estado sea regulada por las normas del Derecho Administrativo, como un modo de asegurar que el ejercicio del poder que es atribuido a los referidos organismos se ajuste a las limitaciones constitucionales y legales vigentes, así como a los alcances del interés general."*

(7) En un caso similar a este último, compartimos lo indicado por Arce acerca que: *"Resulta absurdo, además de ilegal, la exclusión del ámbito subjetivo de la responsabilidad solidaria que impone la primera disposición final y transitoria del Decreto Supremo 003-2002-TR, Reglamento de la Ley 27626. (...). (...) El artículo 25 de la Ley 27626 impone el principio de responsabilidad solidaria sin recurrir a otros requisitos que el de existir un empresario principal que actúa como organizador del trabajo, un negocio jurídico que consista en el encargo a una contratista de servicios complementarios o especializados y que tales servicios se presten en el lugar de funcionamiento de la empresa principal. No hay más requisitos y, además, la Ley en ningún momento establece excepción alguna. En todo caso, si se quiso excluir a la administración pública del régimen de solidaridad, debió hacerse en el mismo texto de la Ley y no en la norma reglamentaria. Como se sabe, el reglamento no puede transgredir ni desnaturalizar la ley. (...) Me parece que si el problema son los recursos de la administración, las normas presupuestales deberían prohibir el recurso a la subcontratación por organismos públicos. Y ello, en la medida que el recurso a la subcontratación no es esencial para la marcha de una empresa o del organismo público. Como se ha dicho, la subcontratación es necesaria para modernizar las capacidades de gestión de recursos en el mundo actual, pero su inexistencia no paraliza la actividad empresarial ni mucho menos. Los organismos públicos podrían contratar directamente a sus vigilantes o a su personal de limpieza por poner dos ejemplos. Solo de este modo, se tutelan los fondos públicos y al mismo tiempo se evitan situaciones de riesgo para los derechos laborales de los trabajadores de la empresa de servicios. Lo que no se puede hacer es extraer del ámbito de la responsabilidad solidaria a los organismos públicos, dejando a los trabajadores desprotegidos frente a eventuales incumplimientos de la empresa de servicios. Ello, sin lugar a dudas, vulnera el principio de igualdad y el mandato de no discriminación reconocidos en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución."* ARCE ORTIZ, Elmer. *"Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú"*. Lima, Palestra, 2006, pp. 61-62. En este mismo sentido, *vid.* TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *"Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias"*. Derecho & Sociedad N° 30. Lima, PUCP, p. 101.

Algunos de los artículos de la Ley tienen como propósito regular únicamente la tercerización con desplazamiento de personal y, además, el artículo 2° del Decreto Legislativo precisó que los artículos 4° al 9° de la Ley (sobre inscripción de la contratista en un registro especial, el deber de información a los trabajadores, la responsabilidad de la empresa principal frente al pago de los derechos y beneficios laborales, y la desnaturalización) son aplicables a las tercerizaciones con desplazamiento continuo de personal -en los términos indicados-; excluyendo expresamente a la tercerización sin desplazamiento o a la que se haga de forma eventual o esporádica.

Sin embargo, la Ley fijó requisitos e indicios generales (artículo 2°) para todo tipo de tercerización de servicios (artículo 3°); por ejemplo, la tercerización externa, cualquier supuesto de tercerización con desplazamiento de personal sin que importe la temporalidad del desplazamiento, a la tercerización de servicios contratada por las entidades del sector público, entre otros. Además, la Ley y el Decreto Legislativo no restringieron su aplicación a la tercerización de las actividades principales de la empresa contratante. Por el contrario, tal como lo mencionamos líneas arriba, el artículo 2° de la Ley define la tercerización de servicios como la contratación de empresas que desarrollan actividades especializadas u obras, siempre que cumplan con los requisitos de la tercerización de servicios. Por ello, Toyama ha manifestado que:

> "(...) la ley no limita los alcances de la tercerización en relación con la actividad de la empresa principal. Así, a diferencia de la intermediación laboral, es posible que la tercerización -cuya actividad está limitada a aquellas de carácter complementario, accesorio y temporal- pueda darse respecto de actividades principales como complementarias y de actividades temporales o permanentes.
>
> (...).. Nosotros estimamos que las normas no han limitado el uso de la tercerización a las actividades complementarias y periféricas o de mero soporte; en realidad, dependerá de la forma como libremente se ejerce la libertad de empresa para delinear el uso de la tercerización de las actividades complementarias o principales."(8)

En tal sentido, concluimos que el Reglamento es ilegal en tanto restringe el ámbito de aplicación de la Ley, excluyendo determinados supuestos de tercerización de servicios comprendidos en esta(9); por tanto, se infringe el inciso 8 del artículo 118° de la Constitución, según el cual el Presidente de la República puede ejercer la potestad de reglamentar las leyes, dictando decretos y resoluciones, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.

Es cierto que, en principio, se puede pensar que la tercerización de servicios con desplazamiento continuo de personal, tiene mayor relevancia en tanto este está en contacto directo con la empresa principal, lo cual puede conducir en la realidad a un caso de simple provisión de personal; pero, precisamente para ello se regula la desnaturalización de la tercerización de servicios. Y, bajo esta lógica es cuestionable que el Decreto Legislativo

(8) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *"La nueva regulación de la tercerización"*. Soluciones Laborales N° 7. Lima, Gaceta Jurídica, p. 8.

(9) En similar opinión, Herrera indica que *"(...) ni la ley ni el Decreto Legislativo excluyeron al outsourcing del ámbito de aplicación de Ley, lo que puede tener visos de ilegalidad."* También señala que *"La Ley no excluye al sector público de su regulación, por lo que el Reglamento establece pautas contrarias a la Ley, siendo ilegal."* HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. *"Reglamentan Ley de Tercerización"*. Lex Data Laboral N° 010-2008. Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna Victoria Abogados. Lima, setiembre 2008.

otorgue relevancia solo a la tercerización con desplazamiento continuo de personal y que el Reglamento lo restrinja al encargo de actividades principales, cuando los mismos inconvenientes pueden surgir en la tercerización con desplazamiento eventual o esporádico o en el encargo de servicios complementarios, respectivamente.

Sin embargo, se olvida que en el uso lícito de la tercerización de servicios, es decir, aquella que cumple con los requisitos legales y no encubre una simple provisión de personal (que no figure dentro de alguno de los supuestos de desnaturalización); también merece establecer la protección para el personal de la contratista con el objetivo de lograr la continuidad de las relaciones de mercado. En efecto, en el fenómeno de "adelgazamiento" o "segmentación" de las empresas[10], mediante el cual las empresas desconcentran sus actividades a terceros, debe existir algún tipo de responsabilidad entre ambas partes en el caso que los terceros incumplan con sus obligaciones laborales; de esta manera, las empresas pueden optar por los contratos civiles o mercantiles para tercerizar sus actividades, pero existiendo protección para los trabajadores de la contratista involucrados, que –finalmente– realizan parte de la actividad productiva de las empresas principales.[11]

Por tanto, nos parece desacertado que el Decreto Legislativo solo establezca protección laboral a los trabajadores desplazados continuamente; y, además de ilegal, nos parece inadecuado que el Reglamento restrinja aún más dicha protección y, peor aún, ni siquiera permita la aplicación de los requisitos e indicios comprendidos en el artículo 2° de la Ley, para todo supuesto de tercerización de servicios.

En consecuencia, creemos que es necesario que por ley se corrijan esos errores estableciendo que los requisitos e indicios son aplicables a todo supuesto de tercerización, que se evaluarán en cada caso para determinar la autonomía empresarial entre la empresa tercerizadora y la empresa principal. Solo así se establecerá dicha autonomía; evitándose que los trabajadores de la contratista presten los servicios en el local de la empresa principal, pero con los recursos materiales o inversión que proporcione esta o bajo subordinación a distancia de la empresa principal.

Asimismo, la modificación debería señalar que la Ley abarca a cualquier desplazamiento sin importar la duración, a fin que se apliquen las reglas específicas para dicho supuesto, sobre inscripción en el registro especial, deberes de información, supuestos de desnaturalización y solidaridad frente al incumplimiento de obligaciones laborales y de seguridad social. Incluso debería considerarse la posibilidad de que estas reglas abarquen a cualquier caso de tercerización, aunque se realice sin desplazamiento de personal por tres razones: (i) los trabajadores de la contratista participan del proceso productivo de la empresa principal; (ii) esta está en mejor posición de controlar que las contratistas cumplan con sus deberes laborales (sin dejar de lado la importancia de las inspecciones laborales); y, (iii) siguiendo la Recomendación 198, debe existir protección laboral para las distintas formas de contratación empresarial.

(10) Como señala Toyama, *"(...) las organizaciones empresariales han migrad de una estructura vertical o piramidal –que suponía el control de todas la etapas productivas y las relaciones autonómas entre empresas- a una organización de "red" que importa relaciones horizontales con una fragmentación de los ciclos productivos y vinculaciones de las empresas a niveles de coordinación y articulación."* En: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *"La nueva regulación de la tercerización". Op. Cit.*, p. 6.

(11) ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. Cit.*, p. 21.

Con el Decreto Legislativo y el Reglamento se ha dejado un vacío a parte de los supuestos de tercerización de servicios. Resulta fácil advertir que las empresas tenderán a mantener relaciones de tercerización de servicios externas, o sin desplazamiento continuo u esporádico, a fin que no se les aplique el nuevo régimen de la tercerización de servicios que les establece requisitos, deberes de información, supuestos de desnaturalización y responsabilidades.

3. ¿Qué comprende la tercerización de actividades principales?

Como lo indicamos, el artículo 2° del Reglamento restringe el ámbito de aplicación de la Ley a las empresas que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas. En otras definiciones que señala el artículo 1° del Reglamento, también se puede apreciar el propósito de regular solo la tercerización con desplazamiento continuo de personal para realizar parte de las actividades principales de la empresa principal o contratante.[12]

En la exposición de motivos, del proyecto del Reglamento se indicó que:

> "(...). La razón de ello -de limitar el ámbito de aplicación de la Ley al encargo de actividades principales de la contratante-, es que las prestaciones de servicios con la intervención de terceros que se encuentren referidas a las actividades complementarias y de alta especialización están comprendidas dentro del ámbito de la Ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores. Teniendo en cuenta que dicha norma no ha sido derogada, se deduce que la tercerización que se encuentra regulada por la Ley N° 29245 y por el Decreto Legislativo N° 1038 es la correspondiente a las actividades principales de la empresa principal (...)."

Por ello, el artículo 1° del Reglamento señala que el destaque de trabajadores mediante la intermediación laboral de servicios complementarios o especializados[13] se regula por la Ley N° 27626 y el Decreto Supremo N° 003-2002-TR, agregando que el encargo integral a terceros de actividades complementarias no constituyen una simple provisión de personal. Esta regulación es acertada porque dichos supuestos de intermediación laboral son verdaderos casos de tercerización interna o con desplazamiento de trabajadores[14], por cuatro motivos:

(12) Según el artículo 1° del Reglamento, se define empresa principal como la *"Empresa que encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una empresa tercerizadora"*; empresa tercerizadora como *"Empresa que lleva a cabo el servicio u obra contratado por la empresa principal, a través de sus propios trabajadores, quienes se encuentran bajo su exclusiva subordinación. (...)"*; y, tercerización 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."*

(13) Cabe indicar que, de acuerdo al artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, se considera como actividad especializada, aquella complementaria (accesoria, secundaria o no vinculada) a la actividad principal de la empresa usuaria, que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tal como el mantenimiento y saneamiento especializados.

(14) En este mismo sentido, *vid.* VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *"La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico"*. Ius et veritas N° 29. Lima, PUCP, 2004, pp. 149-150; y, TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *"Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias"*. *Op. Cit.*, p. 98.

(i) Se entiende por intermediación laboral la simple provisión de personal que se pone a disposición de la empresa usuaria para que esta lo dirija; y, por tercerización de servicios, el encargo de una parte integral del proceso productivo –sin distinción entre las actividades que se encargan– a un tercero para que lo realice con su propia organización productiva.(15)

(ii) El artículo 6° de la Ley N° 27626 establece que el límite de 20% de trabajadores destacados mediante la intermediación de servicios temporales, no será aplicable a los servicios complementarios o especializados, siempre y cuando la empresa de servicios o cooperativa asuma plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades; es decir, se reconoce la autonomía empresarial (técnica, material y económica) de la empresa de servicios y que la intermediación de servicios complementarios o especializados no supone la simple provisión de mano de obra.

(iii) El artículo 11° de la Ley N° 27626 señala que la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados; es decir, no existe simple provisión de personal.

(iv) Según el artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, en la intermediación laboral de servicios complementarios o especializados, la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado; con lo cual se ratifica que se tratan de servicios integrales que no suponen la simple provisión de mano de obra a disposición de la empresa usuaria.

En consecuencia, bajo el nuevo régimen de tercerización de servicios con desplazamiento continuo de personal, abarca al encargo de actividades principales de la contratante; pero, aquellas que sean actividades complementarias o especializadas, se regirán por la Ley N° 27626 y el Decreto Supremo N° 003-2002-TR. Así, siendo los dos casos de tercerización de servicios, la regulación laboral es distinta sin que exista ninguna justificación para ello; lo cual se debió evitar. Es más, en el caso de la intermediación laboral de servicios complementarios o especializados, existe mayor protección laboral (lo que, en cambio, no ocurre para el desplazamiento de trabajadores por la empresa tercerizadora, quienes sí se dedican a las actividades principales de la contratante), dado que la empresa de servicios o cooperativa debe contar con capital mínimo, debe registrar el contrato suscrito con la empresa usuaria, debe otorgar una fianza de cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social, existen prohibiciones y limitaciones, entre otros aspectos.(16)

(15) Según Toyama: *"Mientras que la intermediación laboral importa una mera cesión o destaque de trabajadores para que estos laboren bajo la dirección de la empresa usuaria, en tanto que existe un reparto de facultades empresariales entre la empresa usuaria y la empresa de servicios especiales, de tal manera que representa una excepción al principio de no interposición que importa la relación directa que debería existir entre el empleador y trabajador; en la tercerización se presta un servicio integral y suficiente (se ha dicho que la empresa debe contar con una estructura productiva y organizativa autónoma, independiente, suficiente y adecuada para desarrollar determinada actividad) y los trabajadores prestan servicios bajo la dirección de la empresa contratista, sin que se configure una distribución de los poderes del empleador."* TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Loc. Cit.*, p. 92.

(16) En este sentido, *vid.* TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *"La nueva regulación de la tercerización". Op. Cit.*, p. 6.

Para entender lo que se debe considerar como actividad principal, el artículo 1° del Reglamento se remite a la definición del artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, según el cual:

> "Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa."

Además, para establecer los alcances de la actividad principal, también será importante considerar la definición de actividad complementaria que ofrece el artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, de esta forma:

> "Constituye actividad complementaria de la empresa usuaria aquella que es de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza.
>
> La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria."

Al respecto, Toyama señala que:

> "(...) las actividades complementarias deben ser periféricas, que no forman parte de la actividad principal o estratégica de la empresa usuaria ni tampoco de las actividades de soporte, a tal punto que la regla interpretativa debe ser la actividad principal y la excepción complementaria. (...)
>
> SI bien la normativa reseña algunos ejemplos de las actividades complementarias (limpieza, seguridad, vigilancia, reparaciones y mensajería externa), no necesariamente estos deben ser tomados como los únicos -por ejemplo, además de las citas legales, las actividades realizadas por jardineros o fotocopistas- ni tampoco como que siempre califican como tales –por ejemplo, en una empresa de vigilancia, los vigilantes no pueden ser contratados por una empresa de servicios complementarios-.
>
> La actividad complementaria debe ser analizada de modo casuístico, no puede realizarse una afirmación genérica. Pero, en el proceso de identificación de las actividades complementarias debe tenerse en cuenta que la regla del ordenamiento es la contratación directa por sobre la indirecta (intermediación laboral) y ello implica que la interpretación sobre los alcances de "las actividades complementarias" deba ser restrictiva y limitada a casos concretos."(17)

En este mismo sentido, para determinar las actividades que forman parte de la actividad principal de la empresa contratante (o principal) que podrán ser materia de la tercerización de servicios, se deberá seguir como regla que todas lo son; y, por excepción, serán actividades complementarias, las periféricas a la actividad principal que, de una interpretación restrictiva

(17) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *"Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias"*. Op. Cit., p. 97.

y limitada, no afecten la continuidad de la actividad principal de la empresa contratante, entre las que se encuentran los servicios de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza, entre otros que se deberán analizar en cada caso concreto.(18)

Por tanto, siguiendo dicha pauta de interpretación, la tercerización de servicios con desplazamiento de personal para encargo de actividades principales de la empresa contratante, tiene alcances más amplios en los cuales regirán la Ley y el Reglamento. Además, los encargos de actividades complementarias o especializadas con destaque de trabajadores (reguladas como supuestos de intermediación laboral de servicios complementarios y especializados) no quedan sin regulación, sino se les deberá aplicar la Ley N° 27626 y el Decreto Supremo N° 003-2002-TR.

IV. APUNTES FINALES

Como se puede apreciar, la Ley reguló los requisitos e indicios aplicables a todo supuesto de tercerización de servicios; con el Decreto Legislativo, se precisó que la protección laboral rige solo para la tercerización de servicios con desplazamiento de personal; y, el Reglamento ha restringido el íntegro de la Ley a estos últimos casos, siendo esto último ilegal.

Creemos que es importante que la ley laboral reconozca la validez de los contratos empresariales de tipo civil y comercial, pero sorprende que los alcances de su protección siempre tiendan a ser restringidos. Por ello, sería conveniente que se evalúe la unificación de reglas entre la intermediación laboral de servicios complementarios y especializados y la tercerización con desplazamiento de trabajadores sin importar la temporalidad de desplazamiento. Además, trate de abarcar a todo supuesto de tercerización de servicios -al menos, estableciendo protección laboral mínima-, incluyendo aquellos que contratan los organismos del sector público, que es siempre el espacio para los trabajadores precarios (en materia de inspección laboral, contratación laboral, intermediación laboral y, ahora, tercerización de servicios).

(18) Al respecto, debemos mencionar dos criterios distintos al nuestro. El primero considera que la Ley abarca el encargo de actividades principales y secundarias, de la siguiente manera: *"(...) llama nuestra atención que el texto del Reglamento delimite el ámbito de aplicación solo a aquellas empresas que tercerizan su actividad principal, cuando la definición esbozada en el artículo 1 del mismo Reglamento señala que la provisión de obras o servicios puede darse sobre actividades vinculadas o integradas a esta, entiéndase actividades principales y secundarias. Consideramos que para no desvirtuar lo dispuesto en la Ley, la imprecisión del artículo 2 debe ser interpretada de manera integral y considerarse que la tercerización puede darse respecto de las actividades principales y secundarias, como por ejemplo, limpieza, vigilancia, entre otras."* (*COMENTARIOS AL REGLAMENTO DE LA LEY DE TERCERIZACIÓN*. Informe Especial. Soluciones Laborales N° 9. Lima, Gaceta Jurídica, p. 11.). Por otra parte, el segundo señala que la tercerización de servicios excluida de los alcances del artículo 2° del Reglamento, incluyendo el encargo de actividades complementarias, no se regulan por la Ley: *"(...) estas formas de tercerización u obras o servicios sin tercerización serán reguladas por el Código Civil a través de los contratos de prestación de servicios (locación, obra, suministro, entre otros) y legislación especial eventualmente aplicable. Así, lo ratifica el artículo 2 del Reglamento cuando expresamente indica que se encuentran fuera del ámbito de la Ley."* HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. *Op. Cit.*

TERCERIZACION DE SERVICIOS: Expresion legal de una manera eficiente de hacer empresa

CARLOS CORNEJO VARGAS

I. INTRODUCCION

Hace ya varias décadas que quedó atrás el modelo "fordista" de organización empresarial, el cual fue desplazado por el modelo "taylorista"; y que se utilizara el anglicismo "outsourcing" para hacer referencia a la contratación de empresas especializadas en la prestación de servicios de informática.

Ciertamente, ha pasado algún tiempo desde que se abandonó el esquema de organización empresarial en el que todos quienes prestaban servicios para una empresa eran trabajadores de la misma, y es que no podía ser de otro modo, pues la necesidad de las empresas de ser cada vez más competitivas y de poder enfrentar mejor las exigencias del mercado, las obligó a concentrarse en la ejecución de las actividades principales, e incluso en las distintivas.

También ha pasado algún tiempo desde que a principios de los años noventa, los empresarios norteamericanos utilizaran el término "outsourcing" para referirse al encargo a empresas especializadas de diversos tipos de servicios informáticos, y desde que varios años después el referido término fuera también utilizado para identificar la cesión a terceras empresas de otros servicios diferentes a los informáticos que permitieran la concentración en las actividades principales. Fue así que, a partir del proceso expansivo del término "outsourcing", la doctrina y experiencia española nos informa que se vio la necesidad de abandonar el citado anglicismo y de acuñar un término y una expresión propia en idioma castellano. Dicho término fue el de "externalización" y la expresión fue la de "descentralización productiva".

En este sentido, podemos afirmar que ha existido una transición del "outsourcing" a la "descentralización productiva" y a la "tercerización de servicios", aunque debe reconocerse que

para quienes no tienen formación jurídica no es fácil distinguir la diferencia entre "outsourcing" y "descentralización productiva", lo que explica porque es común que los expertos en estrategia managerial utilicen el término "outsourcing" y que los abogados utilicen el término "descentralización productiva" o cualquier otro de sus sinónimos.

II. ALCANCES CONCEPTUALES

1. La descentralización productiva ha sido definida por diversos autores. Entre ellos podemos mencionar al destacado laborista español Miguel Rodríguez Piñero, quien afirma que la descentralización productiva es una *"(...) forma de organización de la actividad empresarial en virtud de la cual una empresa -que denominaremos 'empresa principal'- decide no realizar directamente ciertas actividades, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales -que llamaremos 'empresas auxiliares'- con quienes establece a tal efecto contratos de variado tipo, civiles o mercantiles"* [1] (sic).

2. Ahora bien, teniendo en cuenta que la principal característica de la "descentralización productiva" es la contratación de un tercero, a quien se le encarga la ejecución de un servicio determinado, se ha construido el término de "tercerización de servicios".

3. De conformidad con lo expuesto, podemos afirmar que los términos "descentralización productiva" y "tercerización de servicios" son sinónimos, pues refieren a la misma forma de organización empresarial.

4. Teniendo en cuenta que la descentralización productiva es una forma de organización empresarial que apunta a externalizar y encargar a un tercero la ejecución de algunas actividades que antes eran ejecutadas por la propia empresa, es necesario preguntarnos ¿qué tipo de actividades son las que pueden externalizarse? y ¿qué tipo de actividades son las que no pueden o no deben externalizarse?

5. Para responder a las interrogantes planteadas es necesario no perder de vista que la "descentralización productiva" es una forma de organización empresarial que autoriza a encargar a terceras empresas la ejecución de ciertas labores; y que permiten a una empresa concentrarse en la ejecución de sus actividades principales y, además, distintivas, esto es, en aquellas en cuya ejecución tiene una ventaja comparativa respecto de sus competidores.

6. En este sentido, resulta de singular importancia determinar qué se entiende y cómo identificar a las "actividades distintivas".

7. Respecto de lo primero se señala que son "actividades distintivas" las que siendo ordinarias y permanentes, además, corresponden a la actividades principales de la empresa o a su "core business".

8. Respecto de lo segundo, cabe mencionar que la doctrina más especializada considera que son características de las "actividades distintivas" las siguientes:

(1) Rodríguez Piñero, Miguel. ***Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia.*** En, Estudios en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón. Madrid, 1980. Pág. 69.

(i) Son un conjunto de habilidades y conocimientos, no productos y funciones;

(ii) Son flexibles, de largo plazo y adaptables a las nuevas condiciones;

(iii) Son limitadas en número;

(iv) Son fuentes únicas de manejo en la cadena de valor;

(v) Son áreas de dominio exclusivo de la organización;

(vi) Son importantes para los consumidores en el largo plazo; y

(vii) Son parte constitutiva de los sistemas de organización.

8.1 Con relación a la primera característica cabe señalar que al ser un conjunto de habilidades y conocimientos, las actividades distintivas permiten al empresario reconocer que en la gestión de su negocio, existen actividades que le dan mayor distintividad y ventaja sostenible sobre sus competidores, las cuales le permiten posicionarse de mejor manera en el mercado.

Los referidos conocimientos y habilidades le permiten a la empresa ofrecer mejores bienes y/o servicios, los cuales pueden verse traducidos en tarifas más económicas y en la mejor calidad de productos. Entonces, siguiendo a Ben Schneider, podemos señalar que se pueden considerar actividades distintivas aquellas que tienen como base un tipo de conocimiento específico y único[2].

8.2 Con relación a la segunda característica cabe señalar que para identificar las "actividades distintivas" una empresa siempre debe tener en cuenta el carácter contingente del mercado, pues de otra manera no podrá responder a las necesidades actuales de sus consumidores y de sus potenciales clientes. Por ello, el reto de toda empresa será *"(...) desarrollar, conscientemente, habilidades en áreas que el consumidor continuará valorando en el tiempo"* (sic)[3] y evitar concentrarse de manera inflexible en formatos o técnicas de trabajo que no guardan relación con las necesidades del consumidor.

8.3 Con relación a la tercera característica cabe señalar que a mayor actividad o mayor dispersión del trabajo, será menor la capacidad de una empresa para poder competir de manera eficiente y menor la calidad del producto o servicio que brinde a sus consumidores[4], por lo que resulta indispensable que las actividades no distintivas sean realizadas por un tercero que esté en mejores condiciones de poder desarrollarlas y que, por su parte, las "actividades distintivas" sean solo unas cuantas en las cuales la empresa pueda concentrarse y mostrar su ventaja competitiva. Por ello, las "actividades distintivas" siempre deben ser limitadas en número.

Con relación a la cuarta característica cabe señalar que sobre la premisa de que en todo mercado existen imperfecciones y sectores donde no han sido desarrollados plenamente los conocimientos científicos e intelectuales, es estratégico que las em-

(2) Schneider, Ben. Outsourcing. *La herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios.* Grupo Editorial Norma. Colombia, 2004. Pág. 59.
(3) Ibid. Pág. 60.
(4) Ibid. Pág. 61.

presas aprovechen las referidas debilidades del mercado para posicionarse en él, por ejemplo, invirtiendo recursos intelectuales que le permitan convertirse en la única empresa calificada para llevar a cabo una actividad en particular y, en consecuencia, obtener un beneficio económico mayor que sus competidores.

8.5 Con relación a la quinta característica cabe señalar que ella se refiere a la necesidad de las empresas de desarrollar aquellas actividades que resultan ser importantes para el cliente, pues a partir de ellas podrá obtenerse una ventaja que se traduzca en la preferencia del consumidor y sirva para posicionar a la empresa en un mercado cada vez más competitivo. Lo anterior implica que una empresa debe ofrecer un servicio o producto más acorde a las necesidades del cliente, del que puede dar otra empresa de la competencia.

Con relación a la sexta característica cabe señalar que las empresas deben destinar al menos una habilidad distintiva hacia la comprensión de los intereses de sus clientes y de qué mejor manera se puede ofrecer el servicio que este espera recibir. Así, partiendo de un análisis en el funcionamiento de las cadenas de valor de los clientes se podrá determinar en qué ámbito debe especializarse una empresa para poder brindar un buen producto y/o servicio[5].

8.7 Con relación a la sétima característica cabe señalar que si la empresa desea que sus habilidades sean sostenibles, es necesario que dedique sus esfuerzos a crear los medios por los cuales dichas habilidades pasen a depender de la organización misma y no de unos cuantos ejecutivos talentosos, puesto que la salida de estos últimos podría ocasionar una disminución del éxito que posee la empresa. Estas habilidades distintivas deben ser interiorizadas por los sistemas de la organización, lo que exige que los ejecutivos las desarrollen a conciencia y atesoren el conocimiento adquirido, de manera tal que este no salga de la organización y pueda filtrarse en la competencia[6].

9. En suma, podemos afirmar que de la correcta identificación de las actividades distintivas y de su eficiente ejecución depende que la "descentralización productiva" o "tercerización de servicios", como forma de organización empresarial, sea exitosa.

III. FUNCIONES Y DISFUNCIONES DE LA TERCERIZACION DE SERVICIOS

1. La opinión de la doctrina es unánime en reconocer que la "tercerización de servicios" es la técnica managerial que más éxito y protagonismo ha tenido en el mundo empresarial desde la década de los noventa, sobre todo en el mercado norteamericano y recientemente en el europeo. La misma doctrina reconoce que dicho éxito y protagonismo se debe principalmente a la función económica que cumple la tercerización de servicios. Siendo específicos cabe precisar que parte de la doctrina española sostiene que son dos (2) las funciones que cumple esta particular forma de organización empresarial.

(5) Ibid. Págs. 62 y 63.
(6) Ibid. Pág. 63.

1.1 La primera, la de ser un *"(...) mecanismo hábil para hacer frente a una situación coyuntural caracterizada por un mercado cada vez más complejo debido básicamente, al vertiginoso avance de la tecnología, es decir, de los sistemas de comunicación y de información en un marco en el que la economía se ha globalizado y las empresas están sometidas a una situación de hipercompetitividad"* (sic) [7].

En el mismo sentido, los expertos en técnicas manageriales afirman que *"(...) las empresas que externalizan determinadas competencias suelen obtener (...) eficacia, pues las funciones realizadas por las empresas externas suelen practicarse con mejores resultados, ya que dichas empresas suelen ser expertas en el campo para el que se las contrata (...)"* (sic)[8]. En suma, la primera de las ventajas que ofrece la tercerización de servicios es la concentración en las actividades distintivas, y la posibilidad de encargar a "terceros" la ejecución de todas las demás actividades, lo que estratégica y no tácticamente lleva a una empresa a la especialización y, por ende, a ser más competitiva.

1.2 La segunda, la de ser *"(...) una técnica con capacidad para actuar tanto ante la necesidad de sanear la empresa (...), como ante la de obtener el tamaño empresarial para crecer empresarialmente y con ello lograr una mayor y mejor racionalización de la producción (...)"* (sic)[9].

Como en el caso anterior, los expertos en técnicas manageriales afirman que *"(...) las empresas que externalizan determinadas competencias suelen obtener (...) mayor rentabilidad, pues los costos de externalizar un proceso son inferiores a los que supone que la empresa misma lleve a cabo ese proceso"* (sic)[10]. De acuerdo con lo anterior, si esta forma de organización permite a las empresas encontrar el tamaño ideal para poder empezar a crecer o para seguir creciendo, y para encontrar al mejor y más barato socio estratégico, qué duda cabe de que se trata de un mecanismo para lograr la mayor rentabilidad posible.

2. No obstante lo anterior, lo cual revela las grandes ventajas económicas que tiene el recurrir a la tercerización de servicios, es preciso señalar que la misma no está ajena a disfuncionalidades económicas. En efecto, esta forma de organización empresarial que tan buenos resultados ha producido y cuyas ventajas y bondades han sido mayoritaria y casi unánimemente reconocidas, no siempre conduce a buenos resultados. Así pues, para evitar análisis sesgados consideramos necesario apuntar que *"(...) no es extraño encontrar (...) listados de inconvenientes o posibles problemas que también se muestran casi inherentes a la descentralización productiva y que deben tenerse en cuenta no solo en un análisis teórico (...) sino, sobre todo, en el momento de configurar esta estrategia empresarial ante un objetivo determinado"* (sic)[11].

3. En tal sentido, se señala que el intento ciego de reducir los costos empresariales sin un estudio técnico que justifique la externalización de determinadas actividades es

(7) Salvador del Rey Guanter y Manuel Luque Parra. *Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral.* Revista Relaciones Laborales. N° 20, 1999.
(8) Schneider, Ben. Ob. Cit. Pág. 37.
(9) Salvador del Rey Guanter y Manuel Luque Parra. Ob.Cit.
(10) Schneider, Ben. Ob. Cit. Pág. 37.
(11) Salvador del Rey Guanter y Manuel Luque Parra. Ob.Cit.

la principal causa de las disfuncionalidades económicas de la tercerización de servicios.

Al respecto, la doctrina señala que muchas veces la decisión de externalizar actividades es consecuencia de una aproximación táctica y no estratégica, toda vez que la mayoría de las veces dichas decisiones responden a una voluntad de reducir o controlar los costos empresariales sin que exista un verdadero proyecto empresarial que abarque un conjunto de medidas organizacionales que no se reduzcan a la mera decisión de externalizar un servicio o una fase del ciclo productivo.

4. Entre las dificultades o disfunciones económicas, se ha identificado como la principal de ellas, a la pérdida de control que se experimenta respecto del producto o proceso que se externaliza, lo que implica poner en riesgo "el nivel de calidad" y "el grado de satisfacción del cliente".

Teniendo en cuenta que la tercerización de servicios implica, supone y exige el encargo integral a un tercero de una parte del proceso productivo y/o de algunas de las actividades principales de la empresa, es posible que el nivel de calidad y, por ende, la satisfacción del cliente se resientan.

Ciertamente. Si el esquema descrito precedentemente impide que la "empresa cliente" pueda dirigir -aunque no fiscalizar- la prestación del servicio contratado, a pesar de las coordinaciones que puedan realizarse con la "empresa especializada" y de la supuesta alianza estratégica que se establece entre las referidas empresas, el riesgo antes mencionado es real, existe y puede materializarse.

5. Otra de las disfuncionalidades económicas identificadas es la pérdida del control de la información, pues la externalización implica trasmitir información hacia fuera de la empresa, la cual escapa a cualquier tipo de control.

Normalmente, cuando una empresa decide externalizar alguna de sus actividades principales, teóricamente, lo hace después de haber identificado dentro de aquellas *(actividades principales)* las actividades distintivas de las que no lo son y, por tanto, pueden ser encargadas a un tercero, a quien se le identifica y reconoce como un especialista en la materia y se le reconoce como un socio estratégico. Empero, en la práctica, muchas veces se decide externalizar una o algunas actividades solo para reducir costos sin tener en cuenta otras implicancias, y se contrata a una empresa que no siempre tiene la especialización ni la calificación que se requiere para prestar un servicio más eficiente.

Dicho de otro modo, algunas veces se contrata a una empresa proveedora de servicios que no tiene ninguna especialización y que muchas veces solo tiene un interés económico, el mismo que le impide involucrarse en el negocio de su cliente y, al mismo tiempo, le hace perder de vista que el éxito de su cliente es el éxito propio.

6. La última de las disfuncionalidades económicas que también se ha podido identificar es el alto costo que implica concluir y/o transferir un proceso de descentralización productiva.

La decisión de ejecutar un proceso de tercerización de servicios es una decisión de largo plazo que debe implementarse después de identificar las actividades principales y distintivas de la empresa, y de haber elegido entre muchas opciones, o por

lo menos varias, a la empresa que se encargará de realizar las actividades que se decide externalizar. Empero, como ya ha quedado dicho, muchas veces, se elige a la empresa que ofrece el menor costo de inversión, lo que casi siempre se traduce en una deficiente calidad de servicio y en una vinculación puramente "mercantilista", caracterizada por el puro interés económico.

En este sentido, cuando la colaboración empresarial que se supone debe surgir de la tercerización de servicios no se verifica, y la empresa cliente decide dar marcha atrás y desandar el nuevo esquema de organización empresarial, aparecen de manera inminente los altos costos económicos que comportan la finalización de dicho proceso, pues lo anterior implica volver a "internalizar" las actividades que habían sido externalizadas y gastar más, por lo menos, en pago de remuneraciones y de beneficios sociales. Lo anterior puede implicar también, invertir más en maquinaria y equipos, lo que puede resultar un gasto más que importante.

7. De acuerdo con lo expuesto, resulta indispensable que toda y cualquier empresa que decida llevar a la práctica un proceso de "externalización" de actividades, previamente analice las ventajas de concentrarse en la ejecución de las actividades distintivas; y se comprometa en la elección de un proveedor de servicios que garantice "calidad" y no necesariamente "rentabilidad".

8. A modo de conclusión, podemos mencionar que esta forma de organización empresarial *" (...) otorga un alto grado de efectividad en áreas en las que la empresa no desea distraerse o en las que le resultaría muy costoso involucrarse. Asimismo, le permite concentrarse en aquellos rubros en los que si le interesa tener un alto grado de dominio para asegurar sus ventajas competitivas. En general lo que se busca es el mejor servicio al mejor precio mediante la utilización de todas las innovaciones y los avances tecnológicos al alcance"* (sic)[12]. La claridad y lucidez de la cita previa nos libera de realizar y/o ensayar cualquier comentario y/o explicación sobre la misma.

IV. VENTAJAS DE LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

1. Son muchas las ventajas que se pueden generar de la decisión de las empresas concentrarse en la ejecución de sus actividades distintivas y lograr una utilización eficiente de los recursos que dispone. Entre ellas podemos mencionar las siguientes:

- Permite acelerar el proceso de obtención de beneficios. Si la idea fuerza de la "descentralización productiva" es que una empresa se concentre en la ejecución de sus actividades distintivas, en aquellas que le son más rentables, quiere decir, que la externalización de las demás actividades es en si misma una decisión rentable, pues a la "empresa principal o cliente" le debe resultar más barato pagarle a una tercera empresa, teóricamente especializada, para que le preste determinados servicios.

Luego, la primera ventaja de la tercerización de servicios es que permite identificar las fases productivas poco eficientes y menos rentables de la "empresa principal" para encargarlas a una "empresa especializada" que sea eficiente en la ejecución de las mismas.

(12) Schneider, Ben. Ob. Cit. Pág. 38.

- Convierte costos variables en costos fijos y costos fijos en variables dependiendo de las actividades tercerizadas. Sobre la premisa de que la tercerización de servicios aspira principalmente a la reducción de los costos empresariales, se afirma que puede convertir, en razón de la eficiencia y efectividad, los costos variables en costos fijos y/o los costos fijos en costos variables. ¿Qué significa esto? Que esta forma de organización empresarial se ha convertido en una forma de *"(...) controlar los costes laborales de la empresa, convirtiendo en variables los costes fijos en aquellas funciones consustanciales al proceso productivo y transformando en fijos los costos variables que se relacionan con las funciones que por no ser constantes en el proceso productivo exigen un continuo redimensionamiento de la empresa, de este modo se mejora la eficiencia y efectividad empresarial aumentando su productividad y competitividad "* (sic) [13]. De acuerdo con lo anterior, la idea es que la empresa tenga gastos constantes en aquellas actividades que se encuentran en continuo redimensionamiento y que no forman parte del núcleo del negocio; y de manera contraria, que tenga gastos variables en aquellas funciones que son consustanciales del proceso productivo.

- Permite acceder a los avances tecnológicos y al mundo de la especialización sin realizar grandes inversiones. La finalidad de la externalización de algunas actividades de la empresa, es permitir que esta se concentre en la ejecución de sus actividades distintivas y encargar a una tercera empresa la ejecución de otras actividades principales aunque no distintivas, y de otras que sean auxiliares y complementarias con la finalidad de poder concentrarse en las primeras con todo lo que ello implica, como por ejemplo, invertir en tecnología y adquirir un alto nivel de especialización. Complementando lo anterior, cabe señalar que es un presupuesto de la tercerización de servicios el que las empresas contratadas para ejecutar las labores externalizadas, sean efectivamente empresas especializadas en la ejecución y realización de dichas labores, pues de otro modo no se explicaría como la contratación de dichas empresas resultaría más conveniente, y más barata por cierto, para la empresa principal.

- Permite concentrarse en el objeto principal del negocio. La definición misma de la tercerización de servicios revela que se trata de una forma de organización empresarial diseñada para que las empresas se concentren únicamente en la ejecución de sus actividades distintivas, lo que nos releva de efectuar mayor comentario.

- Permite aumentar los recursos libres para utilizarlos en otros propósitos. Si una empresa decide externalizar alguna o algunas de las actividades que antes ejecutaba por si misma, porque no es eficiente y competitiva en la ejecución de las mismas, la consecuencia inmediata de dicha decisión será la liberación de diversos recursos para ser utilizados de manera más eficiente. En efecto, si una empresa deja de realizar algunas actividades liberará personal y recursos económicos para ser utilizados en la ejecución y/o realización de las actividades distintivas de la propia empresa.

- Permite reducir los costos de operaciones y de inversión. Si una empresa decide externalizar alguna o algunas de las actividades que antes ejecutaba por si misma, entonces, dejará de gastar en la ejecución de las referidas actividades y quedará liberada de la obligación de invertir para seguir realizando las referidas actividades.

(13) Salvador del Rey Guanter y Manuel Luque Parra. Ob.Cit.

Por ejemplo, si una empresa dedicada al diseño, producción y comercialización de calzado deportivo, decide dedicarse únicamente al diseño de calzado deportivo y encargar a una tercera empresa la ejecución de las actividades de producción y comercialización, entonces, la citada empresa ya no estará más obligada a pagar remuneraciones y beneficios laborales al personal dedicado a las actividades de producción y de ventas, y a invertir en maquinaria y equipo de producción, etc., y lograrà de ese modo reducir sus costos fijos.

- Permite aumentar la eficiencia de la empresa. Si la eficiencia consiste en producir más a menor costo, entonces, ser más "eficiente" obliga a las empresas a concentrarse en lo que mejor saben hacer y en lo que les genera una ventaja competitiva en el mercado.

  Complementando lo anterior, es necesario apuntar que ser más eficiente implica dejar de hacer aquello que no es actividad distintiva y, aquello en lo que no se tiene una ventaja competitiva. Demás está decir que la ejecución de aquellas actividades resulta ser bastante más onerosa para las empresas y son justamente aquellas las que han permitido la creación y desarrollo de la tercerización de servicios como forma de organización empresarial. En suma, consideramos que ser más eficiente no es otra cosa que lograr mejorar el desempeño de una empresa[14].

- Permite adecuar mejor las necesidades de las empresas a las soluciones que se requieren. Como ya ha quedado dicho, la tercerización de servicios es una forma de organización managerial que permite a las empresas concentrarse en la ejecución de lo que mejor saben hacer y que les genera una ventaja competitiva en el mercado. En este sentido, no debe quedar duda de que la tercerización de servicios es una forma de organización empresarial que permite liberar recursos para aplicarlos y utilizarlos de manera eficiente, lo que –por lo menos en el plano teórico– implica dotar a la empresa de las herramientas necesarias para poder responder mejor a las exigencias del mercado.

- Permite mejorar la posición competitiva de la empresa en el mercado. Respecto de lo anterior, solo queda insistir en la definición de la tercerización de servicios y rescatar de ella, el que se trata de una forma de organización managerial que permite a las empresas concentrarse en sus actividades distintivas: en la ejecución de lo que mejor saben hacer, en aquello que hacen mejor que nadie y que les genera una ventaja competitiva en el mercado.

Lo anterior, qué duda cabe de ello, permite a cualquier empresa posicionarse mejor y de manera más competitiva en el mercado.

V. TRATAMIENTO LEGISLATIVO

1. Hasta hace muy poco tiempo, la tercerización de servicios no estaba regulada explícita y directamente en nuestro ordenamiento jurídico, pues la única referencia que existía a dicha forma de organización empresarial estaba contenida en el Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-2002-TR, y de modo indirecto.

(14) Véase, Ben Schneider. Ob. Cit. Pág. 33.

En efecto, la referencia en la norma antes mencionada solo era realizada para señalar lo que no era "intermediación laboral" y cuáles no eran algunas de las características que permitían identificar a la referida forma de contratación de servicios.

2. Sin embargo, mediante Ley 29245, vigente desde el 25 de junio del año 2008, precisada por Decreto Legislativo 1038 y reglamentada mediante Decreto Supremo N° 006-2008-TR, el escenario legislativo de la tercerización de servicios ha cambiado notablemente, pues ya cuenta con una regulación completa sobre el tema, aunque por cierto imperfecta, lo que constituye un avance significativo que no podemos soslayar.

Refiriéndonos a la referida regulación, debemos apuntar que el artículo 2° de la Ley 29245 señala que la tercerización de servicios permite la *"contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación"* (sic).

De la lectura de la disposición transcrita, se advierte que la tercerización de servicios es una forma de organización empresarial que solo permite la contratación de personas jurídicas *(entiéndase, empresas)* y no de personas naturales; que debe ser ejecutada por una empresa especializada; y que necesariamente debe cumplir con cuatro (4) requisitos[15]: (i) asumir y ejecutar los servicios contratados por cuenta y riesgo propio, (ii) contar con los recursos materiales necesarios para ejecutar el servicio contratado, (iii) asumir la responsabilidad por el resultado de las actividades ejecutadas y (iv) contar con personal especializado que responda únicamente a sus instrucciones. Lo anterior revela que la "tercerización de servicios" exige la contratación de una empresa que sea una "unidad económica independiente", con la que puede o no mantener una vinculación económica. En efecto, la idea que subyace a la "tercerización de servicios" es que la empresa tercerizadora actúe asumiendo un riesgo propio y no ajeno; cuente con el capital y con los bienes *(maquinarias y herramientas)* que resulten necesarios para poder prestar el servicio contratado; y con personal especializado en la prestación del referido servicio, el cual solo podrá responder a las órdenes, instrucciones y controles de su propio personal y en ningún caso del personal de la empresa principal o cliente.

4. A su turno, el segundo párrafo del mismo articulo 2° señala que *"Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio (...)"* (sic).

4.1 A partir de lo establecido en la citada disposición es posible realizar varias afirmaciones. En primer lugar, que los "requisitos" son diferentes a las "características", pues estas últimas son solo elementos coadyuvantes que aportan indicios para determinar la existencia de una tercerización de servicios.

(15) El artículo 3° del Reglamento de la Ley de Tercerización de Servicios señala que *"Para efectos de la Ley, los cuatro requisitos señalados en el primer párrafo del artículo 2° de la misma son copulativos. La inexistencia de uno, cualquiera de ellos, desvirtúa la tercerización"* (sic). Lo anterior determina que los requisitos legales sean, en realidad, elementos esenciales de la tercerización de servicios.

4.2 En segundo lugar, que a partir de la vigencia de la norma reglamentaria la pluralidad de clientes ha dejado de ser un elemento característico de la tercerización de servicios, pues en algunos casos expresa y específicamente señalados por la legislación laboral vigente, no será relevante para identificarla.

4.3 En tercer lugar, que no es indispensable que la empresa tercerizadora sea propietaria de los bienes, equipos y herramientas utilizados para la prestación del servicio contratado, lo que resulta de singular importancia, pues la exigencia de contar con los recursos materiales necesarios para ejecutar el servicio contratado como un elemento esencial de la tercerización de servicios llevada a considerar *(especialmente a la Autoridad Administrativa de Trabajo)* que no era posible que los bienes, equipos y herramientas utilizados para la prestación del servicio contratado fuesen aportados por la empresa principal o cliente o por una tercera empresa. Así pues, el numeral 4.3) del artículo 4° del Reglamento dispone que se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con "equipamiento propio" cuando las herramientas o equipos que utilicen los trabajadores tercerizados sean de su propiedad o se mantengan bajo su administración y responsabilidad, lo que resulta coherente con la necesidad de que el prestador del servicio mantenga pleno control sobre la ejecución del servicio contratado.

Por otro lado, consideramos necesario destacar que la norma reglamentaria ha excedido los alcances de la Ley 29245, específicamente en lo que al ámbito de aplicación de la misma se refiere, lo que es un hecho absolutamente irregular, además de revelador de las marchas y contramarchas que nuestras autoridades muestran para tratar el tema.

Siendo específicos, cabe apuntar que el artículo 3° de la Ley señala que constituyen casos de tercerización de servicios, entre otros, los contratos de gerencia, los contratos de obra, los procesos de tercerizacion externa y los contratos que tienen por objeto encargar a un tercero una parte integral del proceso productivo, lo que ha sido recogido de la legislación anterior, y demuestra que el ámbito de aplicación de la referida Ley es amplio pues alcanza diversos supuestos de prestación de servicios especializados. No obstante lo expuesto, el articulo 2° del Reglamento dispone que solo se incluye en el ámbito de aplicación de la Ley a las empresas que tercerizan parte de su actividad principal con desplazamiento permanente y continuo de personal a su local o centro de operaciones, excluyéndose a todos los demás supuestos previstos y señalados en el articulo 3° de la Ley. Así pues, la norma reglamentaria excluye del ámbito de aplicación de la Ley a los procesos de tercerización externa y a todo supuesto en el que el desplazamiento de personal no sea permanente y continuo, lo que importa una modificación legal que excede los alcances de una norma reglamentaria.

Con relación al mismo tema, es preciso mencionar que la norma reglamentaria también ha modificado el ámbito de aplicación material de la Ley, pues lo ha limitado solamente a las actividades principales de la empresa principal.

Nos explicamos. El artículo 2° de la Ley establece que por la tercerización de servicios se puede contratar la ejecución de actividades especializadas u obras, lo que es genérico, amplio y permite incluir todo tipo de actividad: principal o complementaria. Sin embargo, el articulo 2° del Reglamento precisa que solamente se puede tercerizar la actividad principal, esto es, aquella que es consustancial al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la

empresa, lo que implica que a partir de la vigencia de la norma reglamentaria ya no es posible tercerizar, al amparo de la Ley 29245, actividades complementarias, aunque las mismas sean especializadas, como por ejemplo, los servicios de vigilancia.

7. Para resolver la exclusión legal de las actividades complementarias del ámbito de aplicación de la nueva legislación se ha creado la figura del encargo integral a terceros de actividades complementarias, lo que no es tercerización de servicios ni tampoco una intermediación laboral, pues está ultima exige el ejercicio del poder de dirección respecto del personal intermediado, lo que resulta imposible si el encargo es "integral". Entonces, cabe preguntarnos ¿qué norma regula el encargo integral a un tercero de las actividades complementarias? El Código Civil suponemos.

8. Por otro lado, creemos que la nueva legislación ha incurrido en algunas omisiones, entre las cuales podemos mencionar a la falta de precisión sobre el objeto social de las empresas tercerizadoras, sobre el capital social mínimo de las mismas y sobre las infracciones a la nueva legislación.

9. No obstante lo anterior, a pesar de que nuestra Autoridad Administrativa de Trabajo ha cercenado el ámbito de aplicación de la tercerización de servicios; ha creado una nueva figura carente de regulación laboral *(encargo integral de actividades complementarias)*; y ha omitido regular una serie de aspectos que consideramos relevantes, creemos que la tercerización de servicios seguirá siendo la expresión legal de una forma eficiente de hacer empresa.

10. Finalmente, cabe señalar que la gran novedad de la nueva legislación sobre la materia es el establecimiento de la responsabilidad solidaria entre las empresas tercerizadora y cliente respecto del pago de las remuneraciones y beneficios laborales de origen legal que corresponden a los trabajadores desplazados. En nuestra opinión, lo anterior, lejos de encarecer la tercerización de servicios o de limitar su desarrollo, debe ser considerado como elemento que le aportará solvencia y confiabilidad, además de permitir un decantamiento natural entre las empresas tercerizadoras, pues ante la posibilidad de tener que responder por el pago de remuneraciones y beneficios sociales, las empresas clientes deberán ser cuidadosas en elegir a la empresa tercerizadora, lo que determinará que solo queden en el mercado las que sean formales, serias, solventes y tengan una cultura de cumplimiento de la legislación laboral.

VI. APRECIACIONES FINALES

A modo de comentario final consideramos importante realizar seis (6) apuntes.

Primero, que es necesario reconocer que la experiencia norteamericana del "outsourcing" fue el origen de lo que hoy conocemos como "descentralización productiva" o "tercerización de servicios", la cual es una forma de organización empresarial que permite a las modernas empresas responder de mejor manera a las exigencias del mercado y ser más eficientes y competitivas.

Segundo, que la opción por la tercerización de servicios debe ser una decisión estratégica orientada a que la empresa pueda ser mejor en lo que hace, y no una decisión mercantilista orientada únicamente para reducir los costos empresariales y ganar más dinero.

Tercero, en estrecha relación con lo anterior, que son muchas las ventajas que se pueden generar de la aplicación de la tercerización de servicios, aunque es necesario reconocer que existen desventajas y disfuncionalidades económicas que será necesario evitar.

Cuarto, que es muy importante que nuestro ordenamiento legal cuente con una legislación específica y especializada sobre la materia, la misma que delimita lo que es la tercerización de servicios, sus elementos esenciales y coadyuvantes, y las garantías para evitar el abuso de la clase trabajadora.

Quinto, que es también importante y necesario señalar los excesos y omisiones en los que ha incurrido la nueva legislación, especialmente, la norma reglamentaria, pues en nuestra opinión, la necesidad de corregir y enmendar la deficiencias de la Ley no autorizan a ir mas allá de lo establecido en la propia ley. El fin no justifica los medios.

Sexto, que en función de lo desarrollado por la doctrina mas autorizada y, a pesar de las limitaciones, imprecisiones, omisiones y excesos legales, la tercerización de servicios es, de hecho, la expresión legal de la forma más eficiente de hacer empresa.

TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS EN EL SECTOR PÚBLICO

JAIME CUZQUÉN CARNERO

Con ocasión de la reciente publicación del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización, en adelante "el Reglamento", ha comenzado a discutirse la implicancia que dicha regulación tiene respecto a los procesos de tercerización de servicios que el Estado ejecuta como entidad principal delegando actividades que son de su propia competencia hacia personas jurídicas de derecho privado.

Las preguntas más importantes que surgen son: ¿Están efectivamente excluidos los procesos de tercerización de servicios en el Estado, del ámbito de aplicación del Reglamento? Si estuviesen excluidos, ¿qué regulación les es aplicable?

Como conclusiones finales plantearemos una respuesta en cada caso que puede no tener un sustento normativo específico pero que lleva implícita la aplicación de criterios basados en el hecho que, ante situaciones no reguladas y que conlleven afectación de derechos laborales, la interpretación de las normas laborales siempre debe tener un enfoque tuitivo sin que ello implique, evidentemente, afectar el ordenamiento jurídico.

En efecto, la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 constituyen el nuevo marco jurídico que regula la tercerización de servicios y, en él, nada se indica sobre dicha vinculación empresarial con el Estado. Es más, el artículo 2° del Reglamento de dichas normas excluye expresamente al Estado:

"Artículo 2°.- Ámbito de la tercerización

El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.

La tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia".

En consecuencia el supuesto de hecho contenido en el ámbito del Reglamento tiene, entre sus más importantes características, que:

- La empresa principal de la tercerización debe tener trabajadores a los que se les aplique el régimen laboral de la actividad privada.
- Debe existir desplazamiento continuo, según las características introducidas por el artículo 6° del Reglamento, del personal de la empresa tercerizadora hacia el centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal.
- No debe tratarse de tercerización de servicios en el sector público pues esta se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia.

De igual forma, se puede concluir que se ha excluido del ámbito de aplicación del Reglamento, en virtud al supuesto de hecho anterior, a:

(i) La tercerización sin desplazamiento

(ii) La tercerización con desplazamiento no continuo, según lo recientemente regulado

(iii)Las provisiones de bienes y servicios sin tercerización

(iv)El servicio de tercerización requerido por una empresa principal cuyos trabajadores no estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada

(v) La tercerización de servicios en el sector público, sea que se encuentre regulada por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado o por normas especiales

En lo que se refiere a la tercerización de servicios en el sector público, es importante mencionar que los numerales 71.1° a 71.4° del artículo 71° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General - LPAG, regulan el Encargo de Gestión, que es pertinente a este tema en la medida que hace posible que entidades del Estado deleguen la realización de actividades, que son de su competencia, a entidades privadas. Según el inciso 71.4, el encargo a entidades privadas debe sustentarse en una norma autoritativa con rango legal que establezca el procedimiento, requisitos, entre otros aspectos y deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo:

"Artículo 71.- Encargo de gestión

71.1 La realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano puede ser encargada a otros órganos o entidades por razones de eficacia, o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma.

71.2 El encargo es formalizado mediante convenio, donde conste la expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten el plazo de vigencia, la naturaleza y su alcance.

71.3 El órgano encargante permanece con la titularidad de la competencia y con la responsabilidad por ella, debiendo supervisar la actividad.

71.4 Mediante norma con rango de ley, puede facultarse a las entidades a realizar encargos de gestión a personas jurídicas no estatales, cuando razones de índole técnico y presupuestado lo haga aconsejable bajo los mismos términos previstos en este artículo, dicho encargo deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo".

En el tema específico objeto de análisis, la última parte del artículo 2° del Reglamento, referido a la tercerización de servicios en el sector público alude a dos regulaciones distintas:

(i) Las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado (Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y sus normas complementarias, modificatorias y reglamentarias)[1]; y

(i) Las normas especiales que se expidan sobre la materia. Consideramos que dentro de este último supuesto se encuentran:

- Las normas autoritativas de rango legal que permiten los Encargos de Gestión de la LPAG
- Las Asociaciones Público - Privadas reguladas por el Decreto Legislativo N° 1012
- Las normas que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos contenidas en el TUO aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM
- Las normas contenidas en la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada que establece como formas de participación de la inversión privada, entre otras, al Contrato de Gerencia[2] y a la Especialización de Servicios (outsourcing)[3].

(1) Es importante mencionar que con fecha 04 de junio de 2008 se ha publicado el Decreto Legislativo N° 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, cuya entrada en vigencia, según su Duodécima Disposición Complementaria Final, será a los 30 días calendario contados a partir de la publicación de su Reglamento y del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE (organismo que remplazará a CONSUCODE). Esta norma deroga la Ley N° 26850; Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y sus normas modificatorias.

(2) Según el literal d) del artículo 10° del Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, Reglamento de la Ley N° 28059, se define Contrato de Gerencia como: *"... la modalidad contractual mediante la cual el Estado, a través de cualquiera de sus tres niveles de gobierno, cede temporalmente a otra u otras personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, la dirección, administración y/o gestión de una empresa estatal, transfiriendo el manejo o gerenciamiento de la misma."*

(3) Según el literal f) del artículo 10° del Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, Reglamento de la Ley N° 28059, se define Especialización de Servicios (Outsourcing) como: *"... la modalidad contractual mediante la cual el Estado, a través de sus tres niveles de gobierno, celebra un acuerdo con una o más personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, transfiriéndoles una parte integral del proceso productivo de una o varias empresas estatales y/o de las actividades de las mismas, bajo la condición que el inversionista privado asuma las tareas contratadas por su cuenta y riesgo."*

Ahora, atendiendo a los dos últimos supuestos excluidos del ámbito del Reglamento, es decir, al servicio de tercerización requerido por una empresa principal cuyos trabajadores no estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, y a la tercerización de servicios en el sector público, sea que se encuentre regulada por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado o por normas especiales, podemos afirmar que a los procesos de tercerización requeridos por el Estado no les serán aplicables las recientes normas sobre tercerización de servicios, debido a la exclusión expresa antes mencionada y en la medida que la entidad del Estado que específicamente requiera el servicio, tenga a sus propios trabajadores dentro de un régimen laboral distinto al de la actividad privada, como es el caso del régimen laboral público o de servicio civil.

Al respecto, es importante mencionar que, si bien consideramos que dicha exclusión supone un trato desigual y por tanto discriminatorio con relación a las entidades del sector privado, y podría propiciar situaciones de afectación a los derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras de un proceso requerido por el Estado, lo cierto es que las normas sobre tercerización de servicios recientemente emitidas, en ningún caso podrán ser aplicadas directamente en los procesos de vinculación con el Estado.

Sin embargo, no se puede dejar de tener presente que si el Estado contrata con una empresa privada para que le preste servicios de tercerización, esta última deberá cumplir con los requisitos generales que establece la Ley y el Reglamento para ser considerada como una verdadera empresa de servicios de tercerización y, de otro lado, el Estado tiene la obligación, en su calidad de tal, de velar que en efecto se cumpla con dicha legislación laboral. Así pues, para atenuar los efectos de la norma discriminatoria, el Estado debería, al menos contractualmente, establecer los criterios más significativos de la reciente regulación lo cual permitiría cautelar que en sus procesos de tercerización con entidades privadas se respeten los derechos laborales de los trabajadores de estas. Ello implicaría propiciar que el Estado solo se vincule con empresas de tercerización de servicios que no afecten los derechos de sus trabajadores.

En lo sucesivo, y en consideración a los próximos procesos de promoción de la inversión privada, debería analizarse la pertinencia de hacer extensivos los criterios generales que se aplican al sector privado, también a los procesos de tercerización en los que el Estado sea la entidad principal. Lo cierto es que, de acuerdo a la legislación vigente, consideramos que, en principio, disposiciones particulares sobre desnaturalización[4], derecho a información, garantía de derechos laborales, registro y responsabilidad solidaria[5], entre las más importantes, no serán aplicables al Estrado y a sus procesos de tercerización.

(4) Sobre este aspecto, algunos efectos de la desnaturalización, tal como recientemente se ha regulado, tienen limitaciones con relación al Estado pues, por ejemplo, como consecuencia de la desnaturalización misma difícilmente podría hacerse efectiva la inclusión en planillas del Estado de un trabajador de la empresa tercerizadora teniendo en cuenta que existen una serie de restricciones presupuestarias emanadas de normas de rango legal que impiden la contratación de personal. Sin embargo, en otro supuesto y como efecto de la desnaturalización, sí se podría dejar sin efecto el registro de la empresa tercerizadora, ante lo cual el Estado, como contratante, deberá dejar sin efecto la relación con la primera.

(5) Es preciso señalar que, en la actualidad, el artículo 212° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ha limitado expresamente las responsabilidades laborales sobre los trabajadores del contratista solo a este, sin que las mismas sean transferibles a la entidad del Estado. Dicha disposición, sin embargo, no está contenida en el actual proyecto de nuevo reglamento, artículo 213°, que se exhibe en la página web de CONSUCODE.

No obstante, también somos de la opinión que, en la medida que existen disposiciones sobre la tercerización, como proceso, desarrolladas por la Ley y el Reglamento, tales como los "casos de tercerización" y las "definiciones" como "tercerización"[6] y "simple provisión de personal"[7], entre otras desarrolladas por el artículo 1° del Reglamento, las mismas tienen implicancias tanto en la relación entre el Estado y las entidades privadas, como en la relación existente entre la entidad privada y sus trabajadores y, por tanto, dichas disposiciones deben aplicarse supletoriamente, tanto al supuesto analizado, como a los otros supuestos excluidos del ámbito del Reglamento.

Ello quiere decir que definiciones como las mencionadas, son vinculantes inclusive, para supuestos fuera del ámbito de aplicación del Reglamento por lo que, en ningún caso, deberá evidenciarse una simple provisión de personal la cual, de acuerdo a la definición, solo por excepción, se desarrolla a través del destaque del personal de las entidades de intermediación laboral (Ley N° 27626 y su reglamento).

Cualquier otro supuesto distinto que implique una "simple provisión de personal" será **ilícito**, salvo que se trate de la tercerización de servicios recientemente regulada; de una verdadera tercerización de servicios pero excluida del ámbito del Reglamento, como es el caso de la tercerización de servicios en el sector público; del encargo integral a terceros de actividades complementarias que, de acuerdo a nuestra legislación, se regula como intermediación laboral de servicios complementarios; y de la provisión de obras o servicios sin tercerización. Además, y por los mismos motivos expuestos anteriormente, también consideramos que los procesos de tercerización de servicios en el sector público deben tener en cuenta que a las entidades privadas, como empresas tercerizadoras cuyo personal está sujeto al régimen laboral de la actividad privada, se les deberá aplicar, supletoriamente, los requisitos y los elementos característicos o indicios establecidos en el artículo 2° de la Ley N° 29245, Ley que regula los Servicios de Tercerización, y en los artículos 3° y 4° del Reglamento.

En ese sentido, los procesos de tercerización de servicios que las entidades privadas desarrollen con el Estado, y todos los supuestos de tercerización excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento, no pueden tratarse como "simples provisiones de personal" pues, se estaría evidenciando una falta de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora[8], calificación que si bien no podría sustentarse a partir de la aplicación directa del Reglamento, sí podría evidenciarse en la medida que exista una constatación de la afectación de los derechos laborales de los trabajadores, ya sea a través de un procedimiento de inspección del

(6) *"Es 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".*

(7) *"Es la cesión de trabajadores, la cual es considerada como ilícita, con excepción del destaque de trabajadores que se encuentra regulado en la Ley N° 27626, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2002-TR, y sus normas complementarias y modificatorias. No constituyen una simple provisión de personal el desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora que se realiza en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, la tercerización sin desplazamiento continuo, el encargo integral a terceros de actividades complementarias, ni las provisiones de obras y servicios sin tercerización".*

(8) Al respecto es importante tener en cuenta lo señalado en la nota al pie de página número 3 en la que se cita como requisito para el outsourcing con el Estado que *"el inversionista privado asuma las tareas contratadas por su cuenta y riesgo."* Esta expresión recoge la idea de que la empresa tercerizadora debe ser autónoma pues su servicio lo debe asumir bajo su propio costo y riesgo.

trabajo o de un proceso judicial en los que se aplique el principio de Primacía de la Realidad y se aplique supletoriamente las definiciones, requisitos e indicios antes señalados.

Por ello, consideramos que si bien el Reglamento acota su ámbito de aplicación exclusivamente a la tercerización de servicios con desplazamiento continuo cuando esta se produzca entre entidades privadas, los servicios de tercerización que desarrolla el Estado también deben cumplir, en cabeza de las empresas privadas que prestan el servicio, con las definiciones, los requisitos e indicios establecidos por las normas de la materia y, en ningún caso, deberán tratarse de simples provisiones de personal.

Finalmente, y en resumen, a los procesos de tercerización de servicios en el sector público deberán aplicarse, dependiendo del caso, las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado o las normas especiales según sea el caso, sin perjuicio, claro está, de la aplicación de los principios y normas del régimen laboral de la actividad privada respecto a los trabajadores de la empresa tercerizadora, incluyendo la aplicación supletoria de las definiciones, los requisitos y los indicios de la tercerización de servicios legalmente establecidos, los cuales permitirán apreciar si estamos ante empresas autónomas que prestan verdaderos servicios de tercerización.

CONCLUSIONES - RESPUESTAS

¿Están efectivamente excluidos los procesos de tercerización de servicios en el Estado del ámbito de aplicación del Reglamento?

Efectivamente, la tercerización de servicios en el sector público está excluida del ámbito de aplicación del Reglamento, sin embargo, dichos procesos deben suponer la existencia de empresas tercerizadoras autónomas y, bajo ningún supuesto, deben tratarse de simples provisión de personal.

Siendo ello así, ¿qué regulación les es aplicable a dichos procesos?

Sin perjuicio de la aplicación de las normas de contrataciones y adquisiciones con el Estado o de las normas especiales referidas en el presente informe, también son aplicables supletoriamente a los procesos de tercerización de servicios en el sector público, las definiciones, los requisitos y los indicios señalados en las recientes normas de tercerización, además de los principios y normas del régimen laboral de la actividad privada aplicable a los trabajadores de la empresa tercerizadora.

30.09.08

LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN LA NUEVA LEY DE TERCERIZACIÓN: Crítica a partir del principio tuitivo y del derecho a la información[1][2]

MANUEL GONZALO DE LAMA LAURA[3]

Después de tanto revuelo y espera, la norma que regula la tercerización laboral finalmente vio la luz hace menos de medio año mediante la Ley N° 29245, precisada a través del Decreto Legislativo 1038. Con este nuevo escenario legal realmente no sabemos si se cubre un vacío normativo o si se empeora la concepción de toda la dinámica del referido mecanismo en tanto muchas de las disposiciones brindadas oscilan entre lo confuso y lo deficiente.

Entre una de ellas, estimamos, se puede citar la miope previsión que encierra la responsabilidad solidaria de la empresa principal sobre los derechos y beneficios sociales de los trabajadores de la contratista o tercerizadora. En el mismo sentido consideramos que hubiera sido pertinente normar una disposición que permitiera a la empresa principal acceder a cierta información relevante en torno al cumplimiento o no de las obligaciones laborales de la contratista en tanto ello incidiría en forma determinante para establecer si aquella será o no responsable de tales cargas. Nuestra disertación entonces tendrá como eje de análisis los temas reseñados en el anterior párrafo. Para ello procuraremos argumentar nuestra posición a partir del Principio Tuitivo de la rama jurídica laboral, pauta basilar imprescindible para iniciar un tratamiento jurídico adecuado en situaciones especiales como la subcontratación

(1) Un agradecimiento especial a la gentileza y cordialidad inconmensurables del Dr. Elmer Arce Ortiz, sin cuyas observaciones y pláticas sobre el tema no se hubiera podido clarificar la senda a seguir en este trabajo.

(2) A quienes sin sus oraciones mi espíritu ya hubiera desfallecido: A Carmen Infante, Román Laura y Teresa Pavia.

(3) Abogado por la Universidad de Piura. Asistente legal de Dogma Laboral. Colaborador externo de Miranda & Amado Abogados.

laboral, y del derecho a la información entre los partícipes de este entramado jurídico, criterio que no puede ser soslayado debido a que su presencia en este resulta de vital importancia para prevenir la consecución de vicisitudes que descomponen esta herramienta contractual.

Previamente unas pequeñas notas introductorias con el objeto de dar ciertos alcances respecto de cómo la subcontratación laboral distorsiona en la dinámica tradicional de las relaciones laborales.

Nociones preliminares: La subcontratación laboral y el quiebre de la tradicional relación de trabajo.

Hace ya más de dos décadas el panorama jurídico en el cual se desarrollaban las relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, recibió una "bofetada" con la aparición de novedosas formas organizativas que poco a poco iban adoptando las empresas. Aquellas consistían en la aparición de entidades que habían logrado un nivel de especialización en determinada actividad económica que les permitía ofrecer sus servicios a las demás empresas que aún no contaban con tal peculiaridad y/o a las que contando con tal sección no tenían la suficiente capacidad organizativa para preocuparse íntegramente por ella.

En este nuevo contexto económico, las tradicionales formas organizativas de la actividad empresarial se han visto ciertamente alteradas debido a que, frente al predominante modelo centralizado de empresa, basado en el control directo por parte de la misma de la totalidad del ciclo productivo, han proliferado nuevas formas de organización empresarial caracterizadas por una mayor especialización de las distintas unidades productivas(4). La razón principal que motivó toda esta nueva tendencia económica no buscó sino pretender que la empresa que la adoptara destacara en un mercado cada vez más competitivo, para lo cual era necesario que se redujeran las dimensiones y la burocracia de la mencionada, medidas que, a su vez, ayudarían a que tales entidades tomaran decisiones ágiles y eficaces que, por ende, les permitirían no hacer de todo y, mas bien, concentrarse en pocas actividades a efectos de alcanzar flexibilidad y adaptabilidad al nuevo panorama del mercado(5).

Lo descrito resulta importantísimo para lograr entender el fenómeno de la subcontratación(6) en tanto una de sus manifestaciones, la tercerización, se configura como la herramienta mayormente utilizada por las empresas actuales para trasladar a un tercero la realización de ciertos ciclos productivos que normalmente venían desarrollando. La tercerización de servicios u outsourcing, por si se gustan los términos anglosajones, implica, en primer lugar, la identificación de una parte del proceso productivo de una empresa que se estima puede ser desempeñada de forma más eficiente por otra entidad, la cual es contratada para desarrollar

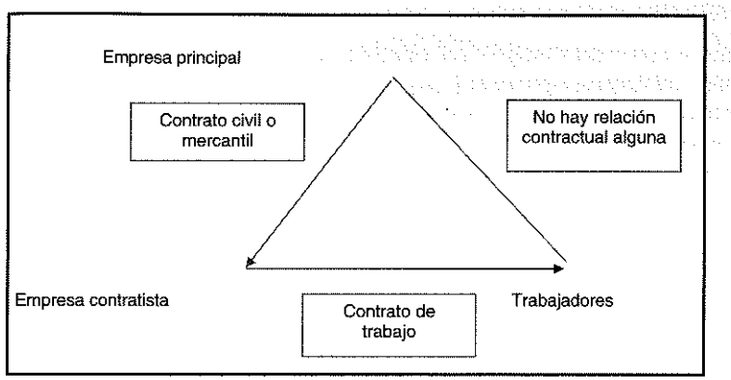
(4) *Vid.* SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO. "La Descentralización Productiva: ¿Una estrategia para la puesta en paréntesis de los Principios Tutelares del Derecho del Trabajo? En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez.* Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima.2004. Pág. 409

(5) *Vid.* ARCE ORTIZ, ELMER. "El outsourcing y sus efectos sobre la relación de trabajo". En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez.* Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima.2004.

(6) Según un sector de la doctrina, la expresión "subcontratación" comprende tanto a la intermediación laboral como a la tercerización u outsourcing. *Vid.* VILLAVICENCIO RÍOS, ALFREDO. "La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laborales: el caso de la intermediación" En: *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú.* OIT. Lima. 2000. Pág. 81 y ss.

esta porción del negocio. Se trata en buena cuenta de desvincular una sección productiva de una empresa para encargar su funcionamiento a otra entidad especializada con el fin de optimizar los resultados derivados de tal servicio. En palabras simples, el outsourcing implica realizar la actividad empresarial valiéndose de colaboradores externos e independientes a la empresa principal.

Este nuevo escenario económico no refleja sino la construcción de una nueva figura jurídica laboral que se compone a partir de tres partícipes o protagonistas, a saber: i) una empresa principal o usuaria que se desentiende de una porción de su ciclo productivo con el fin de encargársela a una entidad especializada o tercerista. ii) esta, la empresa tercerista, que, a través de la actividad de sus trabajadores, obtendrá un producto final que ofrecerá a la primera y iii) la presencia de los mencionados empleados de la empresa contratista. Se da entonces una suerte de relación jurídica de corte trilateral ya que en ellas la intervención de tres partes contractuales rompe con la tradicional relación laboral bilateral en la que solo se ven inmiscuidas el trabajador y el empleador sin más, provocando que los partícipes de la tercerización interactúen ya no en un circuito lineal sino triangular. Grafiquemos lo explicado.



Como podrá apreciarse, la única relación jurídica laboral se verifica entre la empresa contratista y sus empleados mientras que el vínculo que une a la entidad principal con la mencionada no pasa de ser uno de carácter civil o comercial. Por otra parte entre los trabajadores de la tercerista y la empresa principal no existe vínculo contractual alguno que permita una interacción directa entre ellos, no obstante, la actividad que puedan desarrollar aquellos incidirá de forma ciertamente categórica en la principal.

Todo este nuevo panorama jurídico-económico ha obligado a los estudiosos de la disciplina jurídica laboral a elucubrar e implementar las alternativas y propuestas legales que permitan dar un tratamiento jurídico adecuado a esta situación en tanto el carácter tuitivo o protector que compone la base de todo el Derecho del Trabajo obliga a buscar y/o preparar las reglas necesarias que impidan soslayar las vicisitudes laborales provocadas por esta arraigada y contemporánea apuesta económica. En efecto, ante la imposibilidad obvia de restringir el ejercicio de la libertad de empresa en su manifestación de la tercerización, el objetivo del Derecho Laboral, escribe SANGUINETI RAYMOND, no es impedir estas tendencias sino solo su empleo en clave puramente defraudatoria de las directrices proteccionistas del Derecho del Trabajo o degradatoria de las condiciones de prestación del trabajo: " Es decir,

de lo que se trata es de tender hacia la consecución de un equilibrio entre la flexibilidad que proporciona este tipo de técnicas y tutela de la posición de los trabajadores asalariados implicados en ellas"[7]

Justamente una de las formas que se han encontrado para evitar que esta flexibilización provoque consecuencias perjudiciales se manifiesta en la garantía de la responsabilidad solidaria la cual permitiría que la empresa principal pueda también responder ante los trabajadores de la contratista por los beneficios que esta última pueda adeudarles. Finalmente son los trabajadores los que, en atención al carácter tuitivo de nuestro ordenamiento jurídico laboral, deben tener ciertas garantías para que sus derechos no sean esquivados cuando se presente algún supuesto que implicaría su potencial efecto lesivo. No obstante, si bien nuestras recientes normas sobre tercerización han incluido entre su articulado la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las obligaciones de la contratista en favor de sus empleados, consideramos que ella no ha sido atendida de manera suficiente. Las razones de tal postura en los siguientes acápites.

II. LA SOLIDARIDAD EN LA NUEVA LEY DE TERCERIZACIÓN.

El artículo 1183° del Código Civil establece que la solidaridad no se presume y que esta solo puede establecerse a partir de la ley o del titulo de la obligación. Desarrollando tal precepto general, el nuevo marco regulatorio de la tercerización laboral se ha preocupado por recoger la institución de la solidaridad en el pago de los beneficios laborales de los trabajadores de la empresa contratista[8] a cargo de la empresa principal. En este sentido se desarrolla el artículo 9° de la Ley N° 29245: *"La empresa principal es solidariamente responsable por los beneficios laborales de origen legal y por las obligaciones de seguridad social de los trabajadores desplazados continuamente durante la duración del destaque. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación del desplazamiento del trabajador. La empresa contratista mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral en el caso de su propio personal."*

Sin perjuicio de lo anotado, el Decreto Legislativo N° 1038 precisó, que las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la tercerizadora, de las cuales se puede predicar la responsabilidad solidaria de la empresa principal, se reducen solo a las que prevea la ley y no a las que se deriven de fuente convencional o unilateral[9]. Entonces, de acuerdo a tal previsión, los derechos laborales de los empleados de la empresa contratista nacidos a raíz de la celebración de un convenio colectivo, de sus contratos de trabajo y/o de un acto unilateral de su empleador no ingresarían al ámbito de la responsabilidad solidaria y, por ende, el trabajador de la empresa tercerista, impago en sus derechos laborales derivados

(7) *Vid.* SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO. "La Descentralización Productiva: ¿Una estrategia para la puesta en paréntesis de los Principios Tutelares del Derecho del Trabajo? .....*Op cit.* Pág. 419.

(8) Debe precisarse que el marco normativo de la tercerización se dirige exclusivamente a regular los efectos del referido mecanismo contractual que implica el desplazamiento continuo de los trabajadores de la contratista a las instalaciones de la empresa principal de acuerdo a la precisión hecha en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1038.

(9) **Artículo 3.- Responsabilidad en la tercerización de servicios:** La solidaridad a que se refiere el artículo 9 de la Ley N° 29245 se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral.

de las fuentes referidas, no podría accionar contra la principal por el pago de los derechos mencionados.

La responsabilidad solidaria de la empresa principal por los derechos de los empleados de la tercerista es quizás, si no lo es, uno de los objetivos y móviles principales que propiciaron la dación de esta nueva regulación, sin embargo llama la atención que ella no se haya afianzado de manera completa. Si la finalidad de la norma era implementar un mecanismo legal, positivo y contundente que permitiera al trabajador tercerista no verse perjudicado con la ejecución de estos mecanismos contractuales ciertamente novedosos y revolucionadores, no entendemos porque la responsabilidad solidaria solo se destinó a proveerle un reducido ámbito cuando pudo haberlo hecho sin restricción alguna.

Es a partir de esta premisa que iniciaremos nuestra postura respecto de la, que estimamos, restringida solidaridad que las recientes normas de tercerización han venido a insertar en nuestro poco feliz ordenamiento jurídico.

III. LA TUITIVIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SU MANIFESTACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA SUBCONTRATACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.

La nota tuitiva o proteccionista que adopta nuestro ordenamiento jurídico se enraíza en la siguiente premisa: resulta sumamente necesario procurar atemperar una relación jurídica desigual, vertical, como lo es una de carácter laboral, en la cual se evidencia una situación de subordinación jurídica del trabajador a las directivas de su empleador. En palabras del reciente desaparecido maestro uruguayo, PLÁ RODRÍGUEZ, el Principio Protector se refiere al criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo, el cual responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador: *"(...) en el Derecho Laboral la preocupación central parece ser la de proteger a una de las partes-el trabajador- para lograr, mediante esta protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes"*[10]

El tinte tuitivo del Derecho del Trabajo, pese a no tener una consagración expresa en nuestro texto constitucional, se colige de articulados fundamentales como el 23° que en su penúltimo párrafo precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador, así también del 26° el cual realiza un listado de principios laborales que permiten también dilucidar este carácter; enunciados constitucionales, que de acuerdo al criterio del Tribunal Constitucional, se derivan directamente de la consagración que hace, nuestra Carta Fundamental, del Estado peruano como social y democrático de derecho[11]. Se entiende que es justamente el principio

(10) PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1990. Pág. 23.

(11) *Vid.* Fundamento jurídico 12.b) de la Sentencia de fecha 11 de julio de 2002 que resuelve el proceso de amparo interpuesto por el Sindicato único de Trabajadores y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra tal entidad (Expediente 1124-2001-AA/TC). Al respecto, NEVES MUJICA explica que tales expresiones constitucionales no hacen más que evidenciar la calidad suprema del trabajo en nuestro ordenamiento jurídico, lo que supone el punto de partida para el intérprete constitucional, cualquiera que sea este, cuando intente realizar un análisis del articulado laboral del texto constitucional, para concluir, finalmente que todas estas disposiciones tienen su generatriz en el carácter protector del Derecho Laboral a pesar que este no se encuentre expresamente consagrado en la Carta Política. *Vid.* NEVES MUJICA,

referido la generatriz de la solidaridad en la tercerización en tanto por medio de esta última se procura que no se soslayen los beneficios económicos de los trabajadores de la empresa tercerizadora, quienes, en virtud de la pauta referida, no pueden verse desprotegidos en caso de que ocurra el incumplimiento de sus créditos.

Recordemos que los únicos actores o protagonistas que, del entramado jurídico que supone la tercerización, prestan servicios remunerados, por cuenta ajena y bajo subordinación son los trabajadores de la empresa tercerista y es a ellos a quienes la pauta proteccionista debe dirigirse. Una forma en que se manifiesta esta tuitividad es con la adopción de la responsabilidad solidaria. Y es que en buena cuenta, como lo explican ROSENBAUM y CASTELLO, la solidaridad es una herramienta que sirve al Derecho Laboral para mejorar los niveles de tutela de los trabajadores ante procesos económicos cada vez más complejos, que los mismos no tienen forma de controlar o incidir y les provoca importantes problemas y dificultades en su empleo[12].

Normalmente, escribe TOYAMA MIYAGUSUKU, la solidaridad implica la extensión de una responsabilidad de pago o cumplimiento de obligaciones por parte de una persona que en principio no tiene dicha carga. Tal prolongación usualmente se verifica en supuestos de indefensión o desprotección de personas que en situaciones de desigualdad, pueden verse afectadas por el incumplimiento de la persona inicialmente obligada[13]. En efecto, la responsabilidad solidaria permite que los trabajadores de la contratista (personas situadas en una posición de desigualdad) puedan accionar también contra la empresa principal (entidad que en principio no tiene responsabilidad sobre los trabajadores anotados) a la que se vieron desplazados permanentemente pese a que esta última no es su empleadora sino la entidad tercerizadora o contratista (entidad inicialmente obligada).

Ahora bien entendemos que la protección al trabajador de la empresa tercerista se ve reafirmada en tanto la labor que puedan desarrollar los trabajadores de la empresa tercerista redundará, básicamente, en un beneficio para la usuaria o principal. Así lo expresa el profesor CRUZ VILLALÓN cuando explica que si bien se pide el auxilio de una empresa contratista, que bajo sus propios medios materiales y personales cumple con el servicio encargado, se puede también razonar en el sentido de que la entidad principal o contratante obtiene un beneficio, sea directo indirecto pero utilidad al fin y al cabo, de la labor prestada por el personal de la empresa colaboradora o contratista[14] [15].

Por otra parte estimamos que aunado a este beneficio de la empresa principal se verifica también una situación particular en el proceso de la tercerización laboral la cual implica la presencia de distintas empresas de distinto poder económico: una entidad principal a cuyo alrededor actúan una serie de empresas auxiliares cuyo soporte patrimonial en la mayor parte

JAVIER. *Introducción al Derecho del Trabajo.* Tercera edición. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2004. Pág. 51

(12) ROSENBAUM, JORGE Y CASTELLO, ALEJANDRO. *Régimen jurídico de la subcontratación e intermediación laboral.* Primera edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2007. Pág. 43

(13) *Vid.* TOYAMA MIYAGUSUKU, JORGE. "La nueva regulación de la Tercerización". En: Soluciones Laborales. Gaceta Jurídica. Lima. Julio 2008. Pág. 11

(14) *Vid.* CRUZ VILLALÓN, JESÚS. "Descentralización productiva y responsabilidad por contratas y subcontratas". En: *Relaciones Laborales*. Tomo I. La Ley-Actualidad. Madrid 1992. Pág. 118.

(15) Algunos ejemplos al respecto pueden verse en *Vid.* ARCE ORTIZ, ELMER. *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú.* Palestra Editores. Lima. 2006. Pág. 18 y 19.

de las ocasiones resulta endeble[16], ergo, cortos para saldar las acreencias de sus empleados. Entonces, conjugados tales argumentos, la tuitividad del Derecho Laboral habilita al sistema jurídico a perfilar las medidas pertinentes en pro de que los derechos de los trabajadores no queden desamparados ante la arremetida vertiginosa de la organización empresarial[17].

El nuevo marco legislativo de la tercerización en nuestro país, como ya se anotaba, preceptúa la responsabilidad solidaria lo cual resultaba ciertamente necesario en virtud al mandato del artículo 1183° del Código Civil, mas podría plantearse la inquietud de si tal previsión resulta suficientemente protectora o no en tanto las novísimas normas de la tercerización establecen que la responsabilidad de la principal solo se extenderá a saldar las obligaciones laborales y de seguridad de la contratista cuya fuente sea la heterónoma, es decir la legal. Con este desarrollo legislativo las cargas referidas de la colaboradora provenientes de un convenio colectivo, contrato de trabajo, o de alguna política unilateral de la contratista estarían desafectos de tal responsabilidad.

Esta previsión, en nuestra opinión, resulta incompleta en tanto entendemos que no solo la fuente heterónoma, léase ley, otorga derechos a los trabajadores, es decir, el empleado de la contratista puede tener derechos derivados de un convenio colectivo, de su contrato de trabajo o de alguna liberalidad proporcionada por su empleador, los cuales, según esta nueva disposición normativa, quedarían fuera del ámbito de la responsabilidad solidaria de la principal. Las reseñadas fuentes excluidas del ámbito de aplicación de este novedoso marco normativo proveen al trabajador de la contratista de ciertas expectativas legítimas que, estimamos, no pueden ser soslayadas groseramente por el legislador. Derechos que si bien es cierto no tienen un origen heterónomo manan de fuentes genuinas y propias del Derecho del Trabajo, las cuales, pese a tener una entidad inferior al legal, no pierden la facultad de proveer legítimamente de derechos a los trabajadores, inclusive mejorando los mínimos preceptuados en las normas.

Se le acusa a la previsión que regula la solidaridad de la empresa principal de no respetar la calidad de empleadores autónomos de las entidades intervinientes en este entramado jurídico, pero no se cae en cuenta que este fenómeno no solo tiene incidencias de corte económico sino también repercusiones sociales que no pueden ser esquivadas[18]. Preocupación que se agudiza si se disminuyen los intereses legítimos que el trabajador de la contratista pueda haber alcanzado, por ejemplo, a través de una pacción colectiva o individual, fuentes tan legítimas, como la heterónoma e inclusive más genuinas y propiamente laborales que la misma ley. Recordemos que hemos dilucidado que la razón de ser de la solidaridad en la tercerización laboral encuentra uno de sus fundamentos en la incidencia directa que tiene la labor prestada por los trabajadores de la tercerista sobre el beneficio patrimonial de la principal. En este orden de ideas puede entenderse que no solo los conceptos entregados

(16) *Vid.* ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre...Op cit.* Pág. 20

(17) Reconocer constitucionalmente la libertad de empresa significa atender a un acentuado tinte social por la misma connotación que peculiariza el modelo económico adoptado por nuestra Constitución; bajo estas directrices, expone MARTÍNEZ VAL,"(...) *parece innegable que en el fondo estructural y económico de la empresa se introducen, por vía jurídica del más alto rango, unos elementos morales, de orientación hacia la justicia social; erradicando un posible concepto solo o principalmente liberal o privatista".* MARTÍNEZ VAL, JOSEMARÍA. "El contenido esencial de la libertad de empresa". En: *Revista Jurídica de Cataluña.* Número 3. Barcelona. Julio-Septiembre 1982. Pág. 247

(18) *Ibídem.*

por el empleador a sus trabajadores en virtud de un mandato legal retribuyen e incentivan los servicios brindados por estos, es decir, también los beneficios y remuneraciones nacidos de fuentes puramente autónomas remuneran y contribuyen a mejorar el ánimo laboral de los trabajadores de la tercerizadora, el cual, finalmente desembocará en un beneficio de la empresa principal.

Resultaría entendible que el legislador acorte la solidaridad de la empresa principal para supuestos como aquellos en los que las obligaciones laborales tengan su origen en actos u omisiones ilícitas e imputables únicamente a la empresa tercerista y que nada tienen que ver con la ventaja patrimonial que pueda conseguir la entidad principal o cuando existan negociaciones dadas entre las partes que tengan una marcada intención fraudulenta[19]. Pero prever que todos los, inclusive, legítimos intereses de los trabajadores de la tercerizadora que no tienen un origen legal quedan fuera del ámbito de la solidaridad resulta, en nuestra opinión, injusto. Preceptos normativos como el que es objeto de comentario en este trabajo causan cierta preocupación cuando tenemos, por ejemplo, que un trabajador de la tercerista, cuyo despido arbitrario tiene que ser indemnizado única y exclusivamente por su empleador, puede ser también reparado por la empresa principal en tanto esta es una obligación laboral prevista legalmente. Causa el mismo desconcierto cuando, por iniciativa propia de la misma empresa principal, derechos nacidos de un pacto entre la tercerista y el sindicato de sus trabajadores (ciertos bonos de productividad por poner un caso) para ser entregados mientras dure el desplazamiento con el objeto de recompensar la eficiencia de los empleados que confluirá, finalmente, en beneficio de la empresa principal y que ella misma reconoce, no pueden ser requeridos a esta última porque tuvieron su origen en una negociación colectiva. Así de sarcástico puede llegar a ser nuestro ordenamiento jurídico.

No queremos dejar de anotar tampoco que no entendemos porque no se ha incluido dentro de los conceptos posibles de requerimiento a la empresa principal los aportes brindados a los sistemas previsionales. He aquí otra manifestación de la que hemos denominado miope previsión de la responsabilidad solidaria de la mencionada entidad. Resta decir al respecto que somos de la opinión que aquella argumentación relativa a que la empresa principal no tiene cómo saber cuales son las obligaciones laborales de la tercerista provenientes de otras fuentes distintas a la legal resulta poco convincente. El porque de nuestra consideración en las siguientes líneas.

IV. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LOS PROCESOS DE SUBCONTRATACIÓN

Las recientes normas que regulan la tercerización poco o nada establecen sobre el intercambio de información y relaciones de coordinación entre las entidades que forman

(19) Circunstancias en las que se pueden verificar lo descrito se dan por ejemplo cuando la contratista despide arbitrariamente a uno de sus trabajadores el cual podría accionar contra la empresa principal con el fin de que esta le abone la indemnización correspondiente cuando tal acto *per se* ilícito resulta claramente imputable única y exclusivamente a su empleador, la empresa tercerizadora. Por otra parte tenemos que tampoco resultaría lógico exigir a la empresa principal cancele beneficios económicos exorbitantes pactados entre la tercerista y sus empleados cuando resulta claro que estas cantidades han sido pactadas fraudulentamente y con la eventual intención de la contratista de eludir su pago. Así lo expresa ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre...Op cit.* Pág. 73 y 74.

parte de la tercerización y mas bien se dedican exclusivamente a determinar el derecho a la información de los trabajadores de la tercerista y de los empleados de la principal. Ante tal situación creemos que hubiera sido pertinente también desarrollar cierto desarrollo sobre las relaciones de intercambio y facilitación de información entre las empresas clientes y las tercerizadoras y con mayor razón aún si se está preceptuando la responsabilidad solidaria de la empresa principal.

Los derechos de información tienen tal importancia en las relaciones jurídicas de la subcontratación laboral que su consideración otorga transparencia a las relaciones laborales evitándose de esta forma los usos fraudulentos de esta figura jurídica y consecuentes riesgos y perjuicios para los trabajadores[20]. En este orden de ideas se puede precisar que adoptada normativamente la responsabilidad solidaria de las empresas principales por las obligaciones laborales impagas de la tercerista, el derecho de información resulta sumamente importante e imperativo pues forma parte de tal responsabilidad que las empresas principales estén atentas y alertas respecto al cumplimiento de las cargas laborales y de seguridad social de sus contratistas[21] en tanto su inobservancia resultaría eventualmente perjudicial para aquellas.

Y es que resulta lógico y justo que la empresa principal tenga la facilidad y la oportunidad de informarse si las obligaciones laborales y de seguridad social de sus colaboradoras están siendo saldadas. Ello coadyuvaría a que el funcionamiento de todo este circuito jurídico sea, no solo lícito, sino también lo suficientemente serio. De esta manera también se podría conocer que no solo los créditos laborales de corte heterónomo han sido saldados sino también la existencia de derechos laborales nacidos de las negociaciones individuales o colectivas o dispuestas por la misma contratista y si ellos han sido oportunamente cancelados. Y es que, entendemos, el derecho a la información permitiría perfectamente a la empresa principal saber sobre que intereses legítimos, de fuente distinta a la heterónoma, los empleados de la contratista tienen basadas otras, igualmente, legítimas expectativas.

De acuerdo a lo expuesto tenemos que el derecho a la información no solo podría dirigirse a proveer a la entidad principal del oportuno conocimiento de la cancelación de los débitos laborales y de seguridad social de carácter legal de su contratista en tanto la suma utilidad y las facilidades que otorga podrían también ayudar a que la entidad principal conozca de las obligaciones derivadas de fuentes autónomas a las que sus contratistas se encuentran vinculadas. Desarrollada esta lógica consideramos que no cabría mayor excusa para que la empresa principal desconozca de las cargas laborales tanto heterónomas como autónomas, de sus empresas colaboradoras, así como de la satisfacción de su pago. En este sentido, la responsabilidad solidaria de la principal no tendría porque verse reducida solo a los adeudados laborales heterónomos de las terceristas si cabe la posibilidad de que aquella conozca de los montos que deben estas a partir de fuentes autónomas.

Para terminar con este tema, queremos precisar que, en nuestra consideración, el derecho a la información "va de la mano" con la premisa de la responsabilidad solidaria en las figuras jurídicas que implican una subcontratación laboral y por tanto su adecuada comprensión, a la que procuramos acercarnos con estas líneas, resultaría sumamente importante

(20) Vid. MONTOYA MENA, David. *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. Pág. 447

(21) Una opinión similar en: PUNTRIANO ROSAS, César. "Tercerización de servicios. Análisis de la anterior y actual legislación". En: *Actualidad Jurídica*. N° 175. Gaceta Jurídica. Lima. Junio 2008. Pág. 27

para lograr, o al menos estar en camino de ello, no solo una correcta regulación sobre este tópico tan complejo sino también la consecución de mecanismos de tercerización laboral lo suficientemente serios y comprometidos con la parte jurídica que, usualmente resulta más perjudicada con tales prácticas: los trabajadores de la tercerizadora.

V. PALABRAS FINALES

Queremos finiquitar estas líneas reafirmando dos ideas en particular. La primera de ellas se refiere a dejar advertido que la nueva regulación normativa que trata el tema de la tercerización, como sucede en muchos casos, no parece resultar muy feliz; entre las causas de ello, los preceptos concernientes a la miope responsabilidad solidaria de la empresa principal y la escasa mención al derecho a la información entre las entidades intervinientes en la tercerización laboral.

La segunda se concentra en perfilar una posición que permita una reflexión sobre la regulación de este mecanismo contractual de gran trascendencia y actualidad y que eventualmente puede poner en riesgo la integridad de algunos intereses legítimos de los protagonistas que representan la parte subordinada en este entramado jurídico: los trabajadores de las empresas tercerizadoras.

LA TERCERIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS

FRANK ESPINOZA LAUREANO[1]

Con la expedición de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, del Decreto Legislativo N° 1038 y del Reglamento de ambas normas (aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR), ha surgido la duda de cuál es la regulación que les resulta aplicable a los supuestos de tercerización de las actividades complementarias.

Siguiendo una interpretación literal de las normas en mención (sobretodo de las definiciones que se incluyen en las mismas[2]), así como de la Ley de Intermediación

(1) Abogado por la PUCP

(2) Artículo 2° de la Ley N° 29245:
"**Artículo 2.- Definición**
Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.
Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.
La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores."
Artículo 1° del Reglamento de la Ley N° 29245, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR:
"**Artículo 1°.- Definiciones**
Para los efectos de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:
[...]
Tercerización.- Es 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."

Laboral (Ley N° 27626) y de su Reglamento, la respuesta parecería ser que no existe dicha regulación. Sin embargo, un análisis de *ratio legis* y sistemático de la normatividad laboral nos lleva a una conclusión distinta.

En la presente ponencia, expondremos cuáles son las razones que nos hacen optar por esta segunda línea interpretativa. Para ello, hemos considerado pertinente revisar los alcances tanto doctrinarios como legislativos de las distintas modalidades de prestaciones de servicios a través de terceros que se encuentran previstas en la normatividad peruana (esto es, la provisión de trabajadores, la tercerización y la intermediación laboral).

I. PROVISIÓN DE TRABAJADORES

Se produce una provisión o cesión de trabajadores, cuando un sujeto (denominado cedente) transfiere trabajadores subordinados a otro (denominado cesionario), con la única finalidad de cubrir puestos de trabajo que se encuentran dentro del ámbito organizativo de este último. Por considerar que necesariamente debe existir una correspondencia entre el sujeto que contrata en calidad de empleador y el titular de los poderes que emanan de dicho título, diversas legislaciones extranjeras han establecido la prohibición de la cesión de trabajadores. Como señala Valdés Dal-Ré, "la ruptura de esta regla o, lo que es igual, el desplazamiento o transferencia a sujeto distinto de quien concierta la relación laboral de las posiciones jurídicas de empresario ha quedado fuera del tráfico jurídico; hace ya tiempo que fue calificada como conjunto de maquinaciones o engaños jurídicos enderezados a defraudar los derechos de los trabajadores frente al que las legislaciones eurocontinentales supieron reaccionar de forma contundente: deshaciendo el mecanismo interpositorio y restaurando el efecto jurídico derivado de la bilateralidad del vínculo contractual"[3].

Las restricciones que se imponen a las provisiones de personal se deben a que estas prácticas favorecen únicamente a los empresarios intervinientes, pero no a los trabajadores. El cesionario obtiene un doble beneficio, ya que deja de ser considerado como el empleador formal de los trabajadores (lo cual le significa una reducción en sus costos laborales), mientras que en la práctica sigue actuando como el empleador real de los mismos (lo cual le permite mantenerlos bajo su subordinación real). Por su parte, el cedente obtiene sus ganancias de la diferencia entre lo que le paga a los trabajadores y lo que percibe del cesionario, limitándose a actuar como un simple testaferro de este.

Incluso, se puede presentar el caso en el que el cedente ni siquiera tenga una existencia real, tratándose tan solo de una persona jurídica ficticia. Estos "contratistas fantasmas" se limitan a operar a la luz durante un tiempo para luego desaparecer, dejando en la más completa desprotección a los trabajadores (quienes tampoco pueden exigir el pago de sus créditos laborales a los empresarios clientes, ya que nunca llegaron a formar parte de sus planillas).

Con la finalidad de evitar este tipo de situaciones, el Derecho del Trabajo considera como inválidos los mecanismos interpositorios y dispone que los trabajadores cedidos sean incorporados dentro de la planilla del cesionario. No obstante, un importante número de

(3) **VALDÉS DAL-RÉ, Fernando.** "La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo". p. 23 - 45. En: **AA.VV.** La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar. Director: Abdón Pedrajas Moreno. Valladolid: Lex Nova, 2002. p. 35 - 36.

países reconoce a la actividad económica que desarrollan las Empresas de Servicios Temporales (EST) como un supuesto lícito de provisión de trabajadores. La razón de ello, se debe probablemente a la implementación de políticas de empleo o a la proliferación de las EST en la realidad, lo cual hizo inevitable su regulación.

Una característica importante de la provisión lícita de personal, es que durante el destaque de los trabajadores se produce el reparto de los poderes del empleador entre el empresario usuario (quien ejerce los poderes de dirección y control) y el empresario de servicios temporales (quien mantiene el poder de sanción).

En este punto, podemos mencionar que el Derecho Comparado contempla únicamente dos tipos lícitos de prestaciones de servicios con la intervención de terceros: la tercerización y la provisión lícita de trabajadores a través de EST. De ellas, la tercerización presenta un ámbito mayor, no solo porque encuentra su fundamento en la libertad de empresa, sino porque no le resultan aplicables las restricciones que sí operan en el caso de la segunda (en términos de porcentajes máximos y de vinculación a supuestos específicos de temporalidad[4]).

II. TERCERIZACIÓN

La tercerización tiene lugar, cuando un sujeto (empresario principal) encarga el desarrollo de alguna de sus actividades empresariales a un agente que es externo a su organización (contratista). Las siguientes precisiones doctrinarias pueden ser tenidas en cuenta como elementos complementarios de esta definición[5]:

1. Posiciones del empresario principal y del contratista

La posición del empresario principal no resulta exclusiva de las organizaciones privadas lucrativas (empresas), sino que también puede ser ocupada por otro tipo de organizaciones como las instituciones no lucrativas (asociaciones, fundaciones, etc.), las entidades públicas, o, incluso, por entes sin personalidad jurídica (como los grupos de empresa, por ejemplo). Algo similar se puede decir respecto del otro extremo de la relación. En ese sentido, Ramírez Martínez y Sala Franco[6] sostienen que "resulta irrelevante la naturaleza jurídica del empresario contratista, pudiendo ser este una persona física, una sociedad de capital, una sociedad cooperativa, una sociedad anónima laboral, una unión temporal de empresas, una agrupación de empresas de interés económico o una fundación".

(4) En estos aspectos, nuestra legislación sigue la tendencia general, puesto que la intermediación laboral de servicios temporales solo puede abarcar hasta el 20% del total de los puestos de trabajo de la empresa usuaria, estando su ámbito limitado, además, a los supuestos de ocasionalidad y suplencia.

(5) A nuestro modo de ver, estos serían los verdaderos elementos característicos de la definición de tercerización y no los que se mencionan en el segundo párrafo del artículo 2° de la Ley N° 29245, los cuales han sido reconducidos acertadamente a la calidad de simples indicios de la licitud de la externalización por parte del Decreto Supremo N° 006-2008-TR (debiendo ser evaluadas sus características en cada caso concreto). Es que cuando un empresario principal procede a tercerizar una de sus actividades empresariales no lo hace porque encuentre un contratista que presente una pluralidad de clientes, sino más bien porque dicho empresario le brinda un valor agregado a su organización.

(6) **RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M. y Tomás SALA FRANCO.** "Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores". p. 110 - 131. En: **AA.VV.** Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 117 - 118.

2. Trabajo subordinado o trabajo autónomo

La posición del contratista puede recaer en un sujeto que cuente con trabajadores subordinados (en calidad de empleador), o en uno que realice por sí mismo las labores encomendadas (en calidad de trabajador autónomo). Dicho en otras palabras, la tercerización puede ser llevada a cabo, en última instancia, a través de trabajo subordinado o de trabajo autónomo.

3. Contratos de prestación de servicios

La tercerización puede ser implementada a través de una amplia gama de contratos de prestación de servicios de tipo civil (obra, locación de servicios, etc.), mercantil (engineering, marketing, etc.) o administrativo (obra pública, concesión de servicio público, etc.). Estos contratos se caracterizan porque tienen por objeto una obligación de hacer (sea esta de actividad o de resultado). Así, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la tercerización, los contratos que tienen un objeto distinto al de las prestaciones de hacer (como las prestaciones de dar, que se presentan en los contratos de compra-venta o suministro).

4. Valor agregado

En el caso de la tercerización que recurre al trabajo subordinado, es necesario que el contratista aporte algún tipo de valor agregado que sirva para diferenciar la operación de una simple provisión de trabajadores. Al respecto, Pedrajas Moreno[7] recomienda que se pregunte "qué es lo que, en realidad, aporta la empresa contratista a la empresa principal a través de la contrata. Si la respuesta es que, además de trabajadores aporta algo más, como pueden ser medios materiales, organización, etcétera, la existencia de una contrata real (al margen de posibles desviaciones) prevalecerá; pero si la respuesta es que la contratista no aporta nada más que trabajadores, estaremos ante un supuesto que, en general, será calificable como cesión ilegal".

Como ya hemos dicho, el Derecho Comparado contempla únicamente dos tipos lícitos de prestaciones de servicios con la intervención de terceros (en las que interviene el trabajo subordinado): tercerización (cuando existe aporte de valor agregado) y provisión lícita de trabajadores –a través de EST– (cuando no existe aporte de valor agregado). No se ha considerado la existencia de una figura intermedia entre ambas, dado que, o se aporta o no se aporta valor agregado.

5. Actividades empresariales

Una actividad empresarial viene a ser cualquier labor o tarea que resulta necesaria para alcanzar el objeto de una organización (empresa), la cual se encontraría a cargo del personal de la misma, en caso que no fuera tercerizada. En el Derecho Comparado, se reconoce la existencia de solo dos tipos de actividades empresariales: las actividades principales y las actividades complementarias (las actividades de alta especialización constituyen otra de las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico[8]).

(7) **PEDRAJAS MORENO, Abdón.** "La cesión ilegal de trabajadores" p. 219 - 241. En: **AA.VV.** La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar. Op. cit. p. 231 - 232.

(8) Si bien el legislador nacional las ha considerado como una categoría diferenciada, nos inclinamos a pensar que las actividades de alta especialización constituyen en realidad un supuesto específico de actividades complementarias. De modo que entre aquellas y estas existiría una relación de especie a género. Estimamos

6. Actividades principales

Son las actividades empresariales cuya tercerización implica el aporte de un valor agregado de notoria entidad, por parte del contratista. A su vez, las actividades principales pueden ser de dos tipos: actividades productivas y actividades extraproductivas.

6.1. Actividades productivas.

También conocidas como actividades del ciclo productivo, son las que se encuentran directamente vinculadas con el objeto de la organización. Por ejemplo, en una fábrica textil, el corte de la tela vendría a ser una actividad productiva.

6.2. Actividades extraproductivas.

Son las actividades cuya relación con el objeto de la organización es más bien indirecta, pero que se encuentran dentro de un nivel jerárquico superior al de las actividades complementarias. En el ejemplo de la fábrica textil, el área de contabilidad constituiría una actividad extraproductiva. Cabe anotar, que con la modificación del artículo 1° del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral (por parte del Decreto Supremo N° 008-2007-TR[9]), ha quedado claramente establecido que las actividades de organización (como la contabilidad, por ejemplo), administración y comercialización, forman parte de la actividad principal de la empresa usuaria.

6.3. Actividades complementarias

Vienen a ser las actividades empresariales en las que el aporte del valor agregado resulta mínimo. Tradicionalmente, se ha considerado como ejemplos de actividades complementarias a las labores de vigilancia y limpieza. En el Derecho Comparado, se acepta mayoritariamente que el encargo de actividades complementarias constituye un supuesto de tercerización. En ese sentido, la legislación nacional puede ser considerada como un caso *sui generis*, dado que establece una regulación especial para ese supuesto específico de tercerización, denominándolo "intermediación de servicios complementarios".

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la tercerización de servicios complementarios constituye un supuesto próximo a la provisión de trabajadores, ya que descansa casi

que el carácter auxiliar a la actividad principal que caracteriza a las actividades de alta especialización, denota su vocación de complementariedad. Asimismo, consideramos que los ejemplos que se indican en el Reglamento de la Ley N° 27626 (mantenimiento y saneamiento especializados) corresponderían a actividades complementarias, si es que no se hubiese agregado la referencia a la "especialización". También resulta relevante el hecho de que la regulación anterior a la Ley N° 27626 (artículo 104° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR), calificaba expresamente a las actividades de carácter especializado como un tipo de actividades complementarias.

(9) Artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Reglamento de la Ley N° 27626, de acuerdo a la modificación introducida por el Decreto Supremo N° 008-2007-TR:
"Artículo 1°.- De las definiciones
Actividad principal: Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa."

exclusivamente en el aporte de mano de obra. La escasez del valor agregado se refleja en el hecho de que los contratistas de servicios complementarios no necesitan de inmuebles de importancia para poder operar (puesto que la mayoría de sus trabajadores son destacados a los centros de trabajo de los clientes), no llegando a aportar tampoco a sus trabajadores herramientas de verdadera entidad económica (prácticamente lo único que les proporcionan son uniformes e implementos de limpieza)[10]. Por ello, Valdés Dal-Ré[11] y Cruz Villalón[12] señalan que las actividades complementarias muchas veces terminan siendo encomendadas a empresas que se encuentran descapitalizadas. De modo que los trabajadores de estos contratistas se vuelven especialmente vulnerables ante los eventuales incumplimientos de sus empleadores. esta podría ser la razón por la que el legislador nacional decidió regular dicho supuesto de tercerización en primer lugar.

7. Libertad de empresa

Para un amplio sector de la doctrina laboralista, el fundamento de la tercerización se encuentra en la libertad de empresa (específicamente, la vertiente de este derecho que comprende la libertad para establecer la organización de la actividad productiva)[13]. En virtud de esta libertad, indica Martín Valverde[14], el empresario tiene "la posibilidad de elegir entre la realización directa con trabajadores en régimen laboral de una concreta actividad empresarial o bien preferir un sistema de contratación civil o mercantil con terceros [para] la realización de parcelas de dicha actividad".

Cabe anotar, que el derecho a la libertad de empresa se encuentra consagrado en el artículo 59° de la Constitución Política del Perú. Con respecto a la posible confusión que pudiese surgir entre la actividad que realizan las EST y la que corresponde a las empresas contratistas, Racciatti[15] señala que si bien "el trabajador temporal es formalmente exterior a la empresa, no cumple una actividad externalizada; la actividad es propia de la empresa usuaria (aunque sea excepcional, o responda a necesidades extraordinarias, o sea una "actividad-medio"), y permanece en la órbita de la empresa. La ETT [Empresa de Trabajo Temporal] no desarrolla dicha actividad; solo pone a disposición de la empresa usuaria los

(10) **CRUZ VILLALÓN, Jesús.** "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales". p. 7 - 32. En: Revista de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. N° 13 (ene. - mar. 1994). p. 27.

(11) **VALDÉS DAL-RÉ, Fernando.** "La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo". p. 23 - 45. En: **AA.VV.** La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar. Op. cit. p. 37.

(12) **CRUZ VILLALÓN, Jesús.** "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales". Op. cit. Loc. cit.

(13) **MARTÍN VALVERDE, Antonio y otros.** Derecho del Trabajo. 5ta. ed. Madrid: Tecnos, 1996. p. 239; **RIVERO LAMAS, Juan.** "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo". Ponencia General del X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. Sociedad Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ejemplar policopiado). p. 6; y **LÓRIGA.** La disciplina giuridica del lavoro in appalto. Milán, 1965. p. 151, citado por: **RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel.** "La regulación protectora del trabajo en contratas". p. 5 - 66. En: Revista de Política Social. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. N° 93 (ene. - mar. 1972). p. 37.

(14) **MARTÍN VALVERDE, Antonio.** "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios", citado por: **CRUZ VILLALÓN, Jesús.** "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales". Op. cit. p. 23.

(15) **RACCIATTI, Octavio Carlos.** ""Tercerización": exteriorización del empleo y descentralización productiva". p. 135 - 204. En: Derecho Laboral. Montevideo. T. XL. N° 185 (ene. - mar. 1997). p. 176.

trabajadores temporales que esta le requiere, respondiendo a necesidades de especialización, inmediatez y exigencias de coyuntura".

En la misma línea, Del Rey Guanter y Gala Durán opinan que el recurso a las EST "no constituye un fenómeno de descentralización productiva, por cuanto la decisión empresarial en este ámbito no consiste en externalizar, temporal o permanentemente, una determinada parte de su actividad productiva, sino, simplemente, en recurrir a una determinada forma de gestionar el personal a su servicio, optando por una gestión indirecta, prevista y regulada por la Ley"[16].

Concordamos con estos autores, en que la tercerización y la provisión lícita de trabajadores constituyen dos figuras distintas, ya que el empresario de servicios temporales no se compromete a realizar una actividad empresarial por encargo del empresario usuario, sino que únicamente se limita a cubrir puestos de trabajo correspondientes a la organización de este, a través de la transferencia de sus propios trabajadores. Precisamente por este motivo, es que tampoco se puede afirmar que el empresario de servicios temporales llegue a aportar algún tipo de valor agregado a la organización del empresario usuario.

III. INTERMEDIACIÓN LABORAL

No hemos encontrado en el Derecho Comparado una definición unívoca de lo que se debe entender por intermediación laboral[17]. Algunas veces, la doctrina extranjera considera a la intermediación como un sinónimo de colocación laboral (agencias de empleo)[18]. En otros casos, en cambio, a expresión "intermediación laboral" es utilizada como una denominación genérica que comprende tanto a la colocación laboral como a la provisión lícita de trabajadores (EST)[19]. El legislador nacional ha optado por designar como "intermediación laboral" a la actividad que es llevada a cabo por parte de las empresas y entidades que se

(16) **DEL REY GUANTER, Salvador y Carolina GALA DURÁN.** "Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia". p. 445 - 518. En: Relaciones Laborales. Madrid. La Ley - Actualidad. 2000. T. I. p. 516. Para Serrano Argüello, la cesión de trabajadores puede ser apreciada como una exteriorización de los vínculos contractuales de la relación laboral, "pero sigue siendo en el interior de la citada empresa –EU– [Empresa Usuaria] donde se va a realizar la prestación de trabajo y en su seno es ejercido el poder de dirección (aunque no se ubique el sancionador)". **SERRANO ARGÜELLO, Noemí.** "Límites a la gestión externa de mano de obra y medidas de protección al empleo". p. 570 - 592. En: Relaciones Laborales. Madrid. La Ley - Actualidad. 1999. T. II. p. 573 - 574.

(17) El número de legislaciones nacionales en las que se incluyen menciones a la intermediación laboral, es bastante reducido. El caso más emblemático, aparte de la normatividad peruana, es el del reciente Decreto Ejecutivo N° 2166 del Ecuador, en el que se utiliza la expresión "intermediación laboral" como sinónimo de tercerización. También se pueden encontrar alusiones a los "intermediarios" en la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela (artículos 54° y 55°), y en la Ley Federal de Trabajo de México (artículo 12° y ss.).

(18) **VALDÉS DAL-RÉ, Fernando.** "Intermediación laboral: apuntes críticos de una reforma socialmente invisible y normativamente provisional". p. 57 - 69. En: Relaciones Laborales. Madrid. La Ley - Actualidad. 2006. T. II; **DEL REY GUANTER, Salvador y José Luis LÁZARO SÁNCHEZ.** "La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 O.I.T.: Iniciativa privada y nuevas tecnologías". p. 695 - 725. En: Relaciones Laborales. Madrid. La Ley - Actualidad. 2000. T. I. p. 710 - 711.

(19) **BRONSTEIN, Arturo S.** "La intermediación laboral en las normas de la O.I.T.". p. 11 - 26. En: Revista de Trabajo. Lima. Ministerio de Trabajo y Promoción Social. Año II. N° 6 (feb. 1998). p. 13 - 14; **NEVES MUJICA, Javier.** "Intermediación laboral: agencias de colocación y empresas de servicios". p. 153 - 157. En: Derecho & Sociedad. Lima. Año VII. N° 11 (ene. - jun. 1996). p. 153.

encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley N° 27626 (Ley de Intermediación Laboral) y de su Reglamento (el Decreto Supremo N° 003-2002-TR).

Considerando los alcances de estas normas, opinamos que la intermediación laboral, más que una única modalidad de prestación de servicios a través de terceros, constituye un conjunto de las siguientes figuras:

1. Tercerización mediante trabajo subordinado (cuando se lleva a cabo a través de las Empresas de Servicios Complementarios y de las Empresas de Servicios Especializados).
2. Tercerización mediante trabajo autónomo (cuando la posición del contratista es ocupada por una Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo[20]).
3. Provisión lícita de trabajadores (Empresas de Servicios Temporales).
4. Prestaciones de servicios que no califican como provisión[21] ni como tercerización (Cooperativas de Trabajo Temporal).

No obstante, el panorama se complica aún más, si se tiene en cuenta que el artículo 2° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Reglamento de la Ley N° 27626 (modificado por el Decreto Supremo N° 006-2003-TR) establece lo siguiente:

> *"**Artículo 2°.- Objeto social de las entidades de intermediación.***
>
> *Las entidades tienen como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral.*
>
> *Las empresas de servicios temporales, complementarios y especializados pueden desarrollar simultáneamente las actividades de intermediación previstas en la Ley, siempre que ello conste así en su Estatuto y Registro.*
>
> *Las cooperativas de trabajo temporal solo pueden intermediar para supuestos de temporalidad y las cooperativas de trabajo y fomento del empleo, para actividades complementarias y de alta especialización. [...]"*

(20) Recuérdese que los socios trabajadores son una categoría de trabajadores autónomos, a quienes se les extiende el acceso a los derechos del régimen laboral de la actividad privada, por expreso mandato de la ley. Como señala Monereo Pérez, en las cooperativas de trabajadores, son los propios socios trabajadores quienes constituyen y gestionan el capital, impidiendo la apropiación por un tercero de los resultados de su trabajo en cooperación. **MONEREO PÉREZ, José Luis.** Definición de cooperativa. p. 172 - 173. En: **AA.VV.** Diccionario jurídico laboral. Coordinadores: Antonio Ojeda Avilés y Juan Gorelli Hernández. Granada: Comares, 1999. p. 172. En consecuencia, se puede concordar con Daly Guevara, cuando sostiene que "la Cooperativa es una ficción jurídica, pero que en sustancia, son los mismos trabajadores. Luego aquí no se encuentra una tercera persona que [...] se aprovecha del trabajo ajeno. No hay patrono". **DALY GUEVARA, Jaime.** Derecho Cooperativo. Caracas: Ediciones Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1967. p. 65 citado por: **MORALES ACOSTA, Alonso.** "Las cooperativas de servicios: trabajo colectivo sin intermediación laboral". p. 15 - 18. En: Asesoría Laboral. Lima. Año II. N° 22 (nov. 1992). p. 15.

(21) Martínez Garrido hace mención al principio de que "nadie se cede a sí mismo". **MARTÍNEZ GARRIDO, Luis Ramón.** "Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado". p. 229 - 239. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N° 38 (2002). p. 238.

Así, por ejemplo, una EST podría llevar a cabo la intermediación de servicios complementarios o altamente especializados, con solo dejar constancia de ello en su Estatuto y en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que Realizan Actividades de Intermediación Laboral (RENEEIL).

IV. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN LABORAL

Como dijimos en la parte introductoria de la presente ponencia, un análisis literal de la Ley N° 29245, del Decreto Legislativo N° 1038 y del Decreto Supremo N° 006-2008-TR nos lleva a suponer que en la actualidad no existiría una regulación laboral aplicable a la tercerización de las actividades complementarias.

Sin embargo, la forma en la que se encuentra positivizada la intermediación de servicios complementarios, nos da sustento para reforzar la teoría que ya habíamos deslizado con anterioridad, según la cual esta figura constituiría realmente un supuesto de tercerización[22]. En efecto, el artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Reglamento de la Ley N° 27626, establece lo siguiente:

> *"**Artículo 1.- De las definiciones***
>
> *[...]*
>
> ***Intermediación de servicios complementarios o altamente especializados.**- Consiste en prestar servicios complementarios o especializados por una persona jurídica, que destaca a su personal a una empresa usuaria, para desarrollar labores complementarias o altamente especializadas, en las que esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado."*

De modo que las empresas usuarias no podrán ejercer los poderes del empleador sobre los trabajadores que les sean destacados en el marco de una intermediación de servicios complementarios. El literal b) del numeral 5.3 de la Directiva Nacional N° 004-2007-MTPE/3/11.2 que regula el "Procedimiento para la inscripción en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de Intermediación Laboral - RENEEIL" (aprobada por la Resolución Ministerial N° 206-2007-TR), es más claro al respecto:

> *"**5.3 Parámetros que deben tenerse en cuenta, a fin de calificar adecuadamente las actividades que pueden ser objeto de intermediación laboral.** [...]*
>
> ***b) Intermediación de servicios complementarios:***
>
> *[...]*
>
> Las actividades complementarias son realizadas bajo la subordinación de la empresa o entidad de intermediación laboral."

(22) Concordamos en este aspecto con: **VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo.** "La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico". p. 143 - 156. En: Ius et veritas. Lima. Año XIV. N° 29 (2004). p. 149 - 150; **TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.** "La descentralización de servicios laborales: entre la detracción de la intermediación y la expansión del outsourcing". p. 148 - 165. En: Ius et veritas. Lima. Año XIV. N° 28 (2004). p. 153 - 154; **ARCE ORTÍZ, Elmer.** Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú. Lima: Palestra, 2006. p. 31 y ss.

De este modo, incluso si nos situamos en un plano gramatical, estimamos que la ley admite dos interpretaciones posibles:

1. Una primera interpretación, que sostiene que la tercerización de actividades complementarias es distinta a la intermediación de servicios complementarios, y que, por lo tanto, la primera de dichas figuras no se encuentra regulada en la normatividad nacional. Esta teoría, en el fondo, encierra alguna de las siguientes concepciones:

i. La provisión permanente de trabajadores se encuentra permitida para cubrir puestos de trabajo correspondientes a actividades complementarias; o

ii. La intermediación de servicios complementarios es algún tipo de "figura intermedia" entre la tercerización y la provisión de trabajadores.

2. La segunda interpretación, es que la tercerización de actividades complementarias se encuentra regulada bajo la denominación de "intermediación de servicios complementarios". Ello supone, admitir la prohibición de la cesión permanente de trabajadores para cubrir puestos de trabajo correspondientes a actividades complementarias.

A partir de lo expuesto, se puede deducir que el método literal de interpretación de las normas jurídicas resulta en este caso insuficiente, por lo que se hace necesario recurrir a otros métodos de interpretación, tales como el de la *ratio legis* y el sistemático por ubicación de la norma[23]. Así, teniendo en cuenta que una de las razones de ser de la Ley N° 27626, Ley de Intermediación Laboral, vendría a ser la regulación de las prestaciones de servicios con la intervención de terceros referidas a actividades complementarias, consideramos que tendría poco sentido creer que el legislador habría facilitado una vía de escape a dicha regulación, por el sencillo método de calificar a una determinada operación como "tercerización" en lugar de "intermediación de servicios complementarios". Más aún, si se está de acuerdo en que la tercerización de actividades complementarias, constituye de por sí un supuesto límite con la provisión de trabajadores (lo cual hace inútil de partida, cualquier intento de distinguir entre supuestos de "intermediación" y supuestos de tercerización de actividades complementarias).

Tampoco se puede negar que, junto con la Ley N° 29245 (Ley que regula los servicios de tercerización), la Ley N° 27626 forma parte del conjunto normativo que regula los efectos laborales de las prestaciones de servicios con la intervención de terceros, y que ambos cuerpos normativos hacen una especial incidencia en el tipo de actividad empresarial (complementaria, de alta especialización o principal) que se encarga a agentes externos. De modo que, antes que una diferenciación de tipo conceptual, la división entre las figuras involucradas (intermediación laboral y tercerización) obedecería más bien a un criterio finalista de ordenación de las distintas situaciones que se pueden presentar, en base a la actividad que constituye el objeto del encargo empresarial.

Nuestra opción por la segunda línea interpretativa se sustenta, además, en la aplicación del principio del *in dubio pro operario*, que prescribe que "si una norma permite a su intérprete varios sentidos distintos, debe elegir entre ellos el que sea más favorable para

(23) **RUBIO CORREA, Marcial.** El sistema jurídico (introducción al Derecho). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996. p. 258 y ss.

el trabajador"[24]. En este caso, pensamos que lo más favorable para los trabajadores que realizan labores complementarias, es que no se permita su cesión de manera permanente. En cuanto al fundamento jurídico que sustentaría la interdicción de la provisión permanente de trabajadores para la realización de labores complementarias, consideramos que el mismo residiría en la aplicación del principio de primacía de la realidad. Sostenemos ello, ya que el carácter bilateral del contrato de trabajo supone que quien ejerce los poderes derivados de la subordinación sobre los trabajadores debe ser el empleador de los mismos. Así, si a título de un acuerdo de intermediación laboral o de tercerización, un empresario se comporta como el empleador de los trabajadores que le son destacados (ejerciendo los poderes derivados de la subordinación sobre los mismos), se debe considerar que el referido acuerdo es inválido y los referidos trabajadores deberán ser incorporados en la planilla de la empresa cesionaria.

Además, por aplicación del principio de igualdad, somos de la opinión que la prohibición de la cesión de personal que rige para las actividades principales[25], debería ser extensiva también a los encargos de actividades complementarias.

En resumen, la regulación laboral de las prestaciones de servicios a través de terceros (que implica el destaque o desplazamiento de personal) puede ser clasificada de la siguiente forma:

PRESTACIONES DE SERVICIOS A TRAVÉS DE TERCEROS			
FIGURAS	**TIPO DE ACTIVIDAD EMPRESARIAL**	**LICITUD**	**FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA / REGULACIÓN**
Provisión permanente de trabajadores	Actividades complementarias	No	Primacía de la realidad / Principio de igualdad
	Actividades de alta especialización	No	Primacía de la realidad / Principio de igualdad
	Actividades principales	No	Ley N° 27626 (3ª Disp. T, C y F)
Provisión temporal de trabajadores (ocasionalidad y suplencia)	Actividades complementarias	Sí	Ley N° 27626 (Interm. Serv. Temp.)
	Actividades de alta especialización	Sí	Ley N° 27626 (Interm. Serv. Temp.)
	Actividades principales	Sí	Ley N° 27626 (Interm. Serv. Temp.)
Tercerización	Actividades complementarias	Sí	Ley N° 27626 (Interm. Serv. Comp.)
	Actividades de alta especialización	Sí	Ley N° 27626 (Interm. Serv. Esp.)
	Actividades principales	Sí	Ley N° 29245

Chiclayo, octubre de 2008

(24) **NEVES MUJICA, Javier.** Introducción al Derecho Laboral. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000. p. 120.

(25) Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 27626:
"TERCERA.- En los casos en que mediante contratos o subcontratos de naturaleza civil se provean trabajadores para desarrollar labores que correspondan a la actividad principal de la empresa usuaria, se entenderá que tales trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria desde su respectiva fecha de iniciación de labores en dicha empresa."

SUGERENTE SOCIEDAD. ALGUNOS ASPECTOS DEL CONTRATO DE GERENCIA FRENTE A LA LEGISLACIÓN LABORAL

MARIO PASCO LIZÁRRAGA[1]

I. INTRODUCCIÓN

Quizás por el peso de la literalidad, o tal vez por la inercia del uso repetido, tendemos a asumir que el contrato de gerencia es una figura llana, sin complicaciones.

Bajo esa apariencia, empero, subyace una modalidad de vinculación empresarial que esconde una compleja trama de relaciones y obligaciones, que partiendo del ámbito contractual repercuten principalmente en los campos laboral y societario, aunque también en el terreno tributario.

Nuestro interés principal estará centrado, como es lógico, en los aspectos laborales del tipo contractual. A ese efecto tendremos que revisar algunas de las nociones más primarias en lo que a los elementos esenciales del contrato de trabajo se refiere, para contrastarlos con las especiales relaciones antes anotadas e intentar esbozar una especie de mapa de las mismas, que no resolverá dudas ni responderá preguntas, pero al menos servirá como referencia para posteriores miradas al asunto.

De igual forma, en lo que es el punto de contacto principal entre el presente escrito y el Tema I del Tercer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, verificaremos la forma cómo la recientísima normativa en materia de tercerización y subcontratación de servicios influye e interactúa con el objeto de nuestro trabajo.

(1) Abogado. Profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC.

Como tantas veces ocurre, nos toparemos con más preguntas que respuestas, generaremos más discusiones que adhesiones. Pero esos debates y consiguientes reflexiones son el inicio de lo que eventualmente podrá ser el camino a lograr mayor claridad para quienes se topen con la figura o requieran utilizarla.

II. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO

Nuestra legislación sigue al consenso doctrinal y al uso normativo más generalizado en lo que a los elementos esenciales del contrato de trabajo se refiere. El artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral[2] (LPCL) los singulariza en (i) prestación personal de un servicio (ii) subordinación y (iii) remuneración.

Corresponde que nos centremos en los dos primeros, habida cuenta de que el elemento remuneración, componente vital para muchos otros efectos, no abre variantes ni agrega peculiaridades respecto de lo que nos interesa.

1. Servicio personal

La LPCL contiene en su artículo 5° una precisión adicional a la simple mención del artículo 4°, al establecer como requisito para la configuración de una relación laboral que los servicios deban ser "prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural", abriendo como única excepción al trabajo familiar.

Tal exigencia tiene dos efectos inmediatos y bastante claros:

- No cabe ni podría caber nunca considerar existente una relación laboral entre dos personas jurídicas. El empleador puede serlo, pero el trabajador no. Este es elemento *personal*.
- No es trabajador quien a su vez se vale de trabajadores para llevar a cabo la actividad contratada. Será intermediario o contratista, pero no trabajador. Este es el elemento *prestación directa*.

Ello, como hemos adelantado, se encuadra a la perfección con la teoría clásica del contrato de trabajo: "Solo la persona física puede ser trabajador, por la naturaleza misma del derecho del trabajo que parte del trabajo humano y considera, fundamentalmente, la persona del trabajador. Una persona jurídica no puede «trabajar» en el sentido propio del derecho del trabajo, sino solo obligarse a prestar servicios o realizar obras mediante el trabajo de otros, es decir, personas físicas perfectamente individualizadas. La figura de la persona jurídica, o cualquier otro ente colectivo, como trabajador, y con esto como parte de un contrato de trabajo, aún cuando el legislador la reconociera como tal, no sería más que una metáfora para proteger, por razones especiales, determinadas relaciones de trabajo, *asimilándolas* a las de un contrato de trabajo"[3].

(2) T.U.O. del Decreto Legislativo No. 728 aprobado por D.S. N° 003-97-TR.
(3) Krotoschin, Ernesto. Instituciones de Derecho del Trabajo. pp. 22-23.

2. Subordinación

Si nuevamente partimos de la LPCL, encontramos a la subordinación presentada y definida como correlato de los poderes del empleador. El trabajador está subordinado porque el empleador ostenta facultades inherentes a su posición contractual y funcional. Su artículo 9° determina que "por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los limites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador".

Ello también es reflejo de consideraciones doctrinarias clásicas. ERMIDA y HERNANDEZ informan al respecto que "(...) distintos autores ensayan definiciones diferentes de subordinación pero en su esencia no se apartan mucho del modelo original de la definición de Barassi, en cuanto se refiere a la subordinación jurídica, que viene, en general, entendida como la obligación que tiene el trabajador de sujetarse al poder directivo del empleador, quien en ejercicio de su facultad de organizar y dirigir la empresa, puede dar órdenes al trabajador, fiscalizar su cumplimiento y tomar medidas disciplinarias cuando el trabajador incurra en faltas"[4]. No discrepa RASO DELGUE, dado que "(...) Las diferentes definiciones de «subordinación» coinciden en la idea que este rasgo distintivo del contrato de trabajo se expresa en la facultad que tiene una de las partes de dirigir el trabajo de la otra, obligando a esta última a obedecer las instrucciones impartidas por aquella. En doctrina De Ferrari ha señalado que la subordinación es la posibilidad que tiene una de las partes de imprimir cuando lo crea necesario una cierta dirección a la actividad ajena"[5].

La subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo es, pues, contracara de los poderes del empleador. Solo puede entenderse que una parte contractual está subordinada a la otra si esta tiene poderes plenos (en materia de organización de la actividad) sobre aquella. Normalmente, además, su ausencia o presencia va a fijar el límite entre una relación laboral y otra comercial o civil; según NEVES MUJICA: "(...) La subordinación es un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. La subordinación es propia del contrato de trabajo, ya que en las prestaciones de servicios reguladas por el Derecho Civil existe autonomía (en los contratos de locación de servicios y de obra, según los artículos 1764 y 1771 del Código Civil, respectivamente)"[6].

III. EL GERENTE COMO TRABAJADOR

Aunque nunca debe desdeñarse el poderío de la audacia, cabe asumir como valor entendido que el desempeño del cargo de gerente de una sociedad coloca a quien lo ocupa en situación de subordinación frente a la misma. En consecuencia, siempre que sea ejercido por una persona natural, y contra el pago de una retribución, se estará configurando un contrato de trabajo.

(4) Ermida Uriarte, Oscar y Hernández Álvarez, Oscar. Crítica a la subordinación. En: Ius et veritas N° 25. p. 67.
(5) Raso Delgue, Juan. La contratación atípica del trabajo. p. 57.
(6) Neves Mujica, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. p. 36.

Esto porque el gerente ostenta dos características que harían cuando menos difícil, y en nuestro concepto imposible, sostener que no se encuentra *subordinado*. En primer lugar, porque forma parte integrante, indesligable, de la estructura orgánica de la sociedad, de la empresa. La conforma desde dentro, es parte de ella, al extremo de que solamente a través de los actos del gerente (y quienes con él la componen) aquella puede actuar en el mundo real. Como explican ARANGUREN y FERNÁNDEZ- TRESGUERRES: "(...) El órgano social ostenta el poder de representación, por Ley o estatutos, de tal manera que le es propio como competencia estructural. En el supuesto del apoderamiento, el órgano social competente atribuye facultades de representación a un tercero, extraño a la sociedad, o un órgano, pero no en cuanto tal. En puridad, solo en el apoderamiento se da una auténtica y propia representación, pues se produce la alteridad entre el sujeto que emite la declaración y aquel en que esta despliega sus efectos, mientras que en la representación orgánica el órgano administrador actúa la voluntad social de la misma persona jurídica (...)"[7]. Completamos la idea agregando a LACAVE SAÉN, quien explica que "(...) uno de los bloques más importantes del estudio de la actividad negocial de la sociedad en formación corresponde a la representación orgánica. Este concepto se refiere al mecanismo mediante el cual la sociedad – en cuanto persona jurídica y no física – canaliza su actividad externa. Según esto, la sociedad se relaciona y se vincula frente a terceros a través de la actuación de una o varias personas físicas que tienen encomendada dicha función en los estatutos, de tal forma que la actuación del órgano de administración supone la actuación del propio ente (imputación directa) (...)"[8].

En segundo lugar, porque el gerente tiene por definición, entre sus principales obligaciones, la de acatar las directivas que le cursen los órganos sociales de superior jerarquía. El artículo 190° de la Ley General de Sociedades no puede ser más claro: "(...) El gerente es particularmente responsable por (...) 9. El cumplimiento de la ley, el estatuto y los acuerdos de la junta general y del directorio".

Quiere decir esto que, con todo el poder interno que le supone integrar la cúpula administrativa de la sociedad[9], es inherente al ejercicio del cargo el sometimiento del gerente a los mandatos y determinaciones del directorio, en caso de existir, y de la junta general en todos los casos. Cualquier diferencia de opiniones entre alguno de dichos órganos sociales y la gerencia puede promover discusiones o generar debates, pero estos en ningún caso podrán a llegar al cuestionamiento de a quién corresponde la última – y en estricto única – palabra.

Si el gerente, por posición orgánica y relación funcional, tiene que cumplir lo que diga el directorio, entonces este necesariamente ostenta la facultad de dictarle directivas que lo obligarán junto al resto de la organización, la de dirigir sus actividades específicas y, consecuentemente, también la de sancionar cualquier incumplimiento. Es decir, ostenta los poderes correlativos a la subordinación que ya hemos adelantado.

Nuestra jurisprudencia no ha renegado de tales bases conceptuales, y ha resaltado de manera explícita la imposibilidad de que un gerente no mantenga vínculo laboral con

(7) Aranguren Urriza, Francisco J. y Fernández- Tresguerres García, Ana. La representación de la Sociedad Anónima. p. 161.
(8) Lacave Saén, María Isabel. La Sociedad Mercantil en formación. pp. 164- 165.
(9) El artículo 152° de la Ley General de Sociedades determina que "la administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes (...)"

la sociedad en la que opera como tal, dado que "teniendo el Gerente condición de Personal de Dirección, el vínculo a existir (...) necesariamente será a través de un Contrato de Trabajo, pues, sus servicios los brinda de manera personal, subordinada y remunerada, en consecuencia, se puede responder la interrogante indicada (...) en los siguientes términos: Por ser de carácter laboral los servicios que presta el Gerente (...), la contratación de dicho funcionario debe hacerse a través de un Contrato de Trabajo y no de un Contrato de Locación de Servicios"[10].

IV. EL CONTRATO DE GERENCIA EN LA NORMATIVA NACIONAL

La posibilidad de que la gerencia general no sea ejercida por una persona natural, sino por otra persona jurídica está explícitamente contemplada en el artículo 193° de la Ley General de Sociedades, el cual agrega que en ese caso la entidad gerente "debe nombrar a una persona natural que la represente al efecto, la que estará sujeta a las responsabilidades [de gerente], sin perjuicio de las que correspondan a los directores y gerentes de la entidad gerente y a esta".

La razón de esta previsión es evidente. ELÍAS LAROZA exponía que "permite que los órganos de la sociedad puedan identificar a una persona natural como representante de la persona jurídica designada. Además se establece que la persona natural nombrada está sujeta a todas las responsabilidades propias del gerente persona natural, con los que dicho representante no puede evadir sus responsabilidades bajo el argumento de que solo actúa en representación de la persona jurídica"[11].

Pero no hay más. Más allá de la remisión al articulado sobre responsabilidades de los órganos sociales, el solitario precepto no regula ni define la adecuación de una figura originalmente fijada como bilateral (sociedad – gerente) a su variante triangular (sociedad gerenciada – entidad gerente – representante persona natural). Debemos por lo tanto redirigir la mirada principalmente hacia la vertiente conceptual de las relaciones que se entablan entre aquellas, antes de examinar el ángulo laboral legislado.

V. LAS RELACIONES ENTRE LAS PARTES

Como hemos adelantado en la introducción, la figura triangular que configura el contrato de gerencia deriva en relaciones cruzadas entre las partes, que no siempre resultan en imágenes lo suficientemente contrastadas, y generan un amplio margen para la ambigüedad, en especial en lo que al aspecto laboral se refiere. Las revisaremos una por una.

1. Relación entre sociedad usuaria y sociedad gerente

Son estas las partes formales, únicas intervinientes directas en el contrato de gerencia. En el examen de sus relaciones nos topamos de inmediato con un primer desajuste.

(10) Sentencia de 1° de diciembre de 2006, emitida por la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Lima en el Exp. N° 3252-2006-B.E.(S); autos seguidos por Juan Esquerre Maldonado con la Cooperativa de Ahorro y Crédito "29 De Agosto" de la PNP Ltda. En: Actualidad Laboral N° 368, Lima, febrero de 2007. pp. 201-202.
(11) Elías Laroza, Enrique. Derecho Societario Peruano. p. 493.

Al tratar las características del cargo de gerente, hemos concluido en que el mismo es necesariamente subordinado, pues a esto llevará no solo la forma cómo en la realidad se presenten las relaciones entre la empresa gerenciada y el gerente, sino primordial e irremediablemente el esquema funcional que diseña el artículo 190° de la Ley General de Sociedades. Dicho esquema funcional opera en el caso típico, del gerente persona natural, pero también cuando el encargo es ejercido por una persona jurídica.

Permanecemos renuentes a calificar como *subordinación* a la verticalidad de la relación entablada, pues el vocablo está relacionado muy estrechamente con el contrato de trabajo, y este no podrá en caso alguno aparecer entre dos sociedades, como ya hemos expuesto[12]. Siguiendo a SANGUINETTI RAYMOND, pasamos de calificar como subordinada una relación que no puede estar en un contrato de trabajo, pues "(...) La subordinación opera, antes que como un elemento aislado de tipificación, como la nota básica alrededor de la cual «se nuclean los rasgos que hacen o no reconocible el contrato de trabajo». De allí que, para alcanzar una adecuada comprensión de su significado y alcances, no baste con centrar la atención en el examen de los contornos del poder de dirección y el deber de obediencia en los que se concreta, sino que sea necesario ponerla en contracto con el conjunto de elementos que integran el vínculo laboral (...)"[13].

Pero tenemos que reconocer que las características centrales del concepto están presentes. No será subordinación, pero – sea lo que sea – operará virtualmente igual que la subordinación.

Si la sociedad gerenciada imparte directivas generales a ser aplicadas por toda la organización, la sociedad gerente deberá acatarlas, quedará obligada por las mismas. Si la sociedad gerente incumple las órdenes que le curse la gerenciada, estará contraviniendo sus obligaciones sustanciales, y será susceptible hasta de remoción, a más de incurrir en eventuales responsabilidades adicionales. La sociedad gerente no es ni podría ser trabajador, y ciertamente no está protegida por la normativa laboral, pero la sociedad gerenciada mantiene sobre la misma todo el poder que tiene sobre sus trabajadores, y la sociedad gerente tiene las mismas obligaciones y responsabilidades que tienen los trabajadores de la sociedad gerenciada.

De otro lado, el artículo 193° de la Ley General de Sociedades impone que las responsabilidades inherentes al desempeño de la gerencia involucran no solo a la sociedad gerente, sino también a su propio gerente y a sus directores, quienes responderán por los daños que pueda causar su accionar a la sociedad gerenciada, a los accionistas de esta y eventualmente hasta a terceros.

Resulta innegable, entonces, que la intervención de la sociedad gerente en el contrato de gerencia supone un involucramiento de la misma que va bastante mas allá de la actividad específica – física, si se quiere – de su representante. La trasciende, pues le agrega un elemento de respaldo concreto, tanto patrimonial como personal, que puede resultar fundamental para la empresa gerenciada.

(12) El razonamiento es el opuesto al usual: no se trata de subordinación porque es un vínculo civil (o comercial). Definimos la característica a partir de su continente en lugar de hacerlo al revés, lo que no constituye la técnica de razonamiento más exacta; pero nos consuela el estar operando solo sobre el alcance de un vocablo, no sobre la naturaleza del concepto.

(13) Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos. p. 46.

Como expone ELIAS LAROZA al continuar su explicación del artículo 193° de la Ley General de Sociedades, "(…) Se establece además que los directores y gerentes de la entidad gerente son responsables por el desempeño de esta a su cargo, en la medida que corresponda. Finalmente, también corresponde responsabilidad a la misma persona jurídica que se desempeña como gerente. Resulta claro que el único tipo de responsabilidad que puede corresponder directamente a la entidad gerente es de índole civil, mientras que el representante de la misma, sus gerentes y sus directores pueden incurrir tanto en responsabilidad civil como penal. Estas reglas severas sobre la responsabilidad de todas esas personas, hacen que el optar por designar como gerente a una persona jurídica no pueda ser una forma de evadir las responsabilidades del cargo. Por el contrario, al ser solidariamente responsables tanto la persona natural como la persona jurídica gerente y, además, los directores y gerentes de esta, es evidente que la garantía en favor de la sociedad se vuelve aún más sólida (...)."[14]

Entonces, incluso cuando la mayor tarea recaiga sobre la persona natural que ejerce la representación de la sociedad gerente, en muchos casos esta estará aportando al contrato, y con este al servicio, un componente que puede ser más o menos vistoso, más o menos importante, pero que siempre existe.

2. Relación entre sociedad gerente y la persona natural que la representa

En este caso es también innegable que va a existir una relación contractual entre estas dos partes, que en principio es la más llana de las generadas por la figura.

Si la sociedad gerente va a estar sujeta a órdenes de la sociedad gerenciada, y dichas órdenes van a ser ejecutadas a través de una persona natural, su representante, es de simple lógica que, a su vez, este deba estar sujeto a órdenes. El representante de la sociedad gerente, entonces, debiera ser trabajador de esta, salvo circunstancias poco menos que exóticas[15].

Sus responsabilidades frente a la sociedad gerente son las de cualquier trabajador, no las del gerente a que se refiere el artículo 190° de la Ley General de Sociedades[16], pues respecto de aquella no ocupa un puesto estatutario ni regido por tal norma, sino que desempeña un encargo común.

3. Relación entre la sociedad gerenciada y el representante de la gerente

Es en este punto en el que se abre la mayor indefinición, y los más amplios márgenes para la ambigüedad.

En el plano formal, no existe relación contractual entre el representante y la sociedad gerenciada, pues no es él quien ocupa el cargo[17]. En teoría, cada vez que los órganos de la sociedad gerenciada se dirigen al representante, se están dirigiendo a la sociedad gerente, y cada vez que le imparten una directiva lo están haciendo en su calidad de representante de

(14) Ibid.

(15) Se nos ocurre como hipótesis el desempeño del cargo sin una contraprestación, como podría darse en caso de gerenciamiento por parte de una sociedad de una entidad vinculada con ella, o de mínima o nula actividad.

(16) Salvo, naturalmente, que también sea gerente de la misma.

(17) Sin perjuicio de lo cual le son aplicables también las responsabilidades del gerente, como si hubiera sido designado directamente como tal, en aplicación de la ya citada parte final del artículo 193° de la Ley General de Sociedades

aquella únicamente. Es casi como si el representante dejara de existir como persona, para pasar a ser únicamente intermediario, vía, parlante.

Y, sin embargo, el caso normal es que la verdad sea completamente la opuesta. En el a veces extraño ámbito llamado realidad, el representante está reflexionando, tomando decisiones y ejecutándolas no solo por su representada, sino también por la sociedad gerenciada, pues ambas operan – como todas las personas jurídicas – solo mediante actos de personas naturales, y él es la persona natural que actúa por ambas. Es él quien asiste a las negociaciones de un contrato y quien lo firmará; él quien adopta las medidas diarias de dirección de la empresa; él quien – como establece la normativa laboral al describir a los trabajadores de dirección – sustituye a la sociedad gerenciada cuando ejerce su representación frente a otros trabajadores o a terceros, así como las funciones de administración y control; él quien recibe las felicitaciones o admoniciones de los directores y sus llamadas telefónicas.

Sin ser trabajador de la sociedad gerenciada, y sin desmedro de la importancia de la sociedad gerente, el representante es quien asume la principal y por poco la única actividad física, tangible del contrato. Se trata casi de una ficción legal, soportada principalmente por la autorización normativa, aunque también por los límites que tiene la sociedad gerenciada frente al representante. Al no ser este su trabajador y ni siquiera estar vinculado contractualmente con la misma, la sociedad gerente carece de poderes directos sobre él: aunque le dé órdenes todos los días, no lo puede sancionar, ni lo puede despedir. Para prescindir de sus servicios, tendrá que solicitar su sustitución a la sociedad gerente –de acuerdo a lo que contractualmente se haya estipulado en esa materia– o remover a la sociedad gerente; cualquier acto directo sobre el representante[18] carecería de eficacia jurídica.

La incomodidad de la situación entre estas dos partes llega a su cúspide si se asume un escenario de discrepancias de criterio entre la sociedad gerenciada (su directorio o junta general) y la sociedad gerente (su directorio o junta general), que llevaran a esta última a ejecutar actos contrarios a la voluntad de la primera.

En ese contexto, el representante de la gerente naturalmente tendría que hacer lo que le ordenara su empleadora. Sin embargo, al hacerlo estaría asumiendo responsabilidad *personal* frente a la usuaria, por lo que esta última acusaría inevitablemente como desacato abierto de los dos vértices opuestos del triángulo. Situación nada desdeñable si tomamos en cuenta, como describe BEAUMONT CALLIRGOS al tratar el artículo 193° de la Ley General de Sociedades, que "se ha sostenido que el problema está en el desempeño de una persona jurídica en el cargo gerencial puede servir para evadir, a través de la personalidad jurídica del gerente, la responsabilidad propia del cargo. Para evitar dicho «temor», la persona jurídica nombrada como gerente de una sociedad, debe señalar a una persona natural que será la que – en la práctica – desempeñe el cargo, en nombre de aquella. Esta persona natural está sujeta a todas las responsabilidades propias de un gerente (como persona natural), no pudiendo evadirlas con el argumento de que solo actúa en representación de la persona jurídica. / En torno al tipo de responsabilidad, resulta claro que la persona jurídica gerente

(18) Excepción hecha, una vez más, de eventuales acciones por las responsabilidades que le impone el artículo 190° de la Ley General de Sociedades.

responde solo civilmente; mientas que el representante de la misma, sus gerentes y directores pueden incurrir tanto en responsabilidad civil como penal (...)"[19].

V. EL CONTRATO DE GERENCIA COMO MODALIDAD DE VINCULACIÓN LABORAL ENTRE EMPRESAS

La primera mención al contrato de gerencia en la legislación laboral apareció en el artículo 4° del D.S. N° 003-2002-TR, reglamento de la Ley N° 27626, que regula las empresas especiales de servicios. Tal disposición lo incluyó, con referencia expresa al artículo 193° de la Ley General de Sociedades, dentro de un listado de actividades que no constituyen intermediación laboral, y que por lo tanto no se encuentran dentro del ámbito de la mencionada Ley N° 27626, ni en el de aplicación de los requisitos y limitaciones que establece la misma para las empresas de servicios[20]. La inclusión tenía efectos únicamente negativos: el contrato de gerencia no estaba en el supuesto regulado, y por tanto permanecía como no regulado.

La Ley N° 29245 también contiene una mención específica al contrato de gerencia[21], pero en este caso la inclusión, al igual que la definición misma de la tercerización de servicios en la que aparece, genera efectos de signo obligacional.

En el régimen implantado por la norma recién mencionada, sus modificaciones mediante Decreto Legislativo N° 1038 y las precisiones agregadas por el reglamento de estas, aprobado por el recientísimo Decreto Supremo N° 006-2008-TR, para que la tercerización sea tal, se le continúan exigiendo los elementos esenciales que la distinguen de la intermediación laboral, o de la simple provisión de personal.

Pero cuando una figura legítima de tercerización ostenta la doble calidad de (a) involucrar la actividad principal de la empresa usuaria[22], y (b) incluir el desplazamiento continuo de trabajadores a la empresa usuaria, genera compromisos concretos a las partes contractuales; específicamente, los más importantes: (i) obligación de informar los datos principales del destaque a los trabajadores sobre los que opera este, a los de la empresa usuaria y sus sindicatos; (ii) solidaridad entre la usuaria y la empresa que presta el servicio, por los derechos laborales de los trabajadores desplazados; y (iii) obligación de la empresa de tercerización de inscribirse en un registro operado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo[23].

(19) Beaumont Callirgos, Ricardo. Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades. pp. 427-428.

(20) En modo simplemente referencial: la imposibilidad de exceder el 20% del total del personal, o suministrar personal para supuestos distintos de la suplencia o los servicios ocasionales, tratándose de empresas de servicios temporales; la imposibilidad de proveer personal para desarrollar la actividad principal de la empresa usuaria, tratándose de empresas de servicios complementarios; la obligación de empadronarse en el "Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de intermediación laboral"; la obligación de contratar una fianza para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales de la empresa de servicios; la obligación de otorgar remuneraciones y beneficios análogos a los de los trabajadores directos de la empresa usuaria que realicen la misma labor.

(21) Sin remisión específica al artículo 193° de la Ley General de Sociedades, aunque sí a esta.

(22) Esta limitación de los alcances de la Ley N° 29245 no aparece en esta ni en el Decreto Legislativo N° 1038, sino que ha sido inferida por y plasmada en su reglamento, con todo lo que esto implica. Supone además remisión – en cuanto a la necesaria definición de la que parte – remisión al artículo 1° del D.S. N° 003-2002-TR, modificado por D.S. N° 008-2007-TR.

(23) El reglamento de la Ley N° 29245 ha determinado que la obligación de registro se cumple a través de la

1. Aplicación de las obligaciones de la tercerización regulada al contrato de gerencia

Nos queda claro que el contrato de gerencia típico implica las dos calidades recién mencionadas, dado que el gerente, como ejecutivo principal de una empresa, es por definición no solo central para el desarrollo de sus actividades, sino que la personifica al extremo casi de que donde él se encuentre sea, por ese mérito, un centro de trabajo de aquella. Por lo tanto, no tenemos problema en postular que todo contrato de gerencia supondrá la obligación para sus partes de cumplir las exigencias antes mencionadas.

Las consecuencias son también simples: tanto la sociedad gerente como la gerenciada responderán por los beneficios laborales del representante de aquella, los trabajadores de la empresa gerenciada deberán ser informados de que se está haciendo uso de la figura, y la sociedad gerente tendrá que declarar como *destacado* o *desplazado* a su representante.

Ninguna de estas tres obligaciones pareciera tener, para el caso del contrato de gerencia, repercusiones o efectos distintos o adicionales a los que tienen respecto de cualquier otra figura de tercerización con desplazamiento y para actividades principales de la usuaria.

2. Los requisitos genéricos de la tercerización

Si se repasa los caracteres de la prestación de servicios en el contrato de tercerización que hemos descrito en este mismo trabajo, y se los contrasta con los elementos esenciales de la tercerización legítima, se apreciará de inmediato que en algunos aspectos muy puntuales el engranaje dista de ser perfecto.

El primer párrafo del artículo 2° de la Ley N° 29245 contempla las características de la tercerización válida: (1) que la prestadora del servicio lo asuma por su cuenta y riesgo; (2) que cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; (3) que sea responsable por el resultado de sus actividades; y (4) que tenga a los trabajadores bajo subordinación exclusiva. El artículo 3° del reglamento ha incidido en que dichas características quedan constituidas en *los* cuatro *requisitos copulativos* para que la tercerización sea válida.

2.1. Asumir los servicios por cuenta y riesgo propios

En el caso del contrato de gerencia, las cargas que impone la Ley General de Sociedades a la sociedad gerente, que hemos mencionado ya repetidamente, y los nada desdeñables compromisos por actos propios y de su representante que asume mediante la simple aceptación del encargo, hacen muy sólida la presunción de que, desde el punto de vista jurídico, está asumiendo la tarea por su cuenta y riesgo. Para que no fuera así, el contrato tendría que contemplar una exención de responsabilidad, abiertamente incompatible con la figura que estaría dirigido a plasmar, estando a lo dispuesto por el artículo 194° de la Ley General de Sociedades[24]. El primer requisito, por tanto, no tendría que generar desajustes.

planilla electrónica regulada por el D.S. N° 018-2007-TR.

(24) Según el cual "es nula toda norma estatutaria o acuerdo de junta general o del directorio tendientes a absolver en forma antelada de responsabilidad al gerente".

2.2. Contar con recursos propios

Con la exigencia de que la empresa de tercerización debe contar con recursos propios siempre se tiene que ser cuidadoso, pues puede llevar a malos entendidos cuando la actividad contratada no requiere de mayores elementos financieros o materiales, distintos o adicionales a los requeridos para retribuir a las personas que van a llevar a cabo la actividad.

El requisito, en efecto, es que la empresa tercerizadora cuente con recursos "financieros, técnicos o materiales", fórmula disyuntiva que admite que se entienda cumplido ante la presencia de alguno o algunos de ellos, pero no del otro u otros.

Toda prestación autónoma y con efectiva actividad empresarial, por elemental que sea, supondrá que quien la ejecute aplique a ella dinero, o conocimientos especiales, o equipos, siendo impensable que no se necesite ninguno de esos tres elementos. Pero no todas las actividades que una empresa puede encargar a otra requieren necesariamente capital cuantioso, y conocimientos o técnicas especiales, y elementos materiales[25]. Cuando una actividad, por ejemplo, no requiera de equipamiento o insumos materiales – como es el caso de la mayoría de los contratos de gerencia – carece de sentido verificar la existencia de los mismos o, peor aún, entender que son requisito para la regularidad de la relación triangular entablada.

A pesar de ello, en algunos casos, especialmente en el ámbito inspectivo, se ha tendido a considerar los tres elementos como exigibles[26]. La Directiva N° 002-2007/MTPE/2/11.4, emitida para tener carácter vinculante en ese ámbito, resultó reveladora en el aspecto recién mencionado, al transformar en el literal b.2) de su punto 4.b) la exigencia legal, y consignar que se debía llevar a cabo la verificación "para garantizar la prohibición de la simple provisión de personal", de los "recursos propios financieros, técnicos y materiales" de la empresa tercerizadora.

En el contrato de gerencia, la entidad gerente debe estar en situación de afrontar directamente, con recursos propios, cuando menos las retribuciones de las personas que se encargarán del servicio, lo que incluye pero no necesariamente se limita al representante que haya designado[27].

Pero si el contrato de gerencia específico no requiere elementos *materiales* adicionales, no cabe en nuestra opinión que se le exijan. La naturaleza de la actividad y la jerarquía de la función encomendada implica siempre experticia especial por parte de la contratista, que configura sin necesidad de mayor prueba adicional la existencia de los recursos técnicos a que alude la norma.

2.3. Ser responsable por los resultados de sus actividades

Este punto no ha sido objeto de mayor desarrollo por parte del reglamento, pero el artículo 3° de aquel, al describir los elementos esenciales como cuatro, determina su necesaria

(25) Lo que se ve confirmado por el artículo 2° de la Ley N° 29245, que determina como "elemento característico" – no como elemento esencial – al equipamiento y a la inversión de capital, habiendo el artículo 4° de su reglamento ratificado el carácter indiciario de la fórmula legal utilizada.

(26) Agregando incluso a esa exigencia aspectos adicionales de naturaleza indiciaria

(27) El contrato de gerencia, en efecto, no tiene que estar limitado únicamente al funcionario que ocupará el puesto, y puede incorporar también todo o parte del aparato que lo rodea, tanto en lo auxiliar como en lo complementario (gerencias y subgerencias), por formar parte de la actividad integral encargada, cuando sea el caso.

singularización frente al primer requisito (asumir las tareas por propia cuenta y riesgo). Partiendo de ello, entendemos que el elemento consiste en que en la tercerización la figura contractual que se utilice debe poner a la empresa tercerizadora en situación de poder ser considerada como infractora en caso de no obtener los resultados esperados, o al menos que el fracaso en sus funciones le suponga consecuencias económicas o contractuales. Es decir, que la empresa tercerizadora no debe tener garantizados la cobertura o condonación de sus ineficiencias o ineficacias.

Sobre este elemento esencial incide usualmente la forma de pago, determinada en la Ley N° 29245 como elemento característico de la tercerización.

Entendemos que el contrato de gerencia tipo tiene implícito el cumplimiento de este elemento, en tanto que no existe directorio o junta de accionistas en su sano juicio que mantenga en el cargo a un gerente que no obtiene resultados dentro de lo que la realidad de la empresa permite o hace esperar, a cuyo efecto cuenta con el arma irresistible de la remoción. Paradójicamente, empero, habrán muchos casos, quizás la mayoría, en los que la sociedad gerente no sea retribuida por resultados, sino a monto fijo (lo que podrá abonar a favor de la regularidad del contrato, pues su resultado económico dependerá de ella y cómo maneje sus costos), e incluso en los que cobre las retribuciones de los encargados del servicio más un recargo (que es la fórmula menos recomendable para cualquier figura de tercerización, frente a una verificación laboral).

Pero, nuevamente, encontramos que el requisito, tan claro en su exigibilidad respecto de cualquier contratista "común", pierde parte de su sentido o razón de ser tratándose de la sociedad gerente.

2.4. Mantener a sus trabajadores bajo subordinación exclusiva

Tratándose de los contratos de tercerización en general esta característica es, en nuestro concepto, *primus inter pares* como elemento esencial, dado que es aquí donde realmente se presenta y verifica la disyuntiva de quién es el real empleador, por ejercer las facultades de tal frente al o los trabajadores. En el caso normal, si el usuario dirige al trabajador que lleva a cabo la actividad, actúa como su empleador, y debe ser reputado como tal en aplicación del principio de primacía de la realidad.

Pero la ejecución de la mayoría de los contratos de gerencia en la realidad, como grafica el punto N° 4 de la presente, muestra una situación abiertamente distinta, en la que lo propio sería referirse a subordinación compartida. Tanto la usuaria como la empresa tercerizadora mantienen interacción con el trabajador, siendo incluso la de aquella más constante, cotidiana que la de esta.

Encontramos, pues, que la regulación genérica de la tercerización no encaja de modo exacto con el contrato de gerencia. Pero no significa esto que los contratos de gerencia sean usualmente fraudulentos o ilegales, sino todo lo contrario. Es la figura societaria y su plasmación corriente, sin mala fe, en la realidad, la que contiene en sí misma los elementos que van a hacer difícil de verificar – si se los considera de modo muy rígido – los elementos exigidos por la ley laboral para la tercerización.

En nuestro concepto, de cara a la realidad que hemos tratado de describir, hubiera resultado preferible que el contrato de gerencia se dejara fuera del ámbito de la intermediación

por disposición expresa, lo que ya sucede y es correcto, pero sin definirla además como tercerización regulada o imponerle los controles y consecuencias de la misma, quedando cualquier caso de abuso sujeto a la eventual aplicación del principio de primacía de la realidad.

VI. CONCLUSIONES

1. En el contrato de gerencia, la relación entre las sociedades no puede ser calificada como de subordinación, pero sus características son asimilables a las de esta.
2. La admisión por vía legal del contrato de gerencia implica autorización para que exista una suerte de subordinación compartida de la persona natural que representa a la sociedad gerente, frente a esta y frente a la sociedad gerenciada.
3. Las características comunes del contrato de gerencia no cuadran de modo exacto con las exigencias que la normativa laboral impone a la tercerización. Resultaría preferible su exclusión simple.

SUBCONTRATACION DE TRABAJADORES Y PREVENCION DE RIESGOS LABORALES

CÉSAR PUNTRIANO ROSAS[1]

"La persona que controla un lugar de trabajo debe garantizar la existencia permanente en el mismo de aparatos cuya utilización no entrañe para la persona que allí trabaje sin ser su asalariado directo la exposición a riesgos de contraer enfermedades o de sufrir accidentes. Quien controla el lugar de trabajo debe garantizar también que la utilización de todos los demás aparatos que allí se encuentran no entrañarán ningún riesgo[2]."

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN, APUNTES SOBRE LA SUBCONTRATACIÓN DE TRABAJADORES

Como lo reconoce la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las transformaciones económicas, tecnológicas y de organización que se producen en el mundo han modificado los mercados de trabajo dejando atrás el clásico esquema de subordinación patrón-empleador y orientándose más bien hacia nuevas formas de utilización de mano de obra. Esta nueva realidad impugna el modelo tradicional antes anotado "una empresa, un empleador" para centrarse en modelos laborales cuyas relaciones se generan entre una empresa usuaria y unos trabajadores, en las que la forma de la relación se caracteriza por la independencia y autonomía de las partes, siendo la misma en esencia asimétrica pues los trabajadores se hallan en una situación de subordinación respecto a la usuaria[3].

Esta nueva modalidad de configuración de las relaciones laborales denominada subcontratación, en tanto existe la figura del intermediario entre la empresa usuaria de los

(1) Abogado laboralista por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
(2) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Trabajo en régimen de subcontratación. Informe VI (1). Conferencia Internacional del Trabajo 85ª reunión, 1997.
(3) ibid. p.6

servicios y los trabajadores que los brindan, puede ser abordada desde dos perspectivas, (i) la subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios y (ii) la subcontratación de mano de obra.

La subcontratación de producción de bienes o servicios, o subcontratación de empresas como la denominaremos en este trabajo supone que una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, debiendo esta última realizar su encargo por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, materiales y humanos. En este esquema los trabajadores asignados al servicio permanecen bajo la subordinación de la empresa empleadora (contrata), quien es responsable del pago de sus remuneraciones, beneficios sociales y de las demás obligaciones que le incumben como empleador. El cliente (usuario, destinatario de los servicios) retribuirá sus servicios en función al resultado esperado, es decir, a la obra o al servicio contratado, no siendo relevante, en principio, el número ni la identidad de los recursos humanos que se empleen para la prestación del servicio. En este esquema lo fundamental son los resultados. El sistema legal regula peruano la subcontratación de bienes y servicios en la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, complementada por el Decreto Legislativo N° 1038 y reglamentada por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

Las normas en mención disponen que una real tercerización de servicios[4] supone que el tercero los preste por su cuenta y riesgo, contando con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales y con el personal bajo su exclusiva subordinación. Es interesante comentar que a partir de la norma reglamentaria solamente la tercerización de actividades ordinarias que impliquen desplazamiento continuo del personal del tercero hacia el centro de trabajo u operaciones del cliente se encuentra regulada por este régimen especial. Siendo así, la tercerización sin desplazamiento, o la provisión de bienes y/o servicios que no suponga tercerización se regularán por el Código Civil y la normatividad sectorial especial. En todo caso, no se debe tratar en ningún escenario de una simple provisión de mano de obra o destaque de personal.

En cambio, la subcontratación de mano de obra aparece cuando el objetivo único, esencial o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra por parte del subcontratista a la empresa usuaria[5]. La subcontratación de mano de obra es denominada "intermediación laboral" por nuestro ordenamiento, consistiendo en el destaque de personal de una empresa de intermediación o cooperativa de trabajadores debidamente autorizada, para prestar servicios temporales, complementarios o altamente especializados de la empresa usuaria o cliente. La intermediación laboral se encuentra regulada en la Ley N° 27626 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR. No nos detendremos en analizar la normatividad sobre tercerización o intermediación pues no es el objeto de la presente ponencia.

La recurrencia a la subcontratación laboral, a decir de Bronstein[6], se funda en diversos motivos, (i) como la especialización, en tanto el modelo fordista de organización empresarial evolucionó hacia el modelo toyotista, en el cual la empresa tiende a concentrar sus actividades nucleares (*core business)* externalizando las consideradas periféricas, (ii) el

(4) Denominación de nuestro ordenamiento para la subcontratación de bienes o servicios.
(5) Ibid. p.7.
(6) BRONSTEIN, Arturo. La subcontratación laboral. Fuente http://www.oit.or.cr/oit/papers/subcontrat.pdf

menor costo de recurrir a mano de obra periférica, y (iii) la rigidez de la legislación laboral que limita las posibilidades del empleador de ajustar su planilla en función de sus ciclos de actividad, entre otros.

La subcontratación laboral es sin duda una herramienta ventajosa para la empresa pues le permite ajustar su planilla, externalizar fases de producción y actividades periféricas, esto último con el objeto de concentrarse en sus actividades centrales, pero también genera desventajas para los trabajadores, siendo la más importante la desigualdad de trato con el personal de la empresa usuaria o cliente en materia de derechos colectivos (desagregación del colectivo laboral), inestabilidad en el empleo, menores salarios, seguridad y salud en el trabajo, protección en caso de insolvencia, etc.[7]. Se presenta sin duda como una opción organizativa que posee elementos a favor y en contra, ante lo cual la realidad nos demuestra que su impacto favorable ha abonado para que su uso se vuelva intensivo a nivel mundial.

En cuanto al derecho labora se refiere, si como lo afirma el profesor Baylos[8] se produce una "huida" del Derecho del Trabajo con la descentralización productiva en la medida que se desvanece la empresa como centro de imputación de responsabilidades laborales, creemos que ello no debe ser visto como un obstáculo para la legitimidad de la descentralización en tanto se mantenga un respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores involucrados en este fenómeno en general, y se propenda a un ambiente de trabajo seguro, en particular.

Justamente de la consecución y mantenimiento de un ambiente de trabajo seguro en la descentralización productiva es de lo que nos ocuparemos en la presente ponencia, para lo cual, en primer lugar, abordaremos la relevancia superlativa del trabajo seguro y su relación con el trabajo decente, para luego analizar algunas medidas necesarias en el marco de la descentralización productiva para asegurar la seguridad ocupacional del personal involucrado. En el presente trabajo, nos referiremos a la empresa que subcontrata mano de obra o servicios como el "cliente", o "empresa principal", y a la empresa que los presta como la "contratista" o "prestadora de servicios"

II. EL TRABAJO SEGURO COMO MANIFESTACIÓN DE LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR

Como lo señaló el Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su Memoria a la 89° Conferencia Internacional del Trabajo llevada a cabo en Ginebra en junio de 1999, el trabajo decente es aquel que se realiza en un ámbito que respeta los derechos laborales fundamentales, recibe un ingreso suficiente o digno, permite acceder a la protección social y seguridad en el trabajo y se enmarca en el diálogo social.

El trabajo decente supone básicamente el cumplimiento y aplicación de los ocho convenios fundamentales en el trabajo[9], buscando asegurar que el trabajo se realice en

(7) Ibid. p.12.
(8) BAYLOS GRAU, Antonio. El paradigma productivo de la descentralización: La subcontratación de servicios como forma de organización empresarial. En: http://baylos.blogspot.com.
(9) Los citados convenios son los siguientes: (i) Libertad sindical: Convenio N° 87, Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. Año 1948, y

condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana[10]. Es importante tener en cuenta que la consecución del trabajo decente, visto como una meta, no solamente depende de las políticas de Estado, sino también de la internalización por parte de los empleadores de la importancia que significa otorgar adecuadas condiciones de empleo a su personal, partiendo como mínimo de los principios y derechos fundamentales que deben estar presentes en toda relación laboral, apuntando a su permanente mejora.

Siendo así, el mantenimiento de condiciones de trabajo seguras es una clara manifestación del trabajo decente. En otras palabras trabajo decente es trabajo seguro.

Consideramos que la garantía de un ambiente de trabajo seguro debe ser entendida como una inversión y no como un gasto por el empleador pues permite a los trabajadores concentrarse en sus labores y a la larga ser más productivos. Sobre el particular es interesante citar a Berg[11], quien afirma que la consecución de un ambiente laboral seguro, generan beneficios al empleador, pues "su desarrollo e implementación le permite tener, entre otras ventajas, una gestión más ordenada, una administración más eficiente, un mejor aprovechamiento de lo recursos, una disminución de costos (ya sea medido en unidades de tiempo o en dinero); y además, contar con trabajadores más informados, con mayor preparación y con más incentivos en su desempeño y en relación con la empresa".

De lo anteriormente expuesto podemos afirmar que, en tanto los trabajadores tienen derecho a un ambiente laboral seguro, donde puedan trabajar sin que exista riesgo alguno contra su vida o integridad personal, será evidente que la seguridad laboral tiene como sustento último a la dignidad de la persona humana[12], pues esta es un principio-derecho que surge como un imperativo orientador de nuestro ordenamiento jurídico y de las actuaciones de los operadores del mismo, con el fin de garantizar la supremacía de la persona, tanto individualmente considerada como en el aspecto social.

Sobre el particular, Tapia afirma que "(...) la idea de trabajo decente, considera las particularidades de cada país, de las economías y de las personas, pero a la vez, envuelve en sí, un concepto básico dado por la necesidad de resguardar la dignidad humana (...)[13]."

Convenio N° 98: Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Año 1949. (ii) Abolición del trabajo forzoso: Convenio N° 29, Convenio sobre el trabajo forzoso. Año 1930 y Convenio N° 105, Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso. Año 1957. (iii) Igualdad: Convenio N° 111, Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación). Año 1958 y Convenio N° 100, Convenio sobre igualdad de remuneración. Año 1951. (iv) Eliminación del trabajo infantil: Convenio N° 138, Convenio sobre la edad mínima. Año 1973 y Convenio N° 182, Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil. Año 1999.

(10) Fuente: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Perú: Propuesta Nacional de Trabajo Decente. 2004-2006. Informe preliminar. Oficina Subregional de la OIT para los países andinos. Lima. 18 de diciembre de 2003.

(11) BERG M., HUMBERTO. Rentabilidad de las buenas prácticas laborales. Oficina Internacional del Trabajo. Santiago de Chile. 2003. p.17

(12) El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1417-2005-PA/TC, en el proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), señaló en cuanto a la dignidad de la persona humana, que: "Si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado"

(13) TAPIA, FRANCISCO. "Seguimiento del grado de cumplimiento de las normas fundamentales y de las relaciones laborales y el impacto de las políticas económicas en el sector público en la zona del Mercosur más Chile". Organización Internacional del Trabajo. Abril 2003.

Nuestra normatividad nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo, Decreto Supremo N° 009-2005-TR y su modificatoria, el Decreto Supremo N° 007-2007-TR, disposiciones que aprueban y modifican el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante "el RSST"), no es ajena a este sustento pues recoge en su articulado al Principio de Prevención , el cual, señala que "los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores promuevan condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y social. Dichas condiciones deberán propender a: a) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable y b) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales del trabajador". (subrayado nuestro).

En consecuencia, no queda ninguna duda que el deber del empleador de otorgar seguridad a su personal (trabajo seguro) se inspira en el respeto a la dignidad del trabajador como persona humana, y es una manifestación del trabajo decente. En el siguiente acápite determinaremos qué estrategia se debe adoptar en la descentralización productiva para garantizar condiciones de trabajo seguro.

III. EL DEBER DEL EMPLEADOR EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN UN ESQUEMA DE SUBCONTRATACIÓN DE TRABAJADORES

El título de este trabajo "prevención de riesgos laborales" no es antojadizo pues parte del supuesto comprobado que la prevención es a todas luces la mejor posición que puede asumir el empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo, prevenir antes que lamentar reza un popular adagio.

La regulación sobre seguridad y salud en el trabajo plasma como eje fundamental de la misma a la prevención, estableciendo que, "el empleador garantizará, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que no teniendo vínculo laboral prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores". En la descentralización productiva, ya sea subcontratación de servicios o de personas, los riesgos laborales no se encuentran ausentes, teniendo este esquema de organización empresarial la presencia de más de un empleador responsable de la seguridad ocupacional del personal involucrado en el servicio.

Antes de iniciar el análisis concreto debemos dejar por sentado que la pluralidad de empleadores responsables de la seguridad ocupacional del personal se presenta cuando la empresa cliente o principal contrata a un tercero para que le provea un servicio con desplazamiento de personal a su lugar de trabajo o simplemente para que le intermedie mano de obra.

Aquellos casos de tercerización externa (outsourcing) o de prestación de servicios sin destaque de personal no generan, a nuestro entender, un esquema distinto en materia de seguridad y salud en el trabajo a aquel que se presenta en toda relación laboral típica, salvo que, el personal se desempeñe laboralmente fuera del lugar de trabajo[14] del cliente pero

(14) Nos parece más apropiado emplear el término "lugar de trabajo" en vez de centro de trabajo pues, de acuerdo al artículo 3 c) del Convenio N° 155 de la OIT, establece que esta expresión abarca

utilizando herramientas e implementos proporcionados por este. En el esquema de la subcontratación laboral con destaque o desplazamiento de personal, como es sabido, tenemos dos empleadores en escena, por un lado el empleador que suministra el servicio o la mano de obra y por otro lado el empleador-cliente que recibe al personal en su lugar de trabajo. Así, se generan dos ámbitos de responsabilidad en seguridad y salud en el trabajo:

Responsabilidades de quien destaca o desplaza personal

Un primer ámbito que se presenta en este esquema es el deber del empleador contratista de otorgar adecuadas condiciones de seguridad ocupacional a sus trabajadores desplazados. Este deber, emanado como consecuencia de la subordinación del trabajador y de la titularidad del poder de dirección del empleador, debe fundarse principalmente en la dignidad del trabajador.

Corresponderá al contratista verificar que su personal realice sus labores en el lugar de trabajo del cliente debidamente capacitado para el trabajo a realizar y provisto de los equipos de seguridad idóneos para las funciones que le sean requeridas.

Es indispensable, pues, que el empleador verifique que el trabajador posea información teórico-práctica suficiente respecto al puesto de trabajo a ocupar, de no ser así, deberá facilitarle la formación en forma previa a la prestación de servicios[15]. Creemos que esta obligación formativa recae tanto en el empleador que intermedia personal (destaque o provisión de mano de obra), como en el empleador que provee servicios (subcontratación de servicios), requiriéndose la participación activa en ambos casos del empleador cliente que recibirá al personal. Es posible inclusive, que el empleador cliente realice esta formación con cargo al empleador que presta servicios. Aunada a esta obligación formativa el empleador deberá vigilar la salud de su personal mediante la realización de exámenes médicos periódicos.

Sobre el particular, el artículo 70° del RSST dispone que, los trabajadores que mantengan vínculo laboral con el empleador o con contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que hayan celebrado contrato con el empleador, tienen derecho a través de sus empleadores respectivos al mismo nivel de protección en seguridad y salud en el trabajo. Esto significa que el empleador contratista deberá replicar en su personal aquel nivel de protección que el cliente posea para el suyo, en tanto, sin duda, exista similitud en los riesgos laborales a los que se encuentren expuestos los trabajadores.

Asimismo, el artículo 79° del RSST señala que si el trabajador desplazado o destacado sufre algún tipo de accidente de trabajo en las instalaciones de la empresa cliente o se produce algún incidente peligroso, el empleador contratista deberá notificarlo a la autoridad laboral. Es importante precisar que el conjunto de obligaciones para aquellas empresas que desplazan o destacan personal, en tanto empleadoras, se encuentra contenido en el RSST (marco general), y en los siguientes dispositivos sectoriales:

todos los sitios donde los trabajadores tienen que permanecer y adonde tienen que acudir por razones de su trabajo y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador.

(15) LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ María Piedad. Presencia de trabajadores puestos a disposición en la empresa usuaria y prevención de riesgos laborales. Comentarios a la Ponencia Temática I presentados en el X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. p.522.

- Sector Construcción:

  Norma G 050 - Seguridad durante la construcción aprobada por Resolución Ministerial N° 290-2005-Vivienda.

  Normas Básicas de Seguridad e Higiene en Obras de Edificación, aprobadas mediante Resolución Suprema N° 021-83-TR.

- Sector Industria

  Reglamento de seguridad industrial aprobado por Decreto Supremo 42-F.

- Sector Minería

  Ley y Reglamento de Fiscalización de Actividades Mineras, Ley N° 27474, y Decreto Supremo N° 049-2001-EM.

  Reglamento de Seguridad e Higiene Minera aprobado mediante Decreto Supremo N° 046-2001-EM.

- Sector Electricidad

  Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo de las Actividades Eléctricas, aprobado por Resolución Ministerial N° 167-2007-MEM-DM.

- Sector Hidrocarburos

  Reglamento de Seguridad para las Actividades de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2007-EM.

Creemos necesario añadir que, de detectarse el incumplimiento por parte del empleador de alguna de sus obligaciones contenidas en el RSST o en las normas sectoriales, el empleador será pasible de ser sancionado económicamente. Es más, si se produce algún infortunio laboral, el trabajador involucrado o sus familiares legitimados podrán activar al aparato jurisdiccional para verse resarcidos económicamente mediante una demanda de pago de indemnización por daños y perjuicios, en tanto el empleador no pueda demostrar que actuó en forma diligente. Tengamos en cuenta que al tratarse de un deber de seguridad propio de la relación laboral, su infracción y posterior daño, generan la posibilidad de que el empleador sea condenado a pagar una indemnización por daños derivados de su responsabilidad contractual, o mejor dicho irresponsabilidad[16].

Responsabilidad del usuario o cliente de los servicios

Por parte del empleador cliente o usuario de los servicios, la doctrina considera que se genera una obligación de seguridad y salud adicional o añadida a la que como propia empresa, y prescindiendo de su condición de principal, le corresponde, respecto de sus propios trabajadores[17], pues deberá cumplir con un deber *in vigilando,* de verificar que quienes le desplazan personal cumplan con la normatividad en materia de seguridad ocupacional.

(16) Esta responsabilidad derivada de un incumplimiento laboral deberá ventilarse en un proceso laboral aplicando las normas del Código Civil sobre inejecución de obligaciones.

(17) NICOLAS BERNAD, Alberto. La descentralización productiva y la responsabilidad empresarial en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo. Comunicación a la Ponencia General presentada en el X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. p.235.

Como lo afirma López Romero[18], existen cuatro ejes fundamentales sobre los que se cimienta la responsabilidad del empresario cliente:

Información.- La empresa usuaria o cliente deberá informar al trabajador desplazado o destacado sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo, a través de su empleador. Los riesgos que requieren ser informados son aquellos que concurran de manera general en la empresa, como los específicos en el puesto de trabajo y las tareas a desarrollar, así como las medidas y actividades de prevención y protección.

Asimismo la usuaria o cliente debe recabar información necesaria del empleador contratista para asegurarse que el trabajador destacado: (i) ha sido considerado apto a través de un reconocimiento médico adecuado para realizar los servicios que deba prestar, (ii) posee las calificaciones, capacidades y formación requeridas para desempeñar las tareas que se le encomienden en las condiciones que vayan a efectuarse.

No deberá permitirse el inicio de prestación de servicios del trabajador hasta que no se tenga constancia de que se han cumplido las mencionadas obligaciones. En otras palabras, el contrato de prestación de servicios entre las empresas solo será posible si previamente se ha realizado una evaluación de riesgos laborales por parte de la empresa cliente y se ha cumplido con el deber de información indicado.

Debemos anotar que, así se trate de una contratación de servicios, ella no se ve desvirtuada por el hecho que el cliente cumpla con proporcionar al personal del contratista la información antes señalada. Si el servicio se llega a despersonalizar debido a la cantidad de operadores involucrados, el cliente podrá asegurarse que el contratista cumpla con su deber de información, mediante la plasmación del mismo en el contrato, sujetando el incumplimiento a ciertas penalidades, así como a través de la realización de auditorias periódicas.

Formación.- El cliente deberá verificar, como se señaló anteriormente, que el trabajador a ser desplazado se encuentre debidamente calificado para las actividades a desarrollar. Este deber de formación recaerá en su empleador.

Vigilancia de la salud.- La vigilancia de la salud es responsabilidad de la empleadora contratista, siendo altamente recomendable su verificación por parte de la empresa cliente.

Igualdad de trato.- Debe existir un trato equitativo en cuanto a seguridad y salud en el trabajo por parte de la empresa cliente entre su personal y el perteneciente al contratista, en tanto se encuentren expuestos a riesgos laborales similares.

La importancia del rol del empresario cliente en la seguridad y salud del personal desplazado en sus instalaciones nos lleva a afirmar que el personal de la empresa contratista o sub contratista por el hecho de trabajar en el centro de trabajo del empresario principal parece adquirir los mismos derechos de seguridad de los propios trabajadores, sin embargo, enfaticemos que la obligación del empresario principal no exime de responsabilidad al contratista de cumplir con sus obligaciones respecto a sus propios trabajadores. En efecto, el contratista no puede de ninguna manera desentenderse de su deber de otorgar seguridad a sus trabajadores.

(18) LOPEZ-ROMERO, ibid. p.518-522.

En cuanto a las obligaciones de la empresa cliente, el RSST establece en su artículo 61° que 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:

a) La coordinación eficaz y eficiente de la gestión en prevención de riesgos laborales.

b) La seguridad y salud de los trabajadores.

c) La verificación de la contratación de los 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 la puesta en marcha 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.

Advertimos que nuestra norma nacional recoge el deber *in vigilando* del empleador cliente o principal, y le exige el garantizar la seguridad y salud de los trabajadores de terceros, para lo cual deberá no solamente proveer de una instalaciones seguras en las cuales los trabajadores laboren sino también comprobar que las empresas empleadoras cumplan con sus deberes relativos a la seguridad y salud en el trabajo. Si bien la norma no lo señala expresamente, creemos que en caso de que el tercero (contratista) no cumpla, el principal podrá asumir las obligaciones y luego repetir contra su prestador de servicios para cobrarse el costo de las mismas. Adicionalmente, el artículo 17° del RSST dispone que los registros de accidentes de trabajo e incidentes y enfermedades ocupacionales deben ser llevados por la empresa usuaria o cliente para los trabajadores que desarrollan labores de intermediación laboral, así como para los contratistas, subcontratistas, siempre que las actividades se desarrollen en sus instalaciones.

Hasta aquí podemos advertir que nuestra legislación fija el ámbito del deber de seguridad del empleador cliente en tanto las actividades de los trabajadores del tercero se desarrollen en sus instalaciones. Creemos que podría ampliarse este ámbito si se recogiese la definición oitiana de "lugar de trabajo", pues abarca todos los sitios donde los trabajadores tienen que permanecer y adonde tienen que acudir por razones de su trabajo y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador, por lo que, si los trabajadores del tercero prestan servicios fuera de las instalaciones del cliente, a pedido de él, pero adicionalmente, empleando máquinas, útiles o productos del cliente, entonces el cliente deberá también ser responsable de que dicho personal realice sus labores con seguridad.

Ahora bien, si el empleador cliente incumple con ese deber de protección que le exige su condición de receptor de trabajadores de terceros, nuestra legislación prevé en el artículo 42.2 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, Decreto Supremo N° 019-2006-TR, que, la empresa principal o cliente responderá directamente de las infracciones que, en su caso se cometan por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores de las empresas y entidades contratistas y subcontratistas que desarrollen actividades en sus instalaciones.

Si concordamos esta disposición con el artículo 61° antes citado del RSST, podemos colegir que, si el tercero no cumple con alguna obligación en materia de seguridad ocupacional relativa al personal que ha desplazado en el centro de trabajo de un cliente, ese cliente será quien responda frente a la autoridad inspectiva laboral. Recordemos que el RSST regula un deber de vigilancia por parte del cliente, por lo que, si cumple con dicha responsabilidad no debería ser sancionado. Añade el artículo 42.2, que las empresas usuarias de empresas de servicios temporales y complementarios, responderán directamente de las infracciones por el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores destacados en sus instalaciones.

En suma, nuestro dispositivo que regula la seguridad y salud en el trabajo, es muy escueto en cuanto a las obligaciones de la empresa cliente en este rubro, resulta ser bastante drástico si el cliente incumple con su deber de vigilancia. Creemos apropiada esta consecuencia.

Finalmente, anteriormente indicamos que, de presentarse algún infortunio laboral, en tanto el mismo fuese producto de la "irresponsabilidad contractual" del empleador contratista, el trabajador afectado o sus familiares legitimados podían recurrir a la vía judicial para ser indemnizados, estas mismas personas podrán involucrar extracontractualmente a la empresa cliente, si se presenta algún daño por dolo o culpa del cliente o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa[19].

IV. CONCLUSIONES

La subcontratación de trabajadores se presenta como una forma flexible de organización empresarial que permite a la empresa ser más eficiente al concentrarse en su núcleo esencial (core business) y encargar (descentralizar o externalizar) a terceros actividades periféricas e inclusive alguna parte del propio core (núcleo). Esta flexibilidad de ninguna manera exime a las empresa involucradas en esta externalización de sus responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo, pues, como se ha visto en la presente ponencia, se exige que el empleador que desplaza o destaca personal cumpla con sus obligaciones como tal, es decir, de otorgar seguridad y condiciones adecuadas de trabajo a su personal, así como al empleador dueño del lugar de trabajo a asegurarse que el espacio físico donde los trabajadores del tercero sea lo más seguro posible e inclusive, que el propio tercero cumpla con sus deberes de seguridad y salud en el trabajo.

Este deber *in vigilando* permanente en cabeza de la tercera empresa genera una responsabilidad adicional a la que ya posee en relación a sus propios trabajadores.

Si bien, la subcontratación de mano de obra hace más evidente el contacto entre el cliente (usuario) y el personal destacado, en tanto aquel asume algunos aspectos del poder directivo del empleador contratista, por lo que garantizar la seguridad y salud en el trabajo de este personal resultaría más sencillo en términos prácticos, en el caso de una subcontratación de bienes o servicios, donde el contacto en casi nulo pues no existe subordinación por parte del personal desplazado respecto al cliente, el cliente podrá, sin conocer personalmente a

(19) Esta responsabilidad deberá dilucidarse en un proceso civil aplicando las normas del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual.

cada trabajador, coordinar con el encargado del contrato, jefe de equipo, supervisor, o como se le denomine, en tanto empleador del contratista, la existencia de medidas concretas de seguridad y el acatamiento de las mismas por el personal.

Es más, somos de la opinión que deberá incorporarse en el contrato de servicios una cláusula relativa a las obligaciones de ambas partes en relación a la seguridad y salud del personal, las consecuencias del incumplimiento (penalidades o resolución del contrato), así como la potestad del cliente de realizar inspecciones o verificaciones del acatamiento de las reglas legales por parte del contratista y de sus trabajadores. Estas medidas, que tienen su justificación positiva en el RSST no deben significar la desnaturalización de la subcontratación de servicios, verificación (vigilancia) no significa poder de dirección[20]. Tengamos además en cuenta que, si es detectado algún incumplimiento relativo a la seguridad y salud en el trabajo, el cliente responderá directamente ante la autoridad inspectiva laboral.

El contratista, en forma previa al destaque, como vimos, deberá asegurarse que el trabajador haya recibido la formación necesaria para desempeñarse en el puesto al cual va a ser asignado, en tanto el cliente debe verificar la adecuada información y destrezas del trabajador en forma previa a la puesta en marcha del contrato. En general, se ha señalado que existen dos empleadores involucrados, cada uno con una serie de obligaciones claras que deben ser puestas en práctica. Nuestro ordenamiento, sin embargo, no le dedica mucho detalle a ello, no precisa los cuatro ejes fundamentales antes indicados y se limita a señalar en forma muy general la obligación *in vigilando* de la empresa cliente, siendo drástico en caso de una infracción a la misma.

Nuestro sistema legal podría verse enriquecido, a nuestro entender, si se incorpora lo siguiente:

- La obligación del proveedor de servicios o de mano de obra de capacitar al personal en las labores a realizar en forma teórico-práctica e informarle detalladamente de los riesgos que entrañan sus actividades. Esto deberá realizarse en coordinación con la empresa cliente, la que se encontrará obligada de proveer dicha información. La información en mención deberá actualizarse si existe algún cambio en las condiciones de trabajo.
- La prohibición de desplazar personal si no ha existido una debida capacitación, la cual deberá acreditarse por el empleador.
- La obligación del empleador contratista de monitorear periódicamente la salud de su personal, previo consentimiento de este. El cliente deberá apoyar en dicho monitoreo informando qué exámenes son los más apropiados de acuerdo a los riesgos laborales.
- La exigencia de una estrecha coordinación entre el empleador contratista y el cliente en relación a las medidas de seguridad y salud en el trabajo a adoptar.
- La capacitación continua del personal desplazado o destacado para hacer frente a los nuevos riesgos laborales que pudieran generarse en su lugar de trabajo.

(20) Advirtamos que nuestras normas sobre tercerización establecen que la misma se entiende desnaturalizada si existe subordinación del personal destacado respecto a la empresa cliente.

- La posibilidad que el personal desplazado o destacado participe en el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo formado en el cliente, pues a ellos les es aplicable el reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo del cliente.
- Se debería modificar el capítulo de sanciones previsto en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo incluyendo las consecuencias de incumplir con los deberes anotados (cuya incorporación se sugiere) así como los y existentes.
- En consecuencia, creemos que nuestras normas internas deben precisar las obligaciones de ambas partes, quedando claro el ámbito de las mismas y que al final el objetivo del sistema es garantizar un ambiente de trabajo seguro y digno para quienes se desempeñen laboralmente en él.

A PROPÓSITO DE LA RECIENTE APROBACIÓN DE LA LEY QUE LA REGULA LA TERCERIZACION EN SISTEMA LABORAL PERUANO

OMAR TOLEDO TORIBIO[1]

La Ley 27626, (08/01/02), ha regulado en nuestro país la actividad de las empresas especiales de servicios (*services)* y de las cooperativas de trabajadores. Esta norma no ha previsto la figura del *outsourcing* o la tercerización de servicios. Sin embargo, el artículo 4º del Decreto Supremo Nº 003-2002-TR –reglamento de la citada ley– ha efectuado un inventario de un conjunto de figuras que según la misma norma no constituyen intermediación laboral, entre ellas, los contratos de gerencia, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Que, de lo anterior de puede concluir que el Reglamento de la Ley 27626 ha introducido la ***tercerización de servicios*** con la finalidad de excluirla del ámbito de la aplicación de la misma.

Teniendo en cuenta que la norma reglamentaria citada era la única que se refería en nuestro espectro legal a la tercerización de servicios, la aplicación, o mejor dicho la mala

(1) Magíster en Derecho (UNMSM). Vocal Superior Titular de la Segunda Sala Laboral de Lima. Estudios de Maestría en Magistratura en la Universidad de Buenos Aires-Argentina (UBA) y de Formación Judicial Especializada en el *Aula Iberoamericana,* La Coruña, España- en el año 2000. Post título en Derechos Fundamentales (PUCP). Profesor de la Academia de la Magistratura. Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Sección de pre y post grado) de la Universidad de San Martín de Porres

aplicación, de este mecanismo ha originado malestar en determinados sectores laborales, especialmente en el área de la minería. Esto ha suscitado un debate acerca de la necesidad de reglamentar de manera mas extensa y completa la aplicación del *outsourcing*, habiéndose expedido el Decreto Supremo N°. 020-2007-TR (E.P. 20/09/07) que amplía el artículo 4 del precitado Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, incorporándose los artículos 4°-A, 4°-B y 4°-C, y recientemente a fines del mes pasado (28 de mayo de 2008) se ha aprobado en el Congreso de la República la denominada ***ley que regula los servicios de tercerización***, norma que se encuentra en manos del Poder Ejecutivo para su promulgación u observación.

Sin embargo, antes de referirnos a la novísima norma consideramos necesario destacar algunos aspectos de la intermediación laboral y la tercerización (*outsourcing*). La tercerización o subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios, o descentralización, supone que la producción o prestación se realice de manera organizada bajo la dirección y el control del contratista, usualmente una empresa, que cuenta con un patrimonio y una organización propia dedicada a la producción de bienes o servicios, la cual se realiza a favor del contratante dentro del centro de labores de este (*insourcing)* o fuera de él *(outsourcing)* , de manera que los trabajadores de la contratista se encuentran bajo las órdenes y el control de este y no del contratante, y para su realización además se requiere de total independencia administrativa y funcional de la actividad tercerizada de las demás que realiza la empresa contratante de modo que su tercerización no entorpezca su normal desenvolvimiento, así tenemos el típico ejemplo de la tercerización de la contabilidad de una empresa.

En doctrina, la tercerización es conocida como *outsourcing*, figura que es definida por Juan Raso Delgue como "la transferencia al externo de la empresa de etapas de la gestión y de la producción, reteniendo esta el control sobre las mismas"(2). Por otro lado, Jorge W. Peyrano, señala que "Una posible forma de definir el término *outsourcing* es atendiendo a su etimología. La traducción de la expresión inglesa *out sourcing* hace referencia al recurso a fuentes externas para lograr el fin deseado. En este sentido, el *outsourcing* se presenta como una oportunidad para incorporar a la empresa una serie de capacidades de las que no se dispone. Así, mediante el *outsourcing* los directivos tratan de configurar un mapa de competencias que les permita mantener y mejorar su posición competitiva. La empresa que acomete un proceso de *outsourcing* deja de gestionar internamente la operativa de una serie de funciones o procesos, que no están relacionados con sus competencias nucleares, para adquirirlas a un proveedor externo"(3).

En la actualidad el *outsourcing* o tercerización constituye un fenómeno muy difundido en el ámbito empresarial. Ben Schneider, señala que " se requiere de una herramienta de gestión a través de la cual una organización pueda optar por concentrarse únicamente en su *core businesss* (*actividad distintiva*, según el propio Schneider) y no tomar parte en procesos importantes pero no inherentes a su actividad distintiva. Para dichos procesos existe la posibilidad de contratar a un proveedor de servicios especializados y eficiente que, a la larga, se convierta en un valioso socio de negocios. En eso consiste el *outsourcing*"(4)

(2) En Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y Derecho del Trabajo, Fundación de la Cultura Universitaria, Montevideo, año 2000, pp.38.

(3) *La Privatización, Transferencia o tercerización de funciones judiciales*, En Revista Uruguaya de Derecho Procesal 3/2000, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Uruguay.

(4) OUTSOURCING la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios. Grupo Editorial Norma, abril 2004, pag. 31.

A diferencia de la tercerización, la intermediación laboral constituye una figura distinta. En efecto, mediante la intermediación laboral una empresa denominada usuaria contrata a otra de servicios para que le suministre o proporcione personal, el cual, si bien prestará sus servicios a favor de la compañía usuaria, no sostendrá vínculo laboral con esta última y se mantendrá bajo la dirección y control de la empresa de servicios. La Ley 27626 regula la intermediación laboral en nuestro medio, la misma que establece que se puede recurrir a la intermediación en tres supuestos taxativos siempre que no impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria: a) la prestación de servicios temporales; b) la prestación de servicios complementarios y c) la prestación de servicios especializados. Asimismo, se ha establecido que la intermediación puede ser prestada por personas jurídicas, llámese empresa de servicios (*service*) o una cooperativa de trabajadores, siendo que el número de trabajadores de empresas de servicios o cooperativas que pueden prestar servicios a las empresas usuarias, bajo modalidad temporal, no podrá exceder del 20% del total de trabajadores de la empresa, en tanto que dicho porcentaje no será aplicable a los servicios complementarios o especializados, siempre y cuando la empresa de servicios o cooperativa asuma plena autonomía. A ello hay que agregar que recientemente mediante el D.S.N° 008-2007-TR (27.4.07) se han modificado las definiciones contenidas en el D.S. 03-2002-TR, de tal forma que se define como "actividad principal" (prohibida para intermediación laboral) a aquella actividad consustancial al giro del negocio como son las actividades de exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización, esto es, toda actividad sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones.

Podemos concluir que mediante la tercerización la empresa beneficiaria va a contratar con miras a satisfacer el requerimiento de un bien determinado o servicio especializado, no de una prestación personal de los trabajadores de la contratista como si sucede en la intermediación. Al efectuar la distinción entre las citadas figuras Ben Schneider considera que "existe una diferencia radical entre simplemente complementar recursos a través de la intermediación laboral y la implementación de un verdadero *outsourcing*. Este último involucra una reestructuración sustancial de una actividad particular de la empresa, que incluye, frecuentemente, la transferencia de la operación de procesos de central importancia, pero no directamente vinculados con el *core bussiness* de la empresa, hacia un proveedor especialista"(5).

Resulta innegable la importancia del *outsourcing* o tercerización como herramienta de gestión de la empresa moderna que contribuye a hacerla competitiva. Sin embargo, nosotros somos partícipes de la corriente antes reseñada en el sentido de que una empresa puede tercerizar o descentralizar todas sus actividades, excepto aquellas que tienen que ver con su *core bussiness*, esto es su actividad nuclear. De esta forma, una empresa dedicada a prestar servicios de salud, como puede ser una clínica, puede tercerizar la actividad vinculada al lavado de la ropa de cama e incluso el servicio de alimentación de los pacientes pero no podría descentralizar la actividad vinculada estrictamente a la prestación de los servicios de salud como son las consultas médicas o las operaciones quirúrgicas. De igual forma, una Universidad no podría tercerizar su actividad nuclear que consiste en brindar servicios de enseñanza y formación profesional pues de lo contrario se estaría desvirtuando la naturaleza de este mecanismo de gestión y consecuentemente afectando los derechos laborales de los

(5) Ob.cit. pag. 32.

trabajadores puesto que, para citar un ejemplo, el monto de las utilidades no sería el mismo entre lo percibido por el trabajador incluido en las planillas de la empresa usuaria y lo percibido por el trabajador de la empresa contratista.

No obstante, es preciso señalar que este criterio no es compartido por todos quienes tienen preocupación por los temas de carácter laboral pues existe otra opinión en el sentido de que si es posible que la empresa puede tercerizar todo tipo de actividades, incluso su actividad nuclear.

I. EL DECRETO SUPREMO N° 020-2007-TR

El artículo 4°-A del Decreto Supremo N° 020-2007-TR señala que los contratos de tercerización de servicios a que se refiere el artículo 4 del mismo decreto supremo "con desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no pueden tener por objeto afectar los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores y deben constar por escrito, especificando cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en que unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza. Las empresas que desplazan personal deben contar con recursos económicos suficientes para garantizar el pago de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados".

El artículo 4°-B de la nueva norma hace referencia a la desnaturalización de la tercerización estableciendo que la contratación de servicios que incumpla las disposiciones del artículo 4°, antes citado, o que implique la simple provisión de personal, origina que los trabajadores desplazados tengan una relación laboral directa con la empresa principal.

Finalmente, el artículo 4° -C de la norma en comento bajo el rubro de garantía de derechos laborales determina que los trabajadores bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo intedeterminado y que este derecho "se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización de servicios, que estén bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, respecto a su empleador". (sic.). Asimismo, uno se los aspectos saltantes de la citada norma consiste en que dispone que la tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad, incluyendo aquella realizada en la tercerización de servicios no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación de los trabajadores amparados por el fuero sindical.

II. LA LEY QUE REGULA LOS SERVICIOS DE TERCERIZACIÓN

La Ley recientemente aprobada recoge en gran medida las disposiciones que ya se habían previsto en el Decreto Supremo N° 020-2007-TR. Sin embargo, existen algunos aspectos que es preciso comentar respecto al texto aprobado por el Congreso de la República.

El artículo define lo que se entiende por tercerización en los siguientes términos: *se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva*

subordinación. Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.

Si bien en el artículo transcrito se define la tercerización, no se delimita el tema referido a que si mediante la tercerización se puede descentralizar o no la actividad nuclear – *core businesss* - de la empresa, aspecto respecto del cual hemos fijado nuestra opinión, líneas arriba. Sin embargo, al hacer mención la Ley en el sentido de que se entiende por tercerización *la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras,* podemos concluir que son esas dos unicas las posibilidades de tercerización, esto es, para el cumplimiento de actividades especializadas u obras, lo cual, desde ya, constituye un avance frente a la posiblidad de que se pueda contratar trabajadores, vía tercerización, de manera irrestricta.

Por otro lado, es preciso referirnos al artículo 5 de la Ley el cual regula los supuestos de desnaturalización de la tercerización, aspecto que resulta importante, aunque, en el ámbito jurisdiccional jurisdiccional, ya se han venido dando pronunciamientos que precisamente han declarado la desnaturalización o simulación de la tercerización, aunque, claro está, mediante la aplicación del principio de *primacía de la realidad* .

Finalmente, el tema que ha suscitado mayor debate es el referido a la regulación contenida en el artículo 9° de la Ley que establece lo siguiente*: La empresa principal que contrae la realización de 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. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.*

La norma contenida en este numeral tiene evidentemente el objetivo de resguardar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores inmersos en este sistema de contratación, regulación que podemos ver en otras legislaciones como es el caso del artículo 30 de la ley argentina de contrato de Trabajo, Ley 20.744, norma que según la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal de Argentina, en la resolución expedida en el Plenario " Ramirez C/ Russo Comunicaciones e Insumos S.A", impone de una manera inequívoca la responsabilidad solidaria, como medio para proteger al trabajador (acreedor), en el marco de una segmentación del proceso productivo que, más allá de su legitimidad, puede traer aparejada, al menos en el terreno de las hipótesis, la afectación o licuación de la solvencia.

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 Nº 29245, precisada por el Decreto Legislativo Nº 1038 publicado el 25 de junio de 2008, recientemente reglamentado por el Decreto Supremo Nº 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 Echecopar.

(2) Efectivamente, el Decreto Supremo Nº 020-2007-TR, publicado el 20 de setiembre de 2007, incorpora los artículos 4-A, 4-B y 4-C al Decreto Supremo Nº003-2002-TR, que reglamenta la Ley Nº27626, 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 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 1° 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 Sanguineti, 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 Sanguineti 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 descontinuación 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 descontinuación 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 descontinuado 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 descontinuar 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 descontinuar 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 contratas

En materia de subcontratación de servicios resulta bastante interesante abordar el tratamiento que correspondería a los supuestos de sucesión de contratas, 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 contratas. 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 contratas, 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. Sanguineti 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 una 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 descontinuar 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 contratas, 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".

implementadas por la ONP y las AFP contribuyen a garantizar un acceso equitativo, eficiente y oportuno a los derechos pensionarios o si por el contrario constituyen fuentes de inequidad. Finalmente propondremos algunas recomendaciones.

II. LA TERCERIZACIÓN COMO INSTRUMENTO DE GESTIÓN

1. Objetivo de la tercerización

El concepto de tercerización proviene de la Administración, específicamente es un concepto vinculado con el diseño organizacional y el planeamiento estratégico dirigido a trasladar a otras organizaciones etapas o procesos productivos que podrían ser asumidos directamente por la empresa. El sentido de la tercerización es buscar una ventaja competitiva mediante la utilización de servicios de proveedores especializados o a través de la reducción de costos principalmente por economía de escala.

La tercerización se extendió en un contexto de fuerte competencia en que la actividad empresarial estaba cada vez más dirigida a la especialización y las organizaciones buscaban concentrarse en lo que mejor realizaban trasladando a otras empresas actividades que estas podían hacer más eficientemente. La tercerización constituye una decisión de gestión que permite a la organización concentrarse en el núcleo de su negocio, el llamado *core business*, cediendo a terceros la realización de actividades complementarias que dicho tercero puede realizar de mejor manera. Así, concentrarse en el núcleo del negocio permitiría a las empresas mostrar sus ventajas competitivas, posicionarse en el mercado, racionalizar su producción, mejorar su rentabilidad y crecer.

Sin embargo, sobre todo en países con escasa regulación o autotutela sindical, la experiencia demostró que la tercerización de servicios podía ser utilizada con el principal objetivo de evitar obligaciones de carácter laboral y tributario. Por ejemplo, evitar la formación de organizaciones sindicales, evadir la aplicación de convenios colectivos, afectar la participación de los trabajadores en las utilidades, incurrir en tratamientos discriminatorios y en los casos más extremos incumplir con el pago de remuneraciones y beneficios. Asimismo, un mal uso de esta herramienta de gestión permitía una menor recaudación tributaria mediante la transferencia de utilidades o gastos de unas empresas a otras (por lo general empresas vinculadas) mediante el pago de retribuciones distintas al valor de mercado.

Por ello, la regulación legal ha buscado limitar los efectos negativos de la utilización de la tercerización como mecanismo de reducción ilegítima de obligaciones laborales y tributarias. A nivel laboral mediante el establecimiento de sistemas de responsabilidad solidaria y en materia tributaria mediante la aplicación de estudios de precios de transferencia. Sin embargo, creemos que los mecanismos establecidos a nivel laboral en nuestro país resultan insuficientes ya que solamente regulan los casos más evidentes de trasgresión laboral (incumplimiento de obligaciones legales en caso de desplazamiento de trabajadores y con un plazo de prescripción menor al ordinario[3]).

(3) El requerimiento de desplazamiento de personal relativiza sustancialmente la eficacia de la responsabilidad solidaria. Asimismo, el plazo de prescripción de un año finalizado el destaque limita la capacidad real de ejercicio del derecho.

Aún más cuestionable y discriminatorio resulta el hecho que se haya excluido por vía reglamentaria de la aplicación de la Ley N° 29245 a las entidades públicas. El artículo 2° del Decreto Supremo 006-2008-TR establece que "La tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia".

En todo caso, desde las Ciencias Administrativas el sentido de la tercerización es obtener una mayor eficiencia y calidad en la gestión, bien sea por la búsqueda de una mayor especialización de los procesos operativos y administrativos, o por el aprovechamiento de economías de escala (reducción de costos por la alta frecuencia de actividades y producción en serie). En este sentido, el sistema legal deberá desincentivar y sancionar la utilización de este mecanismo de gestión con finalidades fraudulentas sin limitarlo excesivamente al punto de afectar la eficiencia de las empresas[4].

Ahora bien, no obstante sus ventajas, la tercerización también ofrece dificultades y limitaciones a nivel de gestión. La empresa principal puede perder el control de una parte del proceso productivo, poniendo en riesgo la calidad del servicio y la satisfacción del cliente. En efecto, si la visión de la empresa se concentra primordialmente en la reducción de costos, podría perderse el control sobre la etapa o proceso transferido, así como la administración de la información generada. Ello sería más grave si el proceso o etapa transferido corresponde a una actividad principal de la organización que debiera generar mayor valor.

2. Determinación de procesos centrales y accesorios

La decisión de tercerizar etapas productivas o procesos requiere que se identifiquen las actividades centrales de la organización y aquellas complementarias o accesorias. A partir de ello se podrá diseñar el grado de centralización o descentralización de la empresa. Por ello, se suelen diferenciar los procesos que se desarrollan al interior de las organizaciones mediante un procedimiento denominado de "frugalización" de procesos[5]. Una primera gran división de procesos será entre los denominados procesos operativos y los procesos administrativos. Los primeros son aquellos en que se tiene contacto con el cliente al inicio, al final o durante el proceso. Los procesos administrativos apoyan los procesos operativos y normalmente no tienen contacto directo con el cliente.

Entre los procesos operativos tenemos el desarrollo de productos, la adquisición por clientes, la identificación de sus requerimientos, la manufactura, la administración de compras, el servicio postventa, la logística integrada, etc. Los procesos administrativos están conformados por el monitoreo del desempeño, la administración de información, de activos, de recursos humanos, el planeamiento y la asignación de recursos.

(4) En este sentido, resulta contradictorio que el Reglamento de la Ley de Tercerización señale que la aplicación de esta norma "comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores (...)". Esta redacción podría implicar dos escenarios, ambos cuestionables: o bien que no se aplicará esta Ley a la tercerización de actividades complementarias y especializadas (excluyendo justamente los sectores donde la tercerización cobra mayor sentido). O bien que la provisión de actividades complementarias y especializadas solamente podrá realizarse mediante entidades de intermediación con las limitaciones y problemas que ello genera a nivel de gestión.

(5) D'Alessio, Fernando. "Administración y Dirección de la Producción. Enfoque estratégico y de calidad". Centrum. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2ª Edición. Pearson Educación. 2004. pp. 42-48.

Un aspecto fundamental en el diseño estratégico es determinar los procesos centrales de la organización. Aquellas actividades que generen mayor valor serán las que en principio deberían mantenerse bajo control directo de la organización y las que no sean sustanciales serán las cedidas a terceros.

3. Estructura organizativa y tercerización

Según Robbins y Coulter[6] se pueden diferenciar diseños organizativos tradicionales y contemporáneos. Entre los primeros figuran las organizaciones con estructura simple (limitada formalización y amplio control), con estructura funcional (dividida por especialidades ocupacionales similares o relacionadas) y con estructura de divisiones (integrada por unidades separadas y parcialmente autónomas).

Entre los diseños organizacionales contemporáneos tenemos a las estructuras conformadas por equipos, las estructuras matriciales de proyectos, las llamadas estructuras "sin límites" y las estructuras de "gestión del conocimiento". Estas últimas son las más exitosas y se caracterizan porque han desarrollado la capacidad de aprender, adaptarse y cambiar continuamente. Esta capacidad se vuelve una fuente sostenible de ventaja competitiva e implica el desarrollo de equipos permanentes.

Las organizaciones sin límites son aquellas que no tienen una estructura permanente sino que se conforman sobre la base de equipos según las necesidades concretas. Por definición serán las que recurran en mayor medida a la tercerización de actividades y estarán vinculadas a proyectos específicos. Características comunes a estas organizaciones son eliminar la cadena de mando, aspirar a una amplitud de control y reemplazar los departamentos con equipos.

Son ejemplos de organizaciones sin límites la organización virtual, la organización en red y la organización modular. La primera es aquella integrada por un pequeño grupo de empleados permanentes y que contrata temporalmente especialistas o proveedores externos según las necesidades. La organización en red es aquella que cuenta con una reducida organización central y desarrolla importantes actividades operativas y administrativas con terceros. La organización modular es aquella que recurre a proveedores externos para que la abastezcan de componentes o módulos de productos que después se ensamblan. Como se observa el diseño de la organización tendrá en cuenta el tipo de bien o servicio que se quiera ofrecer y el sector del mercado al que se pretende satisfacer. En otras palabras, el diseño organizacional responde a la mejor manera de satisfacer las necesidades de los clientes o usuarios, de la forma más oportuna y eficiente. Si estamos ante actividades vinculadas con la satisfacción de necesidades protegidas constitucionalmente (derechos pensionarios) y que además requieren de una administración sólida, profesional y sostenible en el tiempo corresponde preguntarse cuál será el modelo organizativo más adecuado.

III. TERCERIZACIÓN DE ACTIVIDADES ESTATALES

Específicamente respecto de la tercerización en el Estado Enrique Vásquez ha señalado que debería tener por objeto mejorar la eficiencia de los bienes y servicios

(6) Robbins, Stephen y Coulter, Mary. "Administración". Octava Edición. Pearson Educación. México 2005. pp. 244-246

públicos[7]. El objetivo de la tercerización sería aprovechar los beneficios del libre mercado (producir con menor costo, innovar y responder a necesidades cambiantes) sin sacrificar la calidad del servicio ni la equidad, con el objeto de lograr una ganancia social.

En este sentido, señala que la tercerización en este ámbito surgió como parte de políticas de reforma del Estado que debían ir acompañadas de otros procesos como la descentralización, la participación ciudadana y la adopción de gestión por resultados.

En el sector público, la responsabilidad por la prestación de un servicio público permanece en el Estado a pesar que su provisión pueda encontrarse en manos de una entidad privada. Por ello, continuarán siendo facultades del Estado la planificación y diseño, así como la evaluación y control[8]. Estos aspectos se manifiestan en la elaboración de las bases del proceso de contratación, el modelo de contrato, las especificaciones y términos de referencia, los estándares de servicios, los mecanismos de control, y la evaluación y penalidades por incumplimiento, entre otros aspectos.

Los mecanismos de control son relevantes, porque con ellos se busca corregir las distorsiones que se pueden presentar en la ejecución del contrato, con el fin que se cumplan los objetivos trazados al momento de optar por la tercerización. Con la evaluación se busca obtener información que permita a la Administración determinar si la tercerización logró mejorar la eficiencia en la prestación del servicio y el nivel de satisfacción del usuario.

IV. ADMINISTRACIÓN DE LOS SISTEMAS DE PENSIONES

En doctrina se reconocen como principios de la Seguridad Social el principio de solidaridad vinculado al financiamiento, el principio de universalidad referido a la cobertura (objetiva y subjetiva), el principio de integralidad respecto de las prestaciones y el principio de unidad respecto de la gestión. Originalmente se entendió como manifestación del principio de unidad la existencia de una administración única y centralizada. En particular la existencia de un gran ente, por lo general estatal o autónomo encargado de recaudar los recursos y administrar las prestaciones. Sin embargo, esta concepción ha sido relativizada permitiéndose la participación privada e incorporando mecanismos de libre competencia (dentro de ciertos límites). Asimismo, se busca fortalecer los distintos niveles de gestión e incentivar la participación de los asegurados y beneficiarios. Deberá tenerse en cuenta que trasladar ciertas competencias a los privados no exime al Estado de su responsabilidad general no solo como regulador o supervisor sino también como garante de prestaciones reconocidas constitucionalmente[9].

(7) Vásquez, Enrique. "Gerencia Estratégica de la Inversión Social". 1a Edición. Junio de 2008. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Icono Comunicadores. Pp. 520

(8) Tomado de Ramió Carles y García Oriol: "La Externalización de los Servicios Públicos en España: la Necesidad de Repensar una Nueva Gestión Pública Planificada, Controlada y Evaluada". Revista del CLAD Reforma y Democracia N° 35.

(9) Así se ha llegado a señalar que "en materia de administración de la seguridad social, estamos en el terreno de "principios" accesorios o contingentes y no en el de los principios verdaderamente generales. La vigencia de uno u otro principio (unidad – pluralidad – participación) será accesoria a la opción política por uno u otro modelo de seguridad social (estatal, centralizado, unitario o participado, descentralizado, pluralista)". Ermida Uriarte, Oscar.- "Los principios de la seguridad social". En Plá Rodríguez, Américo y otros.- "La seguridad social en el Uruguay". Fondo de Cultura Universitaria. Octubre de 1991. pág. 47.

Los criterios de oportunidad y suficiencia están directamente vinculados con la calidad en la gestión. El primero se refiere a que las prestaciones deben de ser otorgadas en el momento adecuado y oportuno. La entrega de las prestaciones en el momento requerido se convierte en muchos casos en un asunto de subsistencia. La suficiencia esta vinculada con la calidad y cantidad de las prestaciones. Estas deberán garantizar condiciones de vida no solo mínimas sino suficientes. La suficiencia se refiere no únicamente a la provisión de medios de subsistencia sino a condiciones de vida digna.

Una investigación de la OIT ha considerado como Principios de Buena Administración de las instituciones de Seguridad Social[10] los siguientes:

- Alcance del control. Es decir, buscar un número óptimo de subordinados sobre los que un directivo puede ejercer eficazmente sus funciones de control. Aumentar el número de subordinados disminuye el grado y la eficacia del control. Consideramos que el uso excesivo (abuso) de la tercerización limita el alcance del control.
- Niveles de administración. Un número excesivo de niveles de administración reduce la eficacia de la comunicación y el control.
- Unidad de mando. Cada persona debe de reportar a un solo supervisor o superior jerárquico. Este criterio incide en la organización por equipos y el liderazgo organizacional.
- Delegación de funciones. El trabajo se debe delegar a los subordinados, investidos de la autoridad suficiente para cumplir con sus responsabilidades. La delegación de responsabilidades no significa pérdida de responsabilidad. Este criterio, se vincula con el *empowerment* desarrollado por las teorías de comportamiento organizacional más modernas.
- Asignación racional de tareas con el objeto de aprovechar de la manera más eficiente las competencias de los trabajadores.
- Decisiones para la acción. Es decir, tratar los asuntos que requieren una decisión en el círculo más próximo al lugar en que se emprenderá la acción. Este criterio, se vincula con la oportunidad de las prestaciones.
- Estructura jerárquica y estructura funcional. Incide en la importancia de separar el control de las operaciones (función administrativa) de la prestación del servicio o asesoramiento de unidades operacionales.

Como se aprecia estos criterios requieren de una estructura organizativa adecuada que gestione eficientemente los procesos centrales de la entidad y que mantenga la responsabilidad general de la organización, asignando de manera racional las actividades y manteniendo una unidad de mando. En este sentido, se señala que "a todas las administraciones de seguridad social se les plantea el desafío de garantizar un servicio eficaz, eficiente y oportuno"[11].

(10) Organización Internacional del Trabajo. "Administración de la Seguridad Social". Oficina Internacional de Trabajo. Ginebra. Primera Edición. 2001. pág. 25.
(11) Organización Internacional del Trabajo. Op. Cit. Pág. 6.

Respecto de los procesos involucrados en la gestión de los sistemas de pensiones este informe de la OIT señala que independientemente de la estructura que se adopte, un aspecto importante y común a todas las instituciones es la necesidad que la administración tenga la capacidad de procesar, calcular y pagar las prestaciones de manera oportuna. Se consideran otros aspectos comunes la planificación de funciones de contabilidad y gestión financiera, y la supervisión del cumplimiento satisfactorio de la legislación.

Se debe destacar que la administración de estos sistemas no esta vinculado únicamente con aspectos técnicos sino que tiene como sustento que "el Gobierno tiene la responsabilidad fundamental de garantizar el bienestar general social y económico de la población"[12].

V. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN

Con relación a la gestión y el otorgamiento de prestaciones, nuestra Constitución establece que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, y supervisa su eficaz funcionamiento. Como hemos indicado anteriormente el texto constitucional ante una primera lectura pareciera bastante amplio y flexible permitiendo distintos modelos de protección social, sin embargo, teniendo en cuenta los fundamentos de la seguridad social, aún cuando se permite la coexistencia de gestores privados, públicos y mixtos, ello no debe afectar su finalidad universalista y redistributiva[13].

La cobertura universal y el financiamiento solidario requieren de una actuación del Estado en la construcción de niveles básicos de bienestar. En los últimos años se ha discutido mucho acerca de si la empresa privada puede garantizar niveles suficientes de protección siendo la tendencia actual reconocer la necesidad de la actuación estatal de determinados ámbitos. La exigencia impuesta al Estado de "garantizar" el acceso libre a prestaciones sociales mediante entidades públicas, privadas o mixtas supone la existencia de la previsión pública. Creemos que nuestro modelo constitucional reconoce el pluralismo en materia de seguridad social y la participación de los interlocutores sociales dentro de un marco de supervisión y garantía estatal.

La actuación pública no debería manifestarse solamente en el financiamiento de las pensiones, sino también en la administración de los fondos y el otorgamiento de las prestaciones, reconociendo un espacio propio a los particulares. Un sistema de protección social como el recientemente creado para las micro empresas que privilegie la administración privada (de fondos públicos y de los trabajadores) no sería coherente con el mandato constitucional[14]. La actuación del Estado en seguridad social no es subsidiaria sino que

(12) Organización Internacional del Trabajo. Op. Cit. Pág. 7.
(13) Ver Vidal Bermúdez, Alvaro y Sánchez Reyes, Christian. Sistema Privado de Pensiones y Derecho a la Seguridad Social. En Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Impreso Gráfica S.A. Lima. 2006. pág. 959.
(14) El Decreto Legislativo N° 1086 que modifica el régimen de la micro y pequeña empresa ha creado el denominado Fondo de Pensiones Sociales, el cual será financiado con aportes de los trabajadores y del Estado y administrado según concurso por una AFP, Compañía de Seguros o Banco. Se establece que este régimen otorgará pensiones de jubilación cumplidos 65 años de edad y realizadas 300 aportaciones efectivas (25 años). Aún cuando se trata de un régimen voluntario que no garantiza cobertura efectiva, se esta creando un sistema que requiere mayor tiempo de aportación que el régimen general, financiado por trabajadores

más bien implica un rol como garante de derechos. Así lo ha destacado el Proyecto de Ley que establece un "Sistema Integrado de Seguridad Social en Pensiones"[15] el cual indica en su exposición de motivos que el artículo 11 de la Constitución debe ser entendido como "que de un lado, deben existir, al menos, entidades públicas y pueden existir las privadas o mixtas, dado que el Estado no puede forzar su constitución y funcionamiento, aunque sí fomentarlas. De otro lado, si operan entidades privadas o mixtas, además de las públicas, debe haber en la relación entre ellas unas reglas que permitan su subsistencia. Solo de ese modo puede garantizarse la libre elección de los trabajadores".

La 4ª Disposición Final de la Constitución establece que las normas relativas a los derechos que ella reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Es decir, la interpretación de los derechos constitucionales deberá realizarse conforme a lo establecido por los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el país, entre estos tratados destaca el convenio 102 de la OIT[16]. Este convenio señala que los Estados deberán "asumir la responsabilidad general de la buena administración de las instituciones y servicios" encargados de la seguridad social. Asimismo, establece que cuando la administración no corresponda a una institución reglamentada por las autoridades públicas, los representantes de las personas protegidas "deberán participar en la administración o estar asociados a ella, con carácter consultivo". El Gobierno peruano ha sido objeto en reiteradas oportunidades de observaciones de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT por no cumplir con estas obligaciones internacionales.

A continuación analizaremos la experiencia peruana respecto de la tercerización de actividades en la ONP y comentaremos algunas evidencias conceptuales y empíricas que revelan problemas de diseño y gestión en las AFP.

VI. GESTIÓN DE LA ONP Y TERCERIZACIÓN DE ACTIVIDADES

1. Antecedentes

La crisis de los sistemas públicos de pensiones condujo a la adopción de una serie de medidas recomendados por algunos organismos multilaterales con el objeto de lograr una mayor sostenibilidad financiera. Entre estas medidas se consideraron la realización de estudios actuariales periódicos, la elevación de la edad y los aportes, la utilización de mecanismos de capitalización individual y la privatización de la administración de los fondos de pensiones.

y el Estado, y administrado exclusivamente por entidades privadas. Una vez asignado el administrador no existirá competencia con las consecuencias negativas que se derivan a nivel de eficiencia y costos de administración. Consideramos que este nuevo sistema contraviene el mandato del artículo 11 de la Constitución que garantiza el libre acceso a pensiones mediante entidades públicas, privadas o mixtas.

(15) Este importante proyecto ha sido presentado al Congreso de la República el 3 de diciembre de 2,007 por el Colegio de Abogados de Arequipa y fue elaborado por una comisión de especialistas integrada por Javier Neves Mújica, Christian Sánchez Reyes y César González Hunt.

(16) El Convenio 102 conocido como Norma Mínima sobre Seguridad Social fue adoptado por la Asamblea General de la OIT el 28 de junio de 1952 y ratificado por el Perú el 23 de Agosto de 1961. Este convenio es el instrumento internacional ratificado por nuestro país de mayor importancia en materia de seguridad social, debido a que además de regular el contenido de los derechos establece condiciones mínimas de cobertura, gestión y financiamiento.

Posteriormente la confianza de organismos internacionales como el Banco Mundial por las opciones privatizadoras fue atenuado[17]. En el Perú la crisis se manifestó en el incremento del aporte con cargo a fondos públicos necesarios para el pago de las pensiones generadas en los regímenes de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530. Esta situación condujo, luego de varios intentos fallidos, a la aprobación de la Ley N° 28389 de Reforma Constitucional para el cierre del régimen del Decreto Ley N° 20530[18].

La crisis del SNP motivó que se adoptaran nuevas estrategias para reducir la carga que, para el presupuesto estatal, representaba el pago y la administración de las pensiones públicas. Así, el Estado peruano adoptó el modelo chileno de AFP basado en cuentas de capitalización individual. El Estado otorgó a empresas privadas la posibilidad de administrar fondos de pensiones de manera alternativa al SNP y estableció una serie de incentivos para el traslado al nuevo sistema. A pesar de las múltiples ventajas que el diseño legal otorgó al SPP, muchos trabajadores optaron por permanecer en el SNP[19]. En este contexto, se creó la Oficina de Normalización Provisional[20] (ONP), institución que a partir del 1° de junio de 1994, asumió la función de administrar el SNP[21]. La nueva institución otorgó a empresas privadas organizadas en consorcios la prestación de los servicios de atención al público, recepción de solicitudes, calificación de expedientes, verificación de aportes pensionarios, atención de consultas telefónicas, desarrollo de programas informáticos, entre otros.[22]

Es decir, se privilegió la tercerización de actividades conservando la ONP la función de supervisión. Sin embargo, no obstante los mecanismos implementados para superar el problema de embalse, la labor de la ONP es permanentemente cuestionada por los usuarios del sistema y la opinión pública, los medios de comunicación.

La existencia de un problema de insatisfacción se verifica a partir de información de la ONP que da cuenta de la demora en la atención de las solicitudes presentadas por los usuarios. Por ejemplo, según información proporcionada por la Jefatura de la ONP ante la Comisión de Seguridad Social del Congreso, en febrero del 2008, se informó la existencia de más de 96,297 expedientes administrativos pendientes de calificar. En mayo del 2008,

(17) La publicación por el Banco Mundial en 1994 del Informe denominado "Envejecimiento sin crisis: Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento" Oxford University Press., constituyó un momento paradigmático porque implicó el reconocimiento de la importancia de un sistema de pilares múltiples y la importancia del papel estatal en otorgar cobertura efectiva.

(18) La Ley N° 28389 fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17 de noviembre de 2004.

(19) Según información disponible de la página web de la ONP (www.onp.gob.pe), en 1995 esta contaba con 315,044 pensionistas y un número considerable de afiliados.

(20) Actualmente, la ONP tiene a su cargo la administración de los fondos del régimen del Decreto Ley N° 19990 y administra las pensiones del régimen del Decreto Ley N° 18846. Por disposición del Decreto Supremo N° 149-2007-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 207-2007-EF, a partir del 1° de julio de 2008 la ONP también administrará las pensiones que se otorguen (a partir de dicha fecha) en el régimen del Decreto Ley N° 20530. El régimen del Decreto Ley N° 19990 beneficia a los trabajadores de la actividad laboral privada, obreros y servidores públicos que no pertenecen al Decreto Ley N° 20530.

(21) El Fondo de pensiones del Decreto Ley N° 19990 fue creado en 1973, bajo el sistema de reparto, en el que el sistema se financia por solidaridad intrageneracional (los que ganan más benefician a los que ganan menos) e intergeneracional (los trabajadores activos benefician a los que se jubilaron). Inicialmente se encontraba administrado por el Instituto Peruano de Seguridad Social – IPSS, el cual estaba encargado también de las prestaciones de seguridad social en salud.

(22) Para el año 2007, los gastos de personal y obligaciones sociales de la ONP ascendieron a S/. 25'418,842, mientras que los principales servicios tercerizados representaron S/. 26'788,865 (www.onp.gob.pe).

en otra presentación ante la misma comisión del Congreso, se informó que el número de expedientes de otorgamiento de pensiones y recursos en trámite era de 15,513, es decir, uno de cada tres expedientes tienen más de un año sin resolver. Adicionalmente a los problemas de demora en la tramitación de recursos y la calificación de expedientes, a marzo del 2008 se registraron 104,088 procesos judiciales contra la ONP[23], los cuales en su mayoría tardan varios años en resolverse, hecho que contribuye a la percepción de crisis de los sistemas pensionarios. Esto último explicaría, los elevados costos en que la ONP incurre por la contratación de estudios de abogados para su defensa judicial, que desde 1995 hasta el 2008, ascenderían a S/. 131'613,536[24]

Otra de las variables importantes a tener en cuenta al medir el nivel de insatisfacción de los usuarios de la ONP, es el número de las resoluciones que se impugnan en la vía administrativa. Según el sistema informático de seguimiento de casos, de las 77,055 solicitudes presentadas entre el 1° de enero de 2007 y el 25 de febrero de 2008, el 27.7% corresponde a recursos (apelaciones, reconsideraciones, solicitudes de nulidad). Es decir, impugnaciones de personas que no están de acuerdo con el primer pronunciamiento de la ONP o con las resoluciones que resuelven los recursos de reconsideración. En el año 2006, los recursos presentados ascendieron al 33.4% de las 60,467 solicitudes presentadas. Las cifras expuestas demuestran que la gestión de la ONP no resulta satisfactoria ni eficiente. Mejorar la gestión pública de las pensiones resulta fundamental considerando que la ONP se encarga de la administración de las pensiones de 466,942 ciudadanos y cuenta con 546,771 afiliados que realizan aportes regulares[25].

2. Tercerización de etapas del proceso de otorgamiento de pensiones

La ONP se estructura en órganos de línea, órganos de apoyo, órganos descentralizados y órganos de asesoramiento. Considerando que la labor de los órganos de línea se vincula con la esencia misma de la institución (justificación de su existencia en el aparato estatal), resulta relevante analizar el funcionamiento y eficacia de la tercerización de procesos esenciales en el otorgamiento de derechos pensionarios.

Al respecto, mediante el denominado Macro Proceso de Otorgamiento de Derechos Pensionarios, la ONP otorga o rechaza derechos pensionarios. Este proceso cuenta con las siguientes etapas básicas[26]:

a) Orientación y Recepción de Expedientes;

b) Verificación de aportes previsionales; y,

c) Calificación de Solicitudes de Derecho Pensionario.

Actualmente, estas etapas se encuentran administradas por empresas privadas que obtuvieron la buena pro en los concursos públicos realizados en el marco del proceso de

(23) Esta información también fue presentada por la ONP ante el Congreso.
(24) Información obtenida en www.onp.gob.pe Ver link Ratios de ONP Administradora.
(25) Información proporcionada por la ONP a febrero del 2008
(26) Las etapas del Macro Proceso de Otorgamiento de Derechos Pensionarios están desarrolladas en las Bases del Concurso Público N° 004-2004-ONP sobre tercerización del servicio de calificación de solicitudes de derechos pensionarios.

tercerización de servicios. Estas etapas son administrada por distintos proveedores generando un proceso segmentado cuando por razones de eficiencia deberían ser etapas altamente integradas. A continuación analizamos cada una de estas etapas.

a) Orientación y Recepción de Expedientes

La etapa de Orientación y Recepción de Expedientes es aquella en la que se orienta al asegurado y se reciben las solicitudes. En esta etapa se ingresa la información relevante a los sistemas de información y se da inicio a los expedientes administrativos. Conforme a las Bases del Concurso Público N° 001-2004-ONP, la tercerización de este servicio tiene una duración de 36 meses y su valor referencial fue fijado en S/. 35`400,000.00, incluidos los gastos en recursos humanos, materiales, equipos, servicios, gastos generales, la utilidad e impuestos de ley.

La buena pro del concurso se otorgó el 7 de abril de 2004. La propuesta económica ganadora ascendió a S/. 26`550,000.00, es decir S/. 9`000,000 menos de lo estimado en el precio base. Al respecto, si bien es cierto que en los procesos de contratación existe un margen de flexibilidad en las propuestas económicas[27], no deja preocupar la calidad con la que se prestará el servicio cuando el mismo ha sido adjudicado por 9 millones de soles menos de los que la ONP estimó que costaba su prestación (precio base). Las Bases del proceso establecían que el objeto del servicio es *"lograr el bienestar del cliente principal a través de un trato amable con procesos eficientes y altos estándares de calidad; todo ello sustentado en la experiencia y valor agregado que brinde la empresa"*. Asimismo, cuando se define al asegurado y/o pensionista, se señala que el mismo *"Constituye la razón de ser del servicio, ya que es el beneficiario directo del proceso. La empresa debe concentrar todos sus esfuerzos y recursos a brindar al asegurado y/o pensionista un servicio de alta calidad en todos los aspectos, es decir, atender sus requerimientos en forma rápida, oportuna y eficiente. Debe desarrollar acciones y estrategias para que el servicio que se brinde supere las expectativas del cliente principal y sean percibidas de manera tangible por el mismo"*.

De ello se desprende que el propósito de la ONP al tercerizar el servicio fue la mejora de la calidad y la satisfacción del usuario. Por dicha razón, las Bases incluyeron mecanismos de medición del nivel de satisfacción del usuario, realización de encuestas, evaluación del personal del proveedor, emisión de reportes sobre tiempo de espera, tiempo de atención, número de usuarios atendidos, ocurrencias por errores de proceso y disconformidad en la atención. Además, las Bases estipularon la captura de información para estrategias de servicio al cliente, realización de reuniones de estandarización de criterios entre la empresa proveedora y la ONP, y establecimiento de ratios máximos de rotación de personal. Asimismo, se establecieron penalidades por proporcionar información errada, por pérdida de documentos, por errores de fondo, por superar el índice de rotación de personal, etc.

(27) El artículo 33° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, señala que el Comité devolverá las propuestas superiores al 10% del valor referencial. Las propuestas inferiores al 70% del valor referencial en los casos de bienes y servicios, también serán devueltas. El artículo 216° del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, establece que si la propuesta económica fuese inferior al valor referencial en más del diez por cien (10%) de este, en los procesos de selección para la contratación de servicios, junto a la garantía de fiel cumplimiento el postor deberá presentar una garantía adicional por un monto equivalente al 25% de la diferencia entre el valor referencia y la propuesta económica.

El proveedor de esta etapa de orientación y recepción de expedientes cuenta con 305 personas[28] (178 para Lima y 127 para provincias) para la prestación del servicio. Dentro de los mecanismos de seguimiento y control de calidad, la evaluación del personal es una de las herramientas más importantes. Al respecto el Informe Defensorial N° 135 "Por un acceso justo y oportuno a la pensión: Aportes para una mejor gestión de la ONP", contiene el resultado de algunas evaluaciones aplicadas al personal involucrado, realizadas entre diciembre de 2004 y julio de 2007. Resumiremos las más relevantes.

En diciembre del 2004, se midió el conocimiento del personal sobre el Macro Proceso de Otorgamiento de Derechos Pensionarios. De un total de 226 personas evaluadas, 201 fueron desaprobadas (89% del total), mientras que solo 25 aprobaron la evaluación (11% del total). En abril de 2005 se realizó una segunda evaluación sobre el Macro Proceso de Derechos Pensionarios dirigida a 96 personas contratadas por el proveedor en el Departamento de Lima. De esta evaluación, se obtuvo como información cualitativa que un 44% del personal evaluado no interpreta correctamente el estado del proceso. De otra parte, en la información transmitida al usuario sobre qué trámites o pasos debe seguir, se verificó que un 26% del total proporcionó información incorrecta y un preocupante 21% simplemente no proporciono información al respecto. En diciembre de 2006 se evaluó nuevamente los conocimientos del personal obteniéndose como resultado que de un total de 189 personas evaluadas, 126 fueron aprobadas (67% del total) y 63 desaprobadas (33% del total). Sin embargo, el promedio de la nota aprobatoria fue de 11.7 a nivel nacional, lo que constituye un promedio bajo y un indicador de conocimiento insuficiente del personal respecto del proceso básico para el otorgamiento de los derechos pensionarios.

En junio del 2007 se realizó otra evaluación dirigida a 212 personas. De ese total, 104 resultaron desaprobadas (49%) y 108 aprobadas (51% del total). Es necesario precisar que en esta evaluación el 52% del total de desaprobados laboraba en las oficinas ubicadas en Lima, donde el volumen mensual promedio de usuarios recibidos es superior al promedio del resto del país. De la información proporcionada sobre las inspecciones realizadas por la ONP a las oficinas descentralizadas, administradas por el proveedor del servicio, se advierte que algunas no son visitadas por lo menos una vez en el año. Incluso algunas oficinas no han recibido visitas desde que entró en vigencia el contrato con el proveedor del servicio, como las oficinas de Amazonas, Apurimac, Ayacucho, Cañete, Cusco, Huancavelica, Loreto, Madre de Dios, San Martín y Ucayali.

b) Verificación de Aportes Previsionales

Esta etapa tiene por finalidad verificar la información brindada por el afiliado al inicio de su trámite, respecto de los períodos laborados, remuneraciones percibidas y aportaciones declaradas. Esta información es levantada en las plantillas de verificación y se registra o actualiza en los sistemas de información. Esta información es requerida para el Proceso de Calificación de expedientes.

La plantilla de verificación consiste en un formato impreso que consolida la información declarada en las solicitudes enviadas por los asegurados solicitantes que laboren en

(28) De acuerdo a las bases, el personal mínimo requerido era de 270 personas, con lo cual, la empresa proveedora se encuentra por encima de la exigencia.

una misma empresa. La plantilla contiene los parámetros (nombre de la empresa, dirección, Registro Único de Contribuyentes, documento de identidad del asegurado, períodos a verificar, fecha de ingreso y cese, entre otros) a tener en cuenta por el verificador para obtener información relevante sobre períodos, remuneraciones, aportaciones, etc. Una plantilla incluirá tantos informes de verificación como asegurados tenga la plantilla.

Las plantillas se verifican en los archivos de las empresas en funcionamiento o inactivas[29] que no han remitido sus planillas a la ONP; en los archivos administrados por la ONP (Archivo Central de Planillas, Archivo Físico del ORCINEA, Sistema de Consulta de Cuenta Individual SUNAT, Sistema de Consulta de Cuenta Individual de Empleadores y Asegurados – SCIEA y archivo de expedientes administrativos); y otras deben trabajarse en campo y ser complementadas o validadas en la ONP. Al respecto debemos señalar que la ONP recibió del IPSS aproximadamente 40'000,000 de documentos sin digitalizar ni sistematizar, la mayoría de los cuales se encuentran en el mismo estado. En cambio, desde julio de 1999, al pasar la recaudación de los aportes previsionales a la SUNAT, la información generada desde esa fecha esta sistematizada y digitalizada, sin embargo, dicha información no es notificada al trabajador.

De lo anterior se desprende que no existe una base de datos única ni confiable respecto de los aporte pensionarios de los afiliados. Sobre este tema es importante destacar las iniciativas emprendidas en Argentina y Uruguay, con el objeto de construir la "Historia Laboral" de cada afiliado, información a la que se puede acceder vía internet. La verificación de aportes esta tercerizada[30] mediante contrato a 25 meses. El valor referencial del proceso ascendía a 18'610,452.00 nuevos soles, considerando 24 entregas mensuales de 8,365 plantillas verificadas por el proveedor. A diferencia del servicio adjudicado en Orientación y Recepción, en este proceso de contratación hubo un único postor al cual se adjudicó el servicio por 20'471,497.20, un monto mayor al precio base. La buena pro fue otorgada el 30 de mayo de 2006. Los objetivos que la ONP espera alcanzar según las Bases son verificar la autenticidad de la información declarada por el solicitante (años de aportación y remuneraciones percibidas) que permita realizar la calificación de los expedientes de solicitud de pensión y de otorgamiento de bonos de reconocimiento y complementarios, así como *"obtener un servicio que atienda en forma veraz, eficaz, eficiente y oportuna los requerimientos de verificación de la información que la ONP necesita para poder procesar las solicitudes"*.

El plazo máximo para la entrega de las plantillas verificadas es de 45 días calendario, para ello se debe acreditar un 40% de avance en los primeros 20 días, respecto de los lotes de generación masiva. En el acápite referido a la facturación no se establece ningún condicionamiento del pago de los servicios al cumplimiento del porcentaje de avance, tampoco se establece una vinculación entre facturación y cumplimiento de metas. Es decir, los servicios facturados son pagados por la ONP aún cuando no se haya llegado a la meta estipulada.

Ello explicaría que, a pesar que las Bases contemplaron que la ONP entregaría mensualmente al contratista aproximadamente 8,365 plantillas para ser verificadas, en el período que va entre agosto de 2006 y julio de 2007, la ONP entregó al proveedor 96,043 plantillas

(29) Ello se debe a que hace unos años no era obligación de los empleadores guardar las planillas de pago. También al deficiente registro de aportes del IPSS, antecesor de la ONP en la administración de pensiones, a la liquidación de muchas empresas, etc.

(30) La tercerización se configuró a partir de las Bases del Concurso Público N° 0001-2006-ONP.

y recibió solo 89,322 plantillas verificadas. En consecuencia, existieron 6,721 plantillas pendientes de entregar por dicho período.

Según lo informado por su Gerencia de Operaciones, la ONP no realiza directamente la labor de control de calidad de esta etapa del proceso, habiendo delegado en otro contratista la realización de dicha función. Tal como señalamos anteriormente, la teoría de gestión ha puesto énfasis en que la entidad no puede renunciar a sus funciones de fiscalización y control sobre las actividades tercerizadas. Por ello, resulta por lo menos cuestionable que la ONP delegue a terceros el control de calidad del servicio de verificación de aportes pensionarios. De otro lado, no puede soslayarse la duda que generan los resultados del control de calidad, cuando se sabe que la ONP carece de un archivo ordenado y completo de documentos que sustenten los aportes provisionales. Además, gran parte de la información previsional esta en poder de terceros. Ello conduce a que aún cuando se realizara un control de calidad exitoso sobre cada plantilla, la información será parcial en la medida que existirá información que no se encuentren en custodia de la ONP.

c) Calificación de Derechos Pensionarios

El servicio de Calificación de Derechos Pensionarios tiene por finalidad atender los trámites vinculados con la obtención de pensiones. El servicio debe incluir "los procesos, herramientas, recursos y actividades requeridos para su cumplimiento y ejecución, brindando al asegurado o pensionista un servicio de calidad en la calificación de otorgamiento del derecho pensionario, atendiendo sus solicitudes y requerimientos en forma correcta, oportuna y eficiente", según lo estipulado en las Bases.

Este servicio fue sido tercerizado(31) por un período de 36 meses y un valor referencial de S/. 34'840,000.00. La buena pro fue otorgada en agosto del 2004 a la propuesta de S/. 27'854,386.84, es decir, casi siete millones menos que los estimados por la ONP.

El Tramo Base del valor referencial del servicio de Calificación está referido a 8,000 expedientes mensuales que el proveedor debía calificar, los que al final del contrato ascenderían a un total de 288,000 expedientes calificados, a un costo de S/. 24'60,000.00. Adicionalmente, se contemplaba un tramo complementario destinado a la calificación de un total de 180,000 expedientes adicionales (5,000 por mes) a un costo de S/. 10'080,000.00, lo que daba un total de 468,000 expedientes (13,000 por mes), cuya calificación se esperaba lograr durante los 36 meses de duración del contrato.

Hasta julio de 2007 fueron calificados 288,627 expedientes, cifra que dista de los 468,000 cuya calificación se esperaba obtener hasta la culminación del contrato. Lograr la cifra meta, no solo hubiera permitido atender los nuevos expedientes que se presentan día a día, sino también calificar los 67,412 expedientes que la ONP tenía en "stock"(32) al momento de realizar el proceso de selección(33). Las deficiencias en la provisión del servicio

(31) Concurso Público N° 004-2004-ONP.

(32) Según el glosario contenido en las Bases del Proceso, expedientes del Stock son los expedientes administrativos pendientes de calificar con solicitud(es) anexada(s) y/o por anexar recibidas antes del inicio de la Fase Operativa del Servicio, los cuales deberán calificarse, en forma prioritaria, dentro de los primeros meses de la Fase Operativa.

(33) Anexo N° 01-F: Calendario Programado de Producción de Expedientes Calificados Terminados, de las

explicaría los 96,297 expedientes pendientes de calificar por la ONP a febrero del 2008. Es decir, a pesar de la tercerización (o producto de ella) el número de expedientes pendientes de calificación se ha incrementado en lugar de disminuir. La decisión de la ONP de tercerizar etapas centrales de su actividad ha generado graves problemas. Podría decirse que es debido a la falta de una supervisión y control adecuados, sin embargo creemos que responde a un problema más profundo (de planeamiento estratégico), vinculado con la decisión de trasladar a terceros aspectos centrales de su actividad. Urge reconfigurar las responsabilidades y funciones de esta institución con el objetivo de alcanzar procesos más eficientes y oportunos. La conformación de un cuerpo de funcionarios de alto nivel técnico y compromiso institucional es fundamental para lograr este objetivo.

VII. COSTOS DE ADMINISTRACIÓN EN LAS AFP Y TERCERIZACIÓN DE ACTIVIDADES

La decisión de crear el SPP tuvo entre sus fundamentos incorporar mecanismos de competencia que harían más eficiente y menos costosa la administración de las pensiones; configurar un sistema sostenible financieramente en el tiempo; informar de manera más transparente el monto administrado y el costo del servicio; y, principalmente garantizar pensiones dignas para los jubilados. Evidencia teórica y empírica proporcionan importantes indicios que nos conducen a pensar que el diseño del SPP, además de no garantizar pensiones adecuadas(34), genera altos costos administrativos y de gestión.

Estos altos costos administrativos estarían vinculados con aspectos de recaudación, gastos en actividades que no aportan valor a la actividad previsional (por ejemplo gastos de publicidad), el costo de la cobertura por invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio y la forma de determinación de las comisiones. Orszag y Stiglitz(35) señalan que a partir de la reforma de pensiones implementada en Chile a principios de los años ochenta "con el apoyo del Banco Mundial muchas naciones se alejaron de un sistema público de prestaciones definidas, volcándose hacia un sistema privado de aportes definidos" (capitalización individual). La implementación de reformas en esta dirección tuvieron como sustento supuestas ventajas de los sistemas privados que según estos investigadores constituirían "mitos" que es necesario relativizar.

Estos mitos están vinculados con aspectos macroeconómicos, microeconómicos y de economía política. Los autores consideran un mito microeconómico la creencia de que "la competencia asegura bajos costos administrativos en un sistema de cuentas individuales". Al respecto señalan que una estructura centralizada puede tener costos sustancialmente menores que los enfoques descentralizados. En los Estados Unidos –recuerdan estos investigadores- el Consejo Asesor de Seguridad Social estimó que los costos administrativos de

Bases del Concurso Público N° 0004-2004-ONP, convocado para la contratación del servicio de calificación de solicitudes de derecho pensionario

(34) La experiencia chilena de administración de fondos de capitalización individual catalogada como exitosa hasta hace unos años atrás, en la actualidad ha sufrido una importante reforma debido a que se comprobó que no permitiría otorgar pensiones mínimas a más del 50% de los futuros afiliados.

(35) Orszag, Peter y Stiglitz, Joseph.- "Un Nuevo Análisis de la Reforma de Pensiones: Diez Mitos sobre los Sistemas de Seguridad Social". Investigación presentada en Nuevas Ideas sobre la Seguridad en la Vejez. Banco Mundial. Washington D.C . 14 y 15 de septiembre de 1999.

una estructura centralizada reduciría en un horizonte de 40 años el valor final de una cuenta individual en un 2%. En un sistema descentralizado con varias empresas "compitiendo entre sí" los costos tenderían a ser significativamente mayores debido a los gastos en publicidad y la pérdida de economías de escala, entre otros factores. El referido Consejo estimo que los costos administrativos de este sistema en una carrera laboral de 40 años consumirían el 20% del valor de la cuenta. En este sentido, mencionan que la experiencia en Chile y el Reino Unido indican que un sistema descentralizado basado en cuentas individuales genera costos administrativos "sorprendentemente altos"(36).

En el caso de nuestro país si analizamos la evolución del costo nominal de las comisiones por administración desde la creación del SPP hasta la fecha (alrededor de 15 años) podemos observar que asciende a más de S/. 6,841 millones. Monto significativamente alto si lo comparamos con la rentabilidad acumulada de S/. 26,730 millones, las aportaciones efectuadas de S/. 30,614 millones o el total del fondo ascendente a S/. 57,345 millones (Julio del 2,008)(37). Es decir, el costo de las comisiones representaría más del 25% de la rentabilidad obtenida desde la creación del SPP y alrededor del 12% del fondo acumulado(38).

COSTO NOMINAL ACUMULADO DE COMISIONES
(en miles por el período 1993-2008(39))

Acumulado 1993 - 1997	944,908.00
Ejercicio 1998	506,535.00
Ejercicio 1999	506,535.00
Ejercicio 2000	489,910.00
Ejercicio 2001	504,892.00
Ejercicio 2002	532,082.00
Ejercicio 2003	562,143.00
Ejercicio 2004	598,860.00
Ejercicio 2005	627,333.00
Ejercicio 2006	505,695.00
Ejercicio 2007	639,008.40
Ejercicio 2008	423,272.27
Total	6,841,173.67

(36) Según señalan Orszag y Stiglitz los costos asociados con sistemas de cuentas individuales deben de ser medidos considerando tres componentes: el ratio de acumulación (que considera la relación entre gestión del fondo y costos administrativos), el ratio de alteración (que mide los costos de cambio de administrador y de no contribuir de manera consistente) y el ratio de conversión (que considera los costos de conversión a una renta regular –pensión-). Además deben de considerarse de manera integral los costos subyacentes como por ejemplo, los derivados de ventas y marketing, gestión de fondos, regulación y cumplimiento, mantenimiento de los registros y efecto de la selección adversa.

(37) El monto acumulado por aportaciones al fondo ha sido determinado a partir de la información sobre recaudación acumulada publicada por la SBS. En períodos con limitada información hemos realizado estimaciones a partir de períodos precedentes.

(38) La metodología empleada si bien no resulta la más exacta (podrían distinguirse costos subyacentes o discutirse si corresponde incluir la comisión por seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, entre otros factores.); sin embargo, consideramos que los datos hallados permiten realizar una comparación fundamental para medir la eficiencia histórica del sistema. Creemos que futuros trabajos deberán de profundizar esta investigación respecto de la relación costos administrativos/rentabilidad del fondo.

(39) Los ingresos por comisiones han sido establecidos a partir de información de los Estados Financieros de Ganancias y Pérdidas publicados por la SBS por los ejercicios 2000 a Julio 2008. Por los períodos 1998 y 1999, hemos realizado estimaciones respecto del promedio de los ejercicios 1997 y 2000. El costo acumulado por comisiones por el período 1993-1997 ha sido obtenido del estudio realizado por ese período por Jorge Rojas "La Rentabilidad del Sistema Privado de Pensiones en el Péru: 1993-1997". Departamento de Economía de la PUCP.

El alto costo de las comisiones sería el factor que determina que las AFP sean las empresas más rentables del país (mayor retorno promedio sobre la inversión). En el caso de las AFP el ROE (return of equity) es del 46%, mientras que en las empresas mineras del 35,6% y en los Bancos del 15,9%(40).

El impacto de una gestión deficiente y costosa habría sido amortiguado por el alto nivel de rentabilidad obtenido por el fondo de pensiones en los años anteriores. Sin embargo la caída de la Bolsa de Valores de Lima durante el último año y el difícil contexto internacional requieren de una mejora sustancial en la gestión y una reducción de los costos de administración. Como señalan Orszag y Stiglitz al analizar los sistemas descentralizados sustentados en cuentas individuales los costos subyacentes, como la publicidad, representan montos considerables. En los años 2,006 y 2,007 los gastos por publicidad en el SPP peruano representaron alrededor de 21 y 19 millones de soles, respectivamente(41). De otro lado, contradictoriamente, el conocimiento de los afiliados respecto del funcionamiento del sistema sigue siendo deficiente.

Consideramos que los costos de recaudación siguen siendo significativamente altos debido a que cada AFP cuenta con un sistema de recaudación propio mediante la red bancaria nacional (lo cual también genera costos administrativos adicionales para las empresas obligadas a retener). En este sentido, sería conveniente evaluar las ventajas de unificar la recaudación vía un convenio con la SUNAT para la presentación de la información y pago mediante el Programa de Declaración Telemática. Sistemas centralizados existen en otros países y no solamente facilitan la recaudación sino además el acceso a información consolidada. La cobertura por invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio es contratada por las AFP con Compañías de Seguros. Durante varios años este tema resultó muy cuestionado debido a que podía generar situaciones de concertación de precios en desmedro de los afiliados. Actualmente existen mecanismos de subasta, sin embargo, creemos que no han generado una reducción de costos significativo. Al respecto es conveniente evaluar el sistema recientemente implementado en Chile por el cual se dispone una administración centralizada de esta cobertura(42).

(40) Información proporcionada por Gerens Escuela de Negocios y Economía, publicada por el Diario Gestión el día 31 de Julio de 2,008. Página 13.

(41) Información obtenida de los Estados de Ganancias y Pérdidas de los ejercicios 2006 y 2007 publicados en la página web de la SBS.

(42) Mediante Ley 20,255 de marzo de 2008 Chile a implementado una Reforma Previsional que establece la licitación pública y centralizada (para todo el SPP) del seguro de invalidez y sobrevivencia, con prima fija y única, calculada como un porcentaje de la renta imponible y sin ajustes por siniestralidad. Esta importante reforma, además, ha establecido un sistema de pensiones solidarias que asegura una pensión mínima a los adultos mayores, refuerza la institucionalidad pública de la seguridad social, establece incentivos para la incorporación de afiliados jóvenes e independientes y dispone incentivos para una mayor competencia.

Las propuestas antes indicadas si bien podrían generar una reducción de costos no necesariamente implican una mejora en la gestión. En algunos países se han establecido topes a las comisiones, lo cual tuvo un efecto directo en la reducción de costos y la necesidad de una reducción de costos en la administración. Sin embargo, un mecanismo que podría ser más eficiente podría consistir en el establecimiento de comisiones en función de la rentabilidad de los fondos administrados. La opción de establecer comisiones en función de la rentabilidad tendría dos efectos positivos que habría que analizar más profundamente. De un lado, fomenta una mayor eficiencia en la administración, y de otro, el impacto del costo de la comisión es modulado por el nivel de rentabilidad (existe una relación directa entre costo de comisión y rentabilidad). Guillén[43] ha destacado que el éxito o fracaso de los fondos de pensiones dependerá de la calidad de la gestión así como de un entorno financiero positivo. En un contexto financiero complejo el rol de una buena gestión es fundamental. El desempeño del SPP en años anteriores fue beneficiado principalmente por un contexto financiero favorable. Enfrentar la actual crisis de los mercados financieros exige altos niveles de gestión. La centralización de procesos y la tercerización de actividades deberán ser evaluados desde esta perspectiva.

VIII. CONCLUSIONES

1. La tercerización constituye una decisión de gestión que permite a la organización concentrarse en las actividades centrales de su negocio *(core business)*, contratando con terceros la realización de actividades complementarias que dicho tercero puede realizar de mejor manera. El sentido de la tercerización es buscar una ventaja competitiva mediante la utilización de servicios de proveedores especializados o a través de la reducción de costos principalmente por economías de escala.

2. La regulación legal ha buscado limitar los efectos negativos de la utilización de la tercerización como mecanismo de reducción ilegítima de obligaciones laborales y tributarias. A nivel laboral mediante el establecimiento de sistemas de responsabilidad solidaria y en materia tributaria mediante la aplicación de estudios de precios de transferencia. Los mecanismos establecidos a nivel laboral en nuestro país resultan insuficientes.

3. La decisión de tercerizar etapas productivas o procesos requiere que se identifiquen las actividades centrales de la organización y aquellas complementarias o accesorias. A partir de ello se podrá diseñar el grado de centralización o descentralización de la empresa.

4. El diseño organizacional elegido debe responder a la mejor manera de satisfacer las necesidades de los clientes o usuarios, de la forma más oportuna y eficiente. Este objetivo cobra mayor importancia cuando se trata de la satisfacción de necesidades protegidas constitucionalmente (derechos pensionarios) que requieren de una administración sólida, profesional y sostenible en el tiempo.

5. El objetivo de la tercerización en el Estado es aprovechar los beneficios del libre mercado (producir con menor costo, innovar y responder a necesidades cambiantes) sin sacrificar la calidad del servicio ni la equidad, con el objeto de lograr una ganancia social.

(43) Guillén, Jorge. "Is Efficiency the equivalent to a high rate of return for private pension funds? Evidence from Latin-American countries. Centrum-Católica. Graduate Business School. Lima Perú. July, 2008.

La tercerización en este ámbito surgió como parte de políticas de reforma del Estado que debían ir acompañadas de otros procesos como la descentralización, la participación ciudadana y la adopción de gestión por resultados (procesos que no han sido adecuadamente implementados).

6. El Estado tiene una responsabilidad general no solo como regulador o supervisor sino también como garante de derechos reconocidos constitucionalmente. La OIT ha considerado una serie de principios que deben cumplir las instituciones de seguridad social vinculadas con una buena administración. Estas instituciones deben de tener la capacidad de procesar, calcular y pagar las prestaciones de manera oportuna; planificar las funciones de contabilidad y gestión financiera; y cumplir satisfactoriamente la legislación.

7. El Convenio 102 de la OIT (Norma Mínima de Seguridad Social) establece que los Estados deberán "asumir la responsabilidad general de la buena administración de las instituciones y servicios" encargados de la seguridad social. Asimismo, dispone que cuando la administración no corresponda a una institución reglamentada por las autoridades públicas, los representantes de las personas protegidas "deberán participar en la administración o estar asociados a ella, con carácter consultivo".

8. La ONP ha transferido etapas del proceso de otorgamiento de derechos pensionarios a diferentes empresas y consorcios. Entre las principales actividades tercerizadas tenemos la orientación al público y recepción de documentos, la calificación de expedientes y la verificación de planillas de aportes. Existen serios problemas en la planificación y diseño de la tercerización, así como en el control y evaluación. Es imprescindible reconfigurar las responsabilidades y funciones a cargo de la ONP con el objetivo de alcanzar procesos más eficientes y oportunos. En este sentido, es necesaria la conformación de un cuerpo de funcionarios de alto nivel técnico y compromiso institucional.

9. Existen elementos que permiten señalar que el diseño del SPP además de no garantizar pensiones adecuadas ha generado altos costos de administración. Estos costos estarían vinculados con la forma de determinación de las comisiones, la recaudación descentralizada, gastos que no aportan valor a la actividad principal (publicidad por ejemplo) y el costo de la cobertura por invalidez y sobrevivencia. Alternativas a evaluar consistirían en la centralización de la recaudación, el establecimiento de comisiones en función de la rentabilidad generada, una mejor regulación respecto de la publicidad (incentivando la transparencia en la información) y la centralización de la cobertura por invalidez y sobrevivencia.

10. Finalmente, debemos destacar que estas deficiencias de gestión no derivan únicamente de problemas de diseño interno del SNP o del SPP (considerados independientemente), sino también de la relación alternativa existente entre estos sistemas. La construcción de un sistema de pilares múltiples es una exigencia derivada no solamente de la equidad sino también de la eficiencia.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UNA ALTERNATIVA... "EFICAZ" FRENTE A LOS EFECTOS PEYORATIVOS DE LA SUBCONTRATACIÓN

MILAGROS VIVAS PONCE[1]

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día resulta inevitable advertir que la subcontratación está adquiriendo cada vez más importancia en varios países y sectores económicos del mundo. La tendencia a recurrir cada vez más al denominado "trabajo en régimen de subcontratación", ha exigido un análisis más detenido de este fenómeno, a fin de evitar que los trabajadores sometidos a esta modalidad de empleo se vean afectados por los efectos peyorativos que trae consigo. Es más, la preocupación, frecuentemente expresada, sobre las prácticas del trabajo en régimen de subcontratación, ha llevado a la OIT a abordar el asunto con vistas a una posible elaboración de normas internacionales.

Frente a esto, hay que reconocer que el crecimiento de la subcontratación ha alarmado a los sindicatos. Los sindicatos están también preocupados por la necesidad de controlar y de reglamentar este fenómeno para que los trabajadores que están en esa situación reciban una protección jurídica y social adecuada.

Sin embargo, pese a la relevancia del tema, en nuestro país la regulación de la subcontratación a través la negociación colectiva, respecto a las empresas principales, ha sido objeto de un parco por no decir nulo tratamiento. Esto se debe a muchos factores, entre ellos la pobreza de contenido de muchos convenios colectivos, así como la escasa capacidad de

(1) Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

adaptación de los mismos; la pérdida de fuerza de los representantes de los trabajadores cara a los convenios y pactos colectivos, que llevan a cabo su labor en representación de sujetos cada vez más fragmentados; y las reticencias de las empresas para reconocer a los sindicatos y para participar en la negociación colectiva, que no facilitan, por otra parte, una actitud más positiva por parte de los sindicatos.

En este contexto, el presente trabajo se centrará en llevar a cabo un análisis, sin duda no exhaustivo, de algunos de los efectos de la descentralización productiva en la negociación colectiva, a fin de evidenciar una serie de fallas que afectan, de manera negativa, a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas; para posteriormente centrar nuestra atención en la negociación colectiva como mecanismo de protección, de manera reforzada y específica, al personal al servicio de las empresas contratistas y subcontratistas. Asimismo, haremos una somera mención a la respuesta que - en otros países, está recibiendo la subcontratación en el ámbito colectivo, pues, que duda cabe que las denominadas cláusulas convencionales en las que se tratan diferentes vertientes del fenómeno de subcontratación productiva han tenido un espacio, aunque aun deficiente. Por otro lado, incluiremos una mención del Acuerdo para la mejora de las relaciones laborales en los complejos minero-eléctrico y petroquímico de Puertollano, ejemplo que pone de manifiesto la relevancia del trabajo objeto de estudio en las contratas en la práctica sindical negocial. Finalmente, haremos un esbozo de algunas propuestas que siguen la línea de lo que se viene tratando en otros países en relación a la negociación colectiva como instrumento frente a la subcontratación, sin perjuicio mi compromiso a un análisis posterior y exhaustivo sobre la materia de este trabajo, cuyo objeto es sentar algunas bases para el debate.

II. ALGUNOS EFECTOS SOMBRA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Si en este momento nos preguntáramos ¿en qué medida las normas aplicables a las relaciones colectivas de trabajo – elaboradas en una etapa en la que la subcontratación no constituía todavía una estrategia de gestión empresarial consolidada en nuestro país -, son capaces de ofrecer por lo menos una base mínima de garantías frente a los efectos negativos de su empleo? Responderíamos que en la actualidad las normas laborales vigentes, así como la interpretación que de ellas se viene haciendo, no constituyen un freno eficaz para estas prácticas, en la medida en que asistimos a un nuevo modelo de organización empresarial que trae profundas repercusiones y desfases en los requisitos, mecanismos e instrumentos de negociación tradicionales.

Los derechos colectivos son concebidos en nuestra Ley dentro de la lógica de la empresa tradicional. Se organiza todo el orden jurídico a partir de los datos económicos que dispensa la empresa aislada, que ejecuta todo su ciclo productivo, que tiene independencia financiera y comercial, etc., desconociendo que la realidad económica actual es más compleja[2]. En efecto, el complejo fenómeno de la descentralización productiva, de alguna forma, ha venido a alterar las reglas hasta ahora fijadas para el ejercicio de la acción colectiva, y con ello se está favoreciendo el proceso de segregación y segmentación de la negociación

(2) ARCE ORTIZ, Elmer. "Subcontratación entre empresa y relación de trabajo en el Perú". Lima: Palestra, 2006. pág. 112.

colectiva. Si bien la descentralización productiva – específicamente la subcontratación, no es el único factor que ha influido en esa reordenación interna de la negociación colectiva, en buena medida, los desplazamientos que se están produciendo, responden a lo que se denomina tercerización de la economía[3].

Tal como señala ESCUDERO, "estos cambios implican en algunos supuestos un proceso de segmentación de la negociación colectiva aplicable, por un lado, a las empresas principales, y por otro, a las contratistas y subcontratistas en un proceso de segregación negocial"[4].

Así pues, una de las repercusiones inmediatas que se derivan del recurso a la subcontratación, es la repentina reducción de las dimensiones de la empresa tradicional. La consecuencia que esta situación puede provocar en la estructura de la negociación colectiva es que en la sucesiva fragmentación y empequeñecimiento de empresas no cabe negociación colectiva. En efecto, de acuerdo a nuestra Ley de Relaciones Colectivas de trabajo, la negociación colectiva a nivel de empresa necesita como presupuesto necesario la existencia de un grupo mínimo de trabajadores a ese nivel empresarial, suficiente para como desplegar una acción sindical de representación; por tanto, en empresas de reducidas dimensiones, como las microempresas, resulta casi imposible encontrar un interlocutor real y con capacidad de representar los intereses colectivos de los trabajadores.

La menor protección convencional de los trabajadores de las empresas contratistas deriva de que sus reducidas dimensiones, no favorecen la representación y presencia sindical en los centros de trabajo, y ello se traduce en la menor capacidad de presión para alcanzar unas condiciones de trabajo más favorables para los trabajadores, generando una mayor precariedad laboral.

De ese modo, si el centro de trabajo no alcanza un número mínimo de trabajadores, resulta inviable elegir representante; pero incluso cuando lo supera por escaso margen, es difícil que los sindicatos lleguen a poder convocar las elecciones en todos los centros de trabajo o les resulta más complejo poder comprometer a un trabajador para que se presente como candidato a dichas elecciones. No obstante, si superados estos inconvenientes, se llegan a elegir tales representaciones en centros de trabajo de pequeñas dimensiones - aunque desde el punto de vista jurídico las competencias y garantías de estos representantes son idénticas a los correspondientes en las grandes empresas - de hecho su acción sindical viene a menos comparativamente con las grandes empresas.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, con mucha frecuencia, se trata de empresas en las que hay un número elevado de trabajadores jóvenes, con contratos de naturaleza temporal – en especial, para obra o servicio determinado – y, a veces, con un índice relativamente alto de rotación, que, en ocasiones, se alternan y complementan con la realización de estudios u otros quehaceres. Además, tales colectivos desempeñan su prestación laboral

(3) CRUZ VILLALON, J. , "Los sujetos y los escenarios de la negociación colectiva: de las unidades cásicas a los nuevos ámbitos convencionales", en, AA.VV., Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial, MATS, 2001. págs. 235 y ss.

(4) ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva…". Observatorio de la negociación colectiva. Madrid, Confederación sindical de comisiones obreras, 2002. pág. 46.

en un medio en el que conviven, de modo creciente, trabajadores de diversas empresas con estatus y vínculos jurídicos diferenciados, lo que ahonda las diferencias entre ellos. Todos esos factores se traducen en que tales sujetos encuentran serias dificultades para desarrollar una acción de naturaleza colectiva.

A todo esto, se suma la existencia de un problema de fondo que existe en nuestra sociedad, y es el desempleo, que sigue afectando específicamente al sector de los jóvenes y reprime su acción reivindicativa ante el temor cierto a ver devaluadas sus condiciones de trabajo o, sencillamente, a perder un empleo no fácilmente sustituible. Por otra parte, las indicadas resistencias a la acción colectiva de los trabajadores son más patentes aún en un período en el que, de modo general, se ha producido un claro robustecimiento del poder empresarial y un marcado reflujo de las iniciativas sindicales en los centros de trabajo. Y en fin, como ya indicara el Informe Supiot, las estructuras de representación, de confrontación y de negociación no permiten acceder al interlocutor pertinente que es la empresa principal, por lo que buena parte del Derecho del Trabajo resulta inoperante.

Lo señalado, más que una mera visión externa del problema, implica una carga respecto del nivel de protección y de efectividad de los derechos de muchos de los trabajadores de las empresas contratistas que, singularmente considerados, no tienen la suficiente fuerza para lograr unas condiciones satisfactorias[5].

En líneas generales, podemos afirmar que los consiguientes postulados constitucionales sobre el lugar que ocupan los sindicatos de trabajadores en un Estado social y democrático de Derecho y sobre libertad sindical, chocan de golpe, con una práctica caracterizada, en demasiados casos, por la marginación y el manifiesto olvido de las consecuencias que se deberían extraer de los mismos. En suma, el absoluto contraste entre la norma – en este caso, la de mayor rango posible – y la realidad, es un buen tema que debería hacer reflexionar a todos, muy en especial a los diferentes poderes públicos y a los empresarios.

Por otro lado, la aparición de nuevas empresas de servicios que vienen a asumir las actividades externalizadas por la empresa principal, en muchos casos, conlleva la aparición de nuevos ámbitos funcionales y territoriales de negociación y la reformulación de otros tradicionales que tienden a acomodarse a las nuevas realidades funcionales derivadas de tales procesos descentralizadores. A decir de SORIANO, "esto puede provocar una compartimentación de convenios colectivos que se traduzca en una heterogeneidad de condiciones laborales de los trabajadores de las contratas. También en algún otro caso, podemos encontrarnos con la suscripción de un convenio colectivo específico para una determinada empresa caracterizada por la particularidad de su objeto social, es decir las llamadas empresas de servicios, caracterizadas por englobar todo un mosaico de actividades diversas y dispares, que difícilmente resulta encuadrable en un solo convenio sectorial"[6].

(5) Así, Arce Ortiz señala que las relaciones negociales son entabladas en el plano contractual (cada trabajador solo puede negociar con su empleador en el ámbito empresarial), en cuyo caso se desatiende el conflicto de intereses surgido entre empresa principal y los trabajadores de las empresas de servicios. Obsérvese, que hasta el artículo 47 de la LRCT plantea que la constitución de la comisión negociadora será integrada por trabajadores o miembros del sindicato del respectivo ámbito (sea empresa, rama de actividad o gremio), esto es, se estaría excluyendo aparentemente a los trabajadores de las empresas de servicios de la posibilidad de ser parte de esta comisión.

(6) SORIANO CORTÉS, Dulce. "Peculiaridades de derechos colectivos". Aspectos procesales de las contratas. Revista andaluza de trabajo y bienestar social, N° 90., 2007. pág. 305.

Lo cierto es que, como señala ESCUDERO, "aún sin ser la única causa determinante, la segmentación de la organización productiva está generando una compleja y heterogénea realidad en la que se aplican diversos convenios colectivos con condiciones de trabajo que pueden resultar muy diferenciadas entre sí, y ello, atendiendo a un cúmulo de diversas variables, combinadas de forma dinámica"[7]. En efecto, durante los últimos años se han efectuado diversos estudios que demuestran que la descentralización productiva tiene como uno de sus efectos colaterales el desplazamiento de unos convenios hacia otros, se trata, pues, de un fenómeno complejo que está produciendo efectos en la negociación colectiva.

Dependiendo del sector al que pertenezcan y del tipo actividad que desempeñen los trabajadores, en unos casos puede suceder que el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas sea el mismo que el que regule las condiciones de los trabajadores de la empresa principal. Esto sería posible siempre que el aplicable a esta sea de carácter sectorial y que las actividades desarrolladas por ella y por aquellas se incluyan dentro de un mismo convenio, que, además, se proyecte sobre los ámbitos territoriales en que unas y otras actúen. Un ejemplo significativo, que se da en la práctica, es el de dos o más empresas del sector de construcción vinculadas entre sí por relaciones de subcontratación.

Sin embargo, por lo general, el contexto más común en los supuestos de subcontratación es que los trabajadores de las empresas contratistas se rijan por convenios colectivos diferentes al de la empresa principal, ya sean, de empresas o de sector. Es más, a medida que la subcontratación de obras y servicios se va expandiendo a otras actividades y sectores a aquellos en los que, tradicionalmente, se ha desarrollado; la tendencia es a la diversidad de los convenios aplicables, estableciéndose una situación de la que se derivan importantes desigualdades en las referidas condiciones de trabajo. En suma, se detectan alteraciones en los ámbitos funcionales de algunos convenios de sector que – en otros países - son redefinidos con el fin de englobar no solo las actividades clásicas sino también otras que se realizan actualmente de manera creciente y que, aunque se lleven a cabo con nuevas técnicas, guardan una cierta similitud con aquellas.

Para tratar de atenuar estos efectos, en países como España, se han aportado algunas sugerencias que ponen de relieve a las redes de empresas como posibles unidades de negociación, siempre que estemos ante relaciones de colaboración estables; a fin de que sea utilizado como un mecanismo para garantizar determinadas condiciones de trabajo a los trabajadores afectados por los procesos descentralizadores, en general, y por lo que a nosotros nos interesa, respecto a las contratas en particular. Se trataría de reconocer legitimación a las representaciones colectivas de las redes de empresas para negociar a esos niveles, y ello, aún cuando estás pertenezcan a sectores diferentes[8].

Evidentemente, la finalidad de ese tipo de propuestas – que duda cabe – es loable frente al escaso aporte que se evidencia en este campo; sin embargo, no debemos perder de

(7) ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva...", op. cit., pág. 47.

(8) CASAS BAHAMONDE, Maria Emilia. "Nuevas tendencias de la negociación colectiva en la Unión Europea", en AA.CC., Empleo, contratación y negociación colectiva, MATS, Madrid, 1999, pág. 96; en AA.VV., SUPIOT, A., (Coord.), Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa, Tirant lo blanch, Valencia, 1999. págs. 166 y ss.

vista que toda pretensión generalizadora presenta importantes dificultades para su puesta en práctica. En efecto, resultaría objetivamente inviable pretender que un único convenio colectivo regulase las condiciones de trabajo de todos los trabajadores de las empresas implicadas, dada la diversidad de ámbitos funcionales, personales y territoriales que pueden concurrir en los supuestos de subcontratación. Adicionalmente, las dificultades de regulación conjunta de sus condiciones de trabajo pueden verse agravadas en aquellos supuestos en los que los vínculos empresariales nacen con una predeterminada escasa duración.

III. NECESARIA RESPUESTA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA FRENTE AL FENÓMENO DE LA SUBCONTRATACIÓN

Como premisa general puede afirmarse que el espacio que la negociación colectiva ha dedicado a la regulación de las contratas ha sido parco por no decir nulo. Ello se debe, entre otras razones, a la propia complejidad que entraña el fenómeno de la subcontratación, unido a la lógica resistencia de los empresarios a que la negociación colectiva controle parcelas propias de su libertad de empresa; asimismo, se detecta una inercia en los temas tratados por la negociación colectiva y una falta de adaptación a las nuevas situaciones.

Como ya se ha mencionado anteriormente, a ello se suma, las profundas repercusiones que los procesos de subcontratación ejercen en la determinación de las instancias representativas idóneas para canalizar los intereses de los trabajadores de las empresas contratistas, así como la pérdida de la fuerza representativa que se deriva de la fragmentación que aquella conlleva[9]. A esto, cabe añadir, las limitaciones intrínsecas de los espacios reservados a la negociación colectiva; y finalmente, la existencia de diversidad de intereses implicados que dificulta aún más el consenso, tanto respecto a los empresarios como a los trabajadores de las empresas principales y de las empresas contratistas, no siempre decididos a la búsqueda de la homologación de condiciones de trabajo.

Desde el ámbito empresarial, esta resistencia por parte de algunos empleadores, en buena medida, viene a corroborar la idea de que el recurso a la subcontratación tiene como principal causa, la búsqueda de una reducción de los costes empresariales que se traduce en una reducción de los derechos laborales de los trabajadores de las contratas. No obstante, y como contrapartida, desde el ámbito de los representantes de los trabajadores, se detecta un creciente interés por el tratamiento convencional de las contratas, que, si bien aun no ha llegado a materializarse en el articulado de los convenios, si se evidencia en las algunas reivindicaciones –aunque mínimas– que han sido objeto de reclamo por parte de algunos sectores como el minero. La constante preocupación que - en nuestro país - han demostrado de algunas federaciones como la federación minera denota que el control de los procesos de subcontratación constituye una prioridad de las aspiraciones sindicales, especialmente, su atención se dirige a las peyorativas condiciones de trabajo de los trabajadores de las contratas, a la necesidad de coordinar en materia de prevención de riesgos laborales, entre otros.

Esta preocupación por la precariedad de derechos laborales que trae consigo la subcontratación, ha sido manifestada desde muchas esferas. Sin embargo, aunque en nuestro país no ha recibido algún tratamiento de tipo convencional, en algunos países, como España,

(9) MENENDEZ CALVO, R., "Descentralización productiva y subcontratación". Negociación colectiva en España: una visión cualitativa. Madrid, Confederación sindical de comisiones obreras, 2003. pág. 251

se ha producido la regulación de ciertas cláusulas en los convenios aunque el avance sigue siendo deficiente. Por ejemplo, en materia de prevención de riesgos laborales, se detecta una decidida apuesta por la protección de seguridad y salud, pero en cuanto al contenido de la regulación se constata una discreta y deficiente respuesta a la ley, pues, en general los convenios colectivos se limitan a reproducir el contenido de los dictados legales, salvo, en concretos sectores, en los que sí se produce una regulación de los parámetros en que debe desarrollarse la prevención, como, por ejemplo, las industrias petroquímicas[10], especialmente destacable, es el supuesto de los complejos mineroeléctrico y petroquímico de Puertollano, en los que se ha constituido un comité de seguridad y salud intercontratas, el primero en España con estas características, integrado por delegados de prevención de las empresas contratistas y representantes de estas compañías.

Otra materia que ha ocupado a la negociación colectiva – en otros países - es la relativa a la concreción de las tareas que pueden ser objeto de contratación en relación al contrato para obra o servicio determinado, concretamente, algunos convenios colectivos han trasladado lo que ha señalado el Tribunal Supremo en la medida que admite la licitud del contrato de obra o servicio determinado condicionado a la vigencia de la contrata, contemplando a esta como válida cláusula de temporalidad. Sobre la cuestionable validez de tales previsiones convencionales, siguiendo a SORIANO consideramos que con ellas se está desnaturalizando esta modalidad de contratación temporal, y ello, no queda justificado ni compensado con los compromisos de subrogación previstos igualmente a nivel convencional[11].

No obstante, la materia que ocupa un lugar primordial en el ámbito de la negociación colectiva – específicamente en España - son las cláusulas relativas a la subrogación empresarial en los supuestos de sucesión de contratas. Su protagonismo deriva la existencia, en otros países, de un elevado número de convenios que se han ocupado de tal cuestión; y de la trascendencia práctica de tales regulaciones en cuanto se convierten en auténticas medidas protectoras del empleo en las contratas.

El ejemplo del Acuerdo para la mejora de las relaciones laborales en los complejos mineroeléctrico y petroquímico de Puertollano (2000), pone de manifiesto la relevancia de la materia del trabajo en contratas en la práctica sindical – negocial, pese a que en muchas ocasiones no sea reflejado de un modo tan clarificador en los convenios colectivos. En este caso en particular se pretendía mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas auxiliares de mantenimiento que operan en el Complejo Industrial de Puertollano. Una vez aprobado, fue objeto principal del acuerdo preservar la estabilidad de los puestos de trabajo de las contratas y subcontratas en consonancia con las necesidades de externalización de las actividades de la empresa principal, así como garantizar la continuidad de los trabajadores en las sucesivas empresas.

Ahora bien, como lo hemos señalado anteriormente, la experiencia que nuestro país ha tenido en el tratamiento de la subcontratación vía negociación colectiva, a diferencia de otros países ha sido prácticamente nula. Tal vez es tiempo de pensar en este mecanismo como forma de paliar algunos efectos que traen consigo estas nuevas formas de organización

(10) Los convenios colectivos de empresa, por lo general, llevan a cabo unos controles más exhaustivos en la materia. Por ejemplo, el Acuerdo Marco del Grupo Repsol contiene un detallado Plan de actuación respecto a las empresas contratistas en materia de prevención de riesgos laborales.

(11) SORIANO CORTÉS, Dulce. "Peculiaridades de derechos colectivos". op. cit. pág. 313.

empresarial, es tiempo de rememorar y remitirnos a los antecedentes de la negociación colectiva como instrumento clave que - a lo largo de los años - ha servido para contrarrestar o equilibrar condiciones laborales.

Tal como señala GÓMEZ VALDEZ, "...a través del tiempo han existido instituciones colectivas de trabajo de suma importancia que han descansado en las organizaciones sindicales que hicieron desarrollar nuestro estamento laboral, produciendo un reparto mucho más equitativo del ingreso nacional: es el caso – por ejemplo - de las negociaciones colectivas de trabajo por rama de actividad que desde la década del 40 hasta el 80 del siglo anterior permitieron a los trabajadores de sus sectores mejoras laborales no igualadas a la fecha..."[12]. En ese sentido, no debiera descartarse la posibilidad de conjugar nuevas formas de negociación. El modelo de empresa emergente debería impulsar un examen de las condiciones de trabajo en términos de "ciclo productivo", que permita identificar el conjunto de los procesos que intervienen en la producción de bienes o servicios, con el fin de desarrollar una negociación que abarcándolos, garantice beneficios aceptables para todos[13].

La creación de ámbitos de negociación transversales, el planteamiento de formas de contratación colectiva reticular, marcadas por el protagonismo de la negociación entre las empresas principales y contratistas, son propuestas a cuya plasmación deberá dedicarse un especial esfuerzo en el futuro[14].

En efecto, se impone la necesidad de reforzar la negociación colectiva (no solo en los ámbitos tradicionales), se trata ahora de marcar la posibilidad de una negociación de carácter transversal, tales como pactos entre empresario principal y contratistas, conocidos bajo el nombre de "cartas de subcontratación", dirigidas a garantizar unas condiciones laborales adecuadas para los trabajadores de las contratas. Obviamente, ello debiera de ir acompañado de la constitución de órganos de representación de carácter transversal, acordes con la realidad creciente del fenómeno de la subcontratación, que agrupara a representantes de los trabajadores de las empresas principales y de las contratistas y subcontratistas[15]. Si bien hay que precisar que si esta negociación no quiere romper otras unidades más consolidadas históricamente, debe ser un "proceso de negociación colectiva no plenamente institucionalizado".

Estos nuevos planteamientos ameritan – sobretodo en nuestro país - un reforzamiento de la actividad sindical, y principalmente de la negociación colectiva tan venida a menos, en los últimos tiempos (salvo algunas excepciones de sectores consolidados). Es evidente que si las partes negociadoras han llegado a su plenitud de desarrollo, los acuerdos que se tomen poseerán un ingrediente de madurez que se reflejará en lo convenido. A la inversa, si dichas partes se mantienen en el umbral de la precariedad, es probable que los acuerdos sean

(12) GÓMEZ VALDEZ, Francisco. "Cómo se ven las nuevas relaciones colectivas de trabajo", en: Actas del VII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: San Marcos, 2007. pág. 248.
(13) REACIO, ANDREU, Albert. "Empresas red y relaciones laborales", en DUBOIS, A., MILLÁN, J.L. y ROCA, J. Capitalismo, desigualdades y degradación ambiental. Barcelona: Icaria, 2001. pág. 232.
(14) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?", en, Revista de Derecho Social. Bomarzo, 2007. pág. 257.
(15) ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva...". op. cit., págs. 68 y 69.

sino nulos, cuando no existentes, de ahí, la importancia de consagrar la institucionalización de los agentes productivos[16].

Obviamente todo lo visto aquí no son sino esbozos o intentos de posibles sugerencias que podrían atenuar o paliar los efectos que sobre las condiciones de los trabajadores, genera la subcontratación. Es evidente que "el elemento más difícil de afrontar desde la ley – más no el único -, es el relativo a la diferencia de condiciones entre los trabajadores "internos" o "de núcleo" y los "externos" o "de contrata" para la atención de necesidades integradas en un mismo proceso productivo"[17]. Esto amerita un estudio profundo que permita implantar en nuestro país los instrumentos adecuados, y deja de momento a la negociación colectiva como principal herramienta de intervención.

IV. HACIA UNA PROPUESTA DE "MÍNIMOS" INDISPENSABLES EN EL MARCO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En el presente trabajo, se ha evidenciado una serie de falencias – aunque no las únicas - que entraña el denominado "trabajo en régimen de subcontratación", tanto en la estructura de la negociación colectiva como en las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas. Precisamente por eso, se hace necesario adoptar una serie de medidas (legislativas y convencionales) que tiendan a paliar, de alguna manera, las consecuencias peyorativas que trae consigo este nuevo esquema triangular. Entre estas, el instrumento estrella "la negociación colectiva" como alternativa eficaz de intervención. Ya en el observatorio de negociación colectiva celebrado en España en el año 2002, se habían tratado una serie de alternativas, las mismas que han sido profundizadas, aunque no aplicadas en la práctica. En este contexto, reiteramos que la estipulación de cláusulas sobre subcontratación en la negociación colectiva (adoptada algunos países), ha servido de alguna forma para regular algunos efectos, pero su aplicación aun es deficiente. Así, a continuación señalamos algunas propuestas aplicables a nuestra realidad, producto de la revisión de algunos enfoques planteados en otros países:

1. Es necesario que se ponga un fuerte "énfasis" en la elección de órganos de representación en las empresas contratistas y subcontratistas; de tal forma que se favorezca la penetración de los sindicatos y el fomento del desarrollo de sus actividades representativas en las mismas. Ello con la finalidad de superar el clima de antisindicalidad que envuelve a algunas empresas sujetas a este régimen de subcontratación.

2. En la medida de lo posible, se deben buscar mecanismos que garanticen unas mejores condiciones laborales a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, sobretodo en materia de seguridad y salud en el trabajo. Una posible alternativa inmediata es la celebración de cláusulas de subcontratación o la conformación de comités intercontratas (que se especialicen en la implementación de este tipo de medidas), que a manera de ejemplo se formó en el Acuerdo de Puertollano, mencionado anteriormente.

(16) GÓMEZ VALDEZ, Francisco. "Cómo se ven las nuevas relaciones colectivas de trabajo", op. cit., pág. 240.
(17) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. op. cit. pág. 257.

3. Se debe reforzar el ámbito de competencias de los representantes de los trabajadores de las empresas principales en relación a las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas contratistas, impulsando actuaciones de suplencia cuando, en estos ámbitos, no haya representantes de los trabajadores; o estableciendo actuaciones conjuntas, si los hubiere.

4. Es importante que se coadyuve a una absoluta transparencia de las fórmulas de descentralización productiva a través de mecanismos de acceso de información y de control por parte de los representantes de los trabajadores. Esto tiene como objetivo favorecer el conocimiento, seguro y fiable, de todos los eslabones de la cadena de subcontratación para poder identificar a los sujetos implicados y facilitar la exigencia de eventuales responsabilidades.

5. Como reto inmediato, se debe favorecer la mejora de las condiciones laborales en los convenios colectivos, de ámbito sectorial o de empresa, que sean de aplicación a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas a fin de superar los acuerdos mínimos que – frecuentemente -los caracteriza.

6. Como medida de carácter prioritario se debe promover la celebración de contratos de naturaleza indefinida; y evitar o establecer la restricción del recurso a los contratos de trabajo para la realización de obras y servicios determinados. Asimismo, se debe buscar la elevación de los niveles salariales, que por lo general resultan ínfimos, y por último se debe buscar un equilibrio o por lo menos una aproximación de las condiciones laborales (de los trabajadores de las empresas contratistas) a las de los trabajadores de las empresas principales. Adicionalmente, se debe obtener la incorporación de cláusulas subrogatorias. .

7. Es tiempo de que las partes, sobretodo los representantes de los trabajadores, estén propensos a la creación de nuevas formas de negociación interempresarial específicamente adaptadas al fenómeno de descentralización productiva, como, por ejemplo, los pactos entre empresas principales y contratistas. En efecto, deben abrirse ha establecer mecanismos, que no necesariamente se vena limitados al esquema clásico y tradicional de la negociación colectiva laboral. Al respecto, en otros países, cuyos estudios sobre la materia son más avanzados, ya se vislumbran ciertos mecanismos conocidos como "cartas de subcontratación", que se celebran entre la empresa principal y la empresa contratista, con la finalidad de evitar competencias desleales entre ellas y de garantizar unas condiciones laborales satisfactorias a los trabajadores afectados por las cadenas de subcontratación.

8. A fin de asegurar la viabilidad de la negociación, se debe favorecer la constitución de órganos de representación transversal en el que estén presentes tanto representantes de los trabajadores de las empresas principales como de las empresas contratistas y subcontratistas. . Esto, evidentemente, debe de concretarse en la elección de representantes en determinados ámbitos territoriales y funcionales en los que actúen tales empresas.

9. Finalmente, tal como ya se ha reiterado anteriormente, se debe incentivar la conformación de nuevos ámbitos de negociación colectiva de carácter transversal que sirvan para englobar a las contratas y de las redes de empresas. Es decir, conviene superar el modelo tradicional y desfasado – en el que está inmersa la legislación-, a fin de adaptarnos a las nuevas formas de organización empresarial.

No obstante, aún cuando se cuente con distintos convenios aplicables a las empresas principales y a las contratistas y subcontratistas, cabe la posibilidad de obtener – de manera paralela - la aprobación de acuerdos concretos de carácter colectivo – no convenios en sentido estricto – que aborden cuestiones relacionadas con dicha temática y que tengan como ámbito a las diferentes empresas involucradas en el fenómeno de las contratas, delimitadas en base a ciertas variables funcionales y territoriales. El acuerdo citado, suscrito en los complejos petroquímico y mineroeléctrico de Puertollano es un claro ejemplo de este planteamiento.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

No es nuestra intención fijar una posición inflexible al respecto y zanjar este tema, sino por el contrario contribuir a un debate en torno a un tema de suma importancia, tengamos en cuenta que el denominado "trabajo en régimen de subcontratación" cara a la realidad, ha traído consigo repercusiones en muchos casos negativas para los trabajadores de las empresas contratistas que se ven sometidos a condiciones peyorativas de trabajo. Coincidimos con quienes ven en la negociación colectiva un instrumento eficaz a fin de paliar esta situación. Al respecto, hemos establecido algunas propuestas que hemos denominado "mínimos indispensables" en el marco de la negociación colectiva, debido a que estas pueden ser complementadas (por los continuos cambios y efectos que trae consigo la descentralización productiva) y están sujetas a una profundización de su estudio.

La finalidad de tales propuestas y acuerdos es ampliar las, tan a menudo, depaupereadas condiciones laborales de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas y tratar, entre otras, de cuestiones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, el empleo, las condiciones salariales, el tiempo de trabajo o la formación de los trabajadores afectados por la práctica de la subcontratación. En esa línea, se deben ampliar las garantías y responsabilidades de los distintos empresarios y, muy en particular, de los que tienen la condición de principales.

Esto a nuestro entender debe ir de la mano con una cultura de fortalecimiento de la acción sindical y promoción de la negociación colectiva como instrumento eficaz frente a los efectos peyorativos de la subcontratación. Asimismo, del reconocimiento, por parte del empleador, de una regulación convencional de este esquema triangular, propendiendo a mejorar el entorno laboral en el cual el personal realiza sus labores.

SEGUNDO TEMA
ALCANCES Y LÍMITES DE LA INSPECCIÓN

PONENCIAS OFICIALES

"PRIMACÍA DE LA REALIDAD, INTERMEDIACION LABORAL Y TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS; SU APLICACIÓN EN EL ORIGEN, DESARROLLO Y FINALIZACIÓN DE LAS ACTUACIONES INSPECTIVAS"

PEDRO G. MORALES CORRALES[1]

I. PRIMACÍA DE LA REALIDAD

1. Aspectos Generales del Principio Protector

El Derecho del Trabajo tiene su razón de ser en la protección normativa que proporciona a la parte más débil de la relación contractual: el trabajador, de tal modo de evitar o cuando menos suavizar o limitar las imposiciones exageradas o abusivas que pueda plantear el empleador al inicio de la relación laboral y/o durante su ejecución. En consecuencia la tuición propia de esta rama del derecho corresponde en esencia a la ley, en su sentido lato, siendo las autoridades administrativas y judiciales, de acuerdo a su competencia, los operadores de dicha tuición normativa.

El Derecho del Trabajo, como rama autónoma, cuenta con principios propios que la distinguen de otras ramas del Derecho.

De una revisión de los principios recogidos por el recordado maestro Américo Plá Rodríguez, a saber: (i) principio protector; (ii) irrenunciabilidad; (iii) continuidad; (iv) primacía

(1) Ex Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad de Lima, Socio del Estudio Echecopar, quien expresa su reconocimiento al estudiante de Derecho de la Universidad de Lima, Sr. Duilio Nicolini Barco, por el eficiente apoyo brindado para la elaboración de esta Ponencia Oficial.

de la realidad; (v) razonabilidad; (vi) buena fe; y, (vii) no discriminación, sin duda que, el principio protector cumple una función rectora y los demás principios, hasta cierto punto, vienen a constituir una especie o manifestación del principio protector.

Como sostiene Plá[2] "El principio protector se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que este, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: El trabajador".

De la revolución industrial, origen más remoto de lo que actualmente conocemos como Derecho del Trabajo en el mundo occidental, hasta la fecha, los puestos de trabajo han resultado ser siempre un bien escaso, pues existe una demanda superior de estos, frente a la oferta de los mismos. Ya en la 87° Conferencia Internacional del Trabajo de 1999, la memoria de su Director General, Sr. Hansene, denominada "Trabajo Decente", manifiesta que: "según los estimados de la OIT, hay en el mundo 150 millones de desempleados absolutos, pero la realidad es mucho más sombría, ya que otros muchos tienen que ganarse la vida con un trabajo ocasional, o por cuenta propia, muy poco productivo, o al amparo de otras formas de sub empleo .... pese a los años de esfuerzo, la situación no da muestras de mejorar[3]. Lo cierto es que, a inicio del año 2006, según las propias estimaciones de la OIT la cifra de desempleo aumentó, alcanzando a 191.8 millones de desempleados en todo el mundo.[4]

Y es el desequilibrio entre la oferta y la demanda de puestos de trabajo que origina, de manera general, (porque existen excepciones como podría ser el caso de algunos cargos de dirección), conductas incorrectas del empleador que, buscando su solo beneficio (mayores utilidades), sacrifica las condiciones laborales de quienes le prestan servicios, que antes del surgimiento del Derecho del Trabajo implicaron una situación de verdadera explotación con características infrahumanas que fueron las que dieron motivo a los movimientos sociales de los siglos XVIII, XIX y parte del XX.

Sin embargo, en los últimos años se comienza a dar importancia al concepto de "responsabilidad empresarial" según el cual "el éxito no se alcanza solo a través de buenos resultados financieros/económicos sino necesariamente también mediante el desarrollo de los agentes que rodean a la empresa y participan directa o indirectamente en ella (*empleados*, clientes, proveedores, socios, la comunidad en general)".[5] Nótese entonces, que se viene presentando una posición favorable de un sector del empresariado mundial y local respecto de los derechos laborales como un requisito indesligable de la actividad empresarial; que incluso llega a supeditar sus negocios con otras empresas a que se acredite que estas últimas cumplen igualmente con sus deberes laborales. Este es, sin duda un avance esperanzador en la conducta empresarial en la medida que llevar adelante una empresa, no solo significa el concurso del capital y de los consumidores, sino también del trabajo que es una de las causas eficientes de la generación de riqueza y que en consecuencia debe tener un trato apropiado

(2) Plá Rodríguez, Américo. "Los Principios del Derecho del Trabajo", Segunda Edición Actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 23.
(3) Organización Internacional de Trabajo - Memoria del Director General. "Trabajo Decente", Conferencia Internacional de Trabajo 87ª reunión, 1989, Primera Edición, p. 24.
(4) htttp//www.univisión.com "Crece la tasa de desempleo en el mundo"
(5) Alarcón Piana, Marco "Responsabilidad Social". Power point interno para el Estudio Echecopar, junio 2008, diapositiva 1.

en la medida que así lo exige la calidad de persona humana de quien lo presta, que se traduce en el término "dignidad"[6].

2. Aspectos generales del Principio de Primacía de la Realidad

El principio de la primacía de la realidad, al cual nos referiremos en esta primera parte de la Ponencia, que según Plá[7] "... significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos", tiene indudable sustento en el principio protector. Utilizando uno de los ejemplos más comunes, que no es otro que, cuando un empleador indebidamente contrata a un trabajador simulando la existencia de un contrato de locación de servicios, de naturaleza civil que en esencia supone la prestación de un servicio independiente, cuando en la realidad de los hechos esconde una verdadera prestación de servicios subordinada o dependiente, o sea, un verdadero contrato de trabajo, se establece esta situación a través del pronunciamiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o de la Comisión de Procedimientos Concursales, a efectos de determinar la existencia de un crédito laboral oculto, o del juez, que es definitoria en este tema, indudablemente que tiene por objeto proteger a la parte más débil de la relación contractual al hacer objetiva la existencia del contrato de trabajo con todas las consecuencias que se derivan de él: acceso a las condiciones de trabajo, derechos y beneficios sociales consagrados por la Constitución y la ley a favor de los trabajadores, así como a la seguridad social, que en un verdadero supuesto de locación de servicios no alcanzaría al locador.

Para Javier Neves Mujica[8], el principio de la primacía de la realidad significa que "ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto, sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil enuncia que las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determina. Sobre esta base, el Derecho del Trabajo ha construido el llamado principio de la realidad".

Javier Dolorier[9] acota que, la aplicación de este principio "... generalmente se produce por la existencia de documentos que contradicen la naturaleza y realidad de los servicios que se prestan, pese al consentimiento formal de el trabajador", para luego explicar el origen que obliga a aplicar este principio, manifestando que "al estar formado el Derecho Laboral de normas imperativas que otorgan beneficios a los trabajadores, existe el constante riesgo de que el empleador intente evitar su cumplimiento. La razón de esta tendencia reside en que la contratación laboral implique que el empleador debe otorgar al trabajador una serie de beneficios y pagos adicionales al de la remuneración, además de las aportaciones sociales por el Seguro Social de Salud ...". "Como se puede apreciar, en su

(6) La Constitución Política del Perú establece en su artículo 1° que: "la defensa de la persona humana *y el respeto a su dignidad* son el fin supremo de la sociedad y del estado". A su vez el artículo 23°, en concordancia con el artículo anterior señala que: "ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, *ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador*".
(7) Plá Rodríguez, Américo, op cit. p. 243.
(8) Neves Mujica, Javier. "Introducción al Derecho Laboral", Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2004, reimpresión de la segunda edición en septiembre de 2004, p. 36.
(9) Dolorier Torres, Javier. "Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en las Inspecciones del Trabajo", en Actualidad Jurídica, Tomo 96, noviembre de 2001, pp. 55 y 56.

intento por reducir el costo de la mano de obra, las empresas tienen que recurrir a formas de contratación civil mediante contratos de locación de servicios, o simplemente incorporando personal sin cumplir con las formalidades que la legislación establece."

Sin embargo este principio no solo es importante para establecer la existencia de la relación laboral, que constituye uno de los fines esenciales, ahí donde se le pretende disfrazar con una figura contractual civil, sino que también se aplica a multiplicidad de supuestos que se pueden dar con motivo de las modalidades formativas y de la ejecución del contrato de trabajo. Así, a modo de ejemplos, podemos citar los siguientes: (i) suscripción de un convenio de modalidad formativa como las prácticas pre-profesionales o profesionales, cuando en la realidad se trata de una persona que no cursa estudios técnicos o superiores o, cuando siguiendo dichos estudios, en la realidad realiza funciones ajenas o no vinculadas a la carrera que cursa; (ii) en este mismo orden de ideas, la suscripción de un convenio de capacitación laboral juvenil, que no cumple los requisitos para considerarse como tal y que en el fondo oculta una verdadera relación laboral; (iii) contratación de un trabajador en régimen de tiempo parcial con limitación de beneficios cuando en los hechos labora cuatro o más horas diarias o en promedio semanal; (iv) contratación a plazo fijo, cuando en la realidad no se dan las causas objetivas que se esgrimen en el contrato, en cuyo caso la consecuencia es que se establezca que la contratación es a plazo indeterminado, lo que a su vez trae consigo el tratamiento que corresponde respecto a la protección contra el despido arbitrario (reposición vía acción de amparo, según criterio erróneo del Tribunal Constitucional o indemnización según lo establecido por la Constitución y legislación vigentes); (v) contratación a plazo fijo utilizando una causa objetiva distinta a la que realmente corresponde a la labor temporal desarrollada; (vi) contratación de una empresa para la prestación de servicios que sirve de "pantalla" para ocultar una relación personal, subordinada y remunerada de servicios; (vii) contratación de una persona bajo locación de servicios para reemplazar a personal con contrato de trabajo; (viii) pago de una gratificación extraordinaria que no tiene carácter remunerativo cuando oculta el abono de una verdadera remuneración con todos los efectos colaterales que ello pueda ocasionar, por ejemplo un bono por cumplimiento de metas o productividad; (ix) pago "a cuenta de utilidades" (que no tiene carácter remunerativo), cuando estas no se generan, quedando en evidencia que se trata de un verdadero incremento de remuneraciones y que lo único que se perseguía era evitar los efectos colaterales en otros beneficios; (x) considerar como condición de trabajo un pago que en el fondo oculta un abono remuneratorio, como es el caso de considerar indebidamente como "movilidad" un estipendio que no responde a esa naturaleza, habida cuenta del cargo que desempeña el trabajador; (xi) contratar los servicios de empresas de intermediación laboral para la realización de prestaciones que no responden a los supuestos previstos por la ley; (xii) contratar a empresas para tercerizar servicios de la empresa usuaria, sin que la empresa tercerizadora acredite los requisitos que le permiten legalmente prestar esos servicios; (xiii) calificación de un puesto como de dirección o confianza sin que se cumplan los requisitos legales para ello; (xiv) celebración de un convenio de cese por mutuo disenso que oculta un despido arbitrario o formulación de una renuncia que igualmente oculta un despido arbitrario.

En todos los casos enunciados, así como en otros muchos más que se pueden dar en la realidad, en principio la carga de la prueba para demostrar la existencia real de los hechos y desvirtuar así lo que figura documentalmente, es del trabajador, en aplicación del artículo 27° de la Ley Procesal de Trabajo según el cual corresponde a las partes probar sus afirmaciones.

Es cierto que tanto la Autoridad Administrativa de Trabajo a través de sus servicios inspectivos como el juez laboral gozan de facultades de investigación suficientes que les debe permitir llegar a la realidad de los hechos por lo que, ante la insuficiencia de la prueba, el juez podría ordenar diligencias de investigación que le permitan llegar a esa realidad o desvirtuarlas.

En este sentido, se pronunció el Acuerdo sobre "Locación de Servicios y Contratos de Trabajo" adoptado por el Pleno Jurisdiccional Laboral celebrado en la ciudad de Tarapoto entre el 5 y el 8 de junio del año 2000 pues, en uno de sus considerandos se establece "que, por ello conforme al artículo 27 inciso 1 de la Ley Procesal de Trabajo corresponde al trabajador acreditar la existencia y en consecuencia la naturaleza laboral del vínculo contractual, *sin perjuicio de la actividad que debe desarrollar el juez de acuerdo a las propias facultades que le otorga la norma adjetiva para llegar a determinar la verdad material y poderse pronunciar en base a ella"* (cursivas agregadas).

Este Acuerdo consagró, en el ámbito jurisdiccional, la aplicación del principio de la primacía de la realidad que se venía aplicando con inusual frecuencia debido al sinnúmero de simulaciones que daban origen a procesos judiciales buscando tutela jurisdiccional efectiva para establecer la existencia de un contrato laboral allí donde se le había disimulado a través de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil; y lo hizo en los siguientes términos: "Primero: Si el juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicio civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el código civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan."

Jurisdiccionalmente, en determinado momento (década de los 80) como expresión del principio de primacía de la realidad diversos pronunciamientos judiciales establecieron que el contrato de trabajo era un "contrato realidad". Así por ejemplo, la resolución del tribunal de trabajo de 22 de mayo de 1980 recaída en el expediente N° 3232-79 señaló lo siguiente: "que para determinar la existencia de un vínculo de trabajo dependiente, prima el contenido de la relación y la forma en que se presta, sobre los términos del documento suscrito y la denominación que las partes hayan adoptado, por cuanto el contrato de trabajo es un contrato realidad, …."[10]

De otro lado, ese principio tiene diversas manifestaciones en el ámbito administrativo. Por ejemplo en la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444 se recoge el Principio de Verdad Material (artículo IV 1.11) según el cual "en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aún cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan adoptado eximirse de ellas. En el caso de procedimientos trilaterales, la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público".

(10) De los Heros Pérez Albela, Alfonso; Morales Corrales, Pedro. "Manual de Jurisprudencia Laboral. H y M Editores S.A.", Editorial y Editora Gráfica EIRL, abril 1988, p. 167.

En el ámbito de la Ley General del Sistema Concursal N° 27809 en su texto original se establecía que "para el reconocimiento de los créditos de origen laboral *y siempre que el acreedor lo haya invocado*, la Comisión (de Procedimientos Concursales) *podrá* aplicar el principio de primacía de la realidad privilegiando los hechos verificados sobre las formas o apariencias contractuales que sustenten el crédito" (cursivas y entre paréntesis agregados). Adviértase que la aplicación del principio de primacía de la realidad se encontraba sujeto a dos requisitos: el primero, que el acreedor lo hubiera invocado; y, el segundo, que la Comisión decida aplicarlo; lo que revelaba un avance muy tímido en esta materia.

El artículo 40° de la Ley General del Sistema Concursal, bajo comentario, ha sido modificado por el Decreto Legislativo N° 1050 de 26 de junio del año 2008, en los siguientes términos: "para el reconocimiento de los créditos de origen laboral la Comisión *podrá* aplicar el principio de la primacía de la realidad, privilegiando los hechos verificados sobre la forma o apariencias contractuales que sustentan el crédito".

A diferencia de la norma sustituida que requería que el acreedor invocara el principio de la primacía de la realidad para que la Comisión de Procedimientos Concursales pudiera aplicarlo, ahora ya no es necesario pues constituye potestad de la citada Comisión hacerlo. Si bien se trata de un avance, continúa siendo tímido en la medida en que no se trata de una obligación sino de una facultad de la Comisión y ello podría prestarse a tratamientos indebidos o discriminatorios. La norma, pues, debió ser mandataria.

En el ámbito administrativo tributario la Norma VIII, segundo párrafo, establece lo siguiente: "Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios."

Alberto Araoz Villena[11] menciona que la exposición de motivos, del referido segundo párrafo, señala que "esta norma establece la primacía de la realidad frente a las formas y estructuras jurídicas que el contribuyente manipule para no estar dentro del campo de aplicación del tributo. Mediante esta norma se aplicará la teoría del desvelamiento para los grupos económicos que implica el desconocimiento de las individuales (individualidades) jurídicas, cuando estas se utilicen fraudulentamente." El autor continúa manifestando que en concordancia con la exposición de motivos "para los propósitos tributarios debería primar la realidad oculta y no la forma aparente, lo cual resulta entendible en los casos en que exista simulación, ...".

Otro caso en que normativamente se aplicaría el principio de primacía de la realidad es el contemplado en el artículo 6° del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, en cuyo párrafo final se establece: "El empleador que contrate en calidad de independiente a quien, por la naturaleza de los servicios prestados, tiene la calidad de trabajador dependiente, será responsable de regularizar todos los aportes al SPP devengados en el correspondiente periodo, incluidos los intereses por mora. Esta obligación existe sin menoscabo de las sanciones que aplique el Ministerio de Trabajo y Promoción Social en función de las normas laborales pertinentes.".

(11) Araoz Villena, Alberto. "Una aproximación al correcto sentido y alcance de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario.", en la Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario N° 44, abril de 2006, pp. 201 – 202.

Finalmente, en el ámbito jurisdiccional la Ley Procesal del Trabajo N° 26636 en el artículo I de su Título Preliminar, consagra como principio del proceso laboral, entre otros, el de veracidad, estableciendo en su artículo 28° que "el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios que considere conveniente, cuando los ofrecidos por las partes resulten insuficientes para producirle certeza y convicción"; es decir, el juez debe agotar los medios necesarios que le permitan llegar a la verdad real o "verdad verdadera", de tal modo de poder administrar a cabalidad la justicia laboral.

3. Aplicación del el principio de la Primacía de la Realidad en la Inspección de Trabajo

Ahora bien, visto el tratamiento general de este principio, detengámonos en lo que es propio de esta Ponencia, es decir, cómo es que se expresa en el ámbito de la inspección de trabajo y ahí, identificamos tres etapas: (i) una primera en que las normas de inspección reservaban la aplicación de este principio al juez; (ii) una segunda que introduce la aplicación de este principio en la actividad inspectiva, con algunas limitaciones; y, (iii) una tercera, que es la vigente que consagra a nivel administrativo laboral la aplicación de este principio de manera general sin restricciones.

Desarrollemos cada una de estas etapas:

Normas de Inspección que no facultaban al inspector la aplicación del Principio de la Primacía de la Realidad

Las normas que precedieron al Decreto Legislativo N° 910 que hizo posible, legislativamente hablando, que en la función inspectiva se tenga en cuenta dicho principio son: (i) el Decreto Supremo de 24 de enero de 1913, modificado por los Decretos Supremos de 6 de marzo de 1920 y de 23 de marzo de 1936; (ii) Convenio OIT N° 81, ratificado por Resolución Legislativa N° 13284 de 15 de diciembre de 1959, sobre la Inspección del Trabajo, que si bien constituye el marco fundamental, por su naturaleza de convenio internacional, en el cual debe basarse todo sistema de inspección laboral, no autoriza específicamente la aplicación del principio de primacía de la realidad; (iii) D.S. N° 003-71-TR, que reguló por primera vez orgánicamente el procedimiento de inspección; (iv) D.S. N° 003-83-TR, en materia de inspección, y el D.S. N° 032-83-TR en materia de seguridad e higiene ocupacional; (v) D.S. N° 004-95-TR, que consolidó en un solo cuerpo normativo las inspecciones de trabajo y las de seguridad e higiene ocupacional; y, (vi) D.S. N° 004-96-TR, que es el que rigió hasta el 30 de junio de 2001, desarrollado por la R.M. 076-97-TR, y posteriormente sustituida por la R.M. 146-99-TR.

El escenario de la inspección laboral en nuestro país con las normas precedentes, desde la perspectiva de los trabajadores, muchas veces resultó frustrante. Bastaba que se argumentara que determinada actuación inspectiva suponía la aplicación del principio de primacía de la realidad, o que fuera controvertible, como por ejemplo, que un contrato de locación de servicios ocultara una verdadera relación laboral, para que el inspector se inhibiera, expidiendo en el mejor de los casos copia de lo constatado, para que el trabajador, con base a este documento planteara su demanda ante el juez para que este resuelva finalmente. El resultado fue que, sobretodo tratándose de derechos individuales, los titulares de los mismos muchas veces optaron por no demandar ante la posibilidad de perder su trabajo y, en todo caso, reservar su reclamo al cese para plantearlo dentro del periodo prescriptorio;

y si se atrevían a hacerlo, podían pasar dos o tres años, sino más, antes de que el Poder Judicial se pronuncie. Es decir, se podía tener el derecho pero hacerlo valer resultaba muy difícil, trayendo como consecuencia una situación de desprotección de la parte más débil del contrato de trabajo.

Introducción del Principio de Primacía de la Realidad en el Procedimiento Inspectivo: Decreto Legislativo N° 910

Mediante el Decreto Legislativo N° 910 de 16 de marzo de 2001 se dictó la Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, en adelante el "Decreto Legislativo", publicado el día siguiente y que entró en vigencia el 1° de julio de 2001.

Por Decreto Supremo N° 020-2001-TR, de 28 de junio de 2001, se aprobó su Reglamento, publicado el 29 de junio y vigente a partir del 1 de julio de 2001; es decir, tanto la Ley como el Reglamento entraron en vigencia en la misma oportunidad.

Las líneas rectoras del sistema inspectivo fueron: (i) Función preventiva, (ii) fiscalizadora; y, (iii) en última instancia sancionadora (Cuarto considerando y artículo 5°).

Esta norma contempló que en el cumplimiento de la función inspectiva se debía observar especialmente determinados principios rectores, tres de ellos vinculados propiamente a la función administrativa que debían cumplirse con ocasión de la actividad inspectiva y de sus consecuencias (legalidad, razonabilidad y proporcionalidad); en tanto que los principios de primacía de la realidad e irrenunciabilidad de derechos, tienen que ver directamente con los trabajadores; y el de la buena fe con la conducta que deben proceder empleadores y trabajadores con motivo del procedimiento inspectivo.

En cuanto al principio de primacía de la realidad esta fue, sin duda, la más importante innovación que introdujo el Decreto Legislativo, ya que desde su vigencia, ha permitido, en sede administrativa, determinar la existencia de un contrato de trabajo ahí donde evidentemente se simule uno de naturaleza civil (locación de servicios o de obra), o mercantil (comisión mercantil o prestación de servicios a través de una empresa pantalla), sin perjuicio de la aplicación de este principio en otros supuestos como los detallados en el numeral I 2.

En efecto, en el artículo 3 b del Decreto Legislativo se establece que "En la aplicación de la Ley se observan, especialmente, los siguientes principios rectores: ..... b) primacía de la realidad". A su vez el artículo 5 f, al cual nos referiremos con mayor detalle dentro de un momento, en consonancia con el anterior dispositivo establece "Aplicar el principio de primacía de la realidad que rige en el Derecho Laboral ..."

Fernando García[12] comentando estas disposiciones, específicamente el artículo 5, literal f), señala que "... la utilización del término *aplicar* que expresa obligación y atribución del trabajo. No se trata entonces de un principio información únicamente sino de su aplicación completa en sede administrativa", señalando además que la definición legal del principio coincide con su formulación doctrinaria.

Una de las más claras manifestaciones normativas de la aplicación de este principio, a través de presunciones legales, las encontramos en el artículo 9° del Reglamento, en que,

(12) García Granara, Fernando. Op. cit. p. 398

se introdujeron dichas presunciones relativas sobre la existencia de relación laboral cuando: (i) el trabajador realizaba una labor similar a la de otro registrado en planillas; (ii) si pese a haber concluido el convenio de formación laboral juvenil o de prácticas pre profesionales o aprendizaje (actualmente modalidades formativas en general), o superados los límites legales, la persona continuaba prestando los mismos servicios; (iii) si la labor se encontraba calificada por norma expresa como de naturaleza laboral; (iv) si se manifestaban los elementos esenciales del contrato de trabajo tales como la subordinación, horario, reglamentación de la labor y la facultad sancionadora; (v) en cuanto a las empresas de servicios especiales y cooperativas de trabajadores, si se constataba que el personal destacado por una de ellas a la empresa usuaria era contratado por estas simulando un contrato diferente al laboral o asociativo laboral. En este caso, la relación laboral se presumía respecto de dichas empresas; y cuando la empresa usuaria no acreditaba la condición de trabajador destacado por una de estas empresas, en cuyo supuesto se presumía la existencia de una relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador destacado.

Respecto de la importancia de esa entonces nueva regulación, Fernando García Granara[13] manifestó que ella "... reside fundamentalmente en tres aspectos: en primer lugar, recoge por primera vez a nivel legislativo un concepto y campo de aplicación del principio de primacía de la realidad en la Administración del Trabajo; en segundo lugar, reconoce la aplicación de este principio en la administración del trabajo y concretamente en la inspección, pasando así a formar parte de las premisas básicas de la inspección; y, en tercer lugar, como consecuencia de lo anterior resulta lógico que se establezcan atribuciones de los funcionarios para que apliquen el principio, es decir, su reconocimiento viene aparejado de la necesidad de instrumentalizar y garantizar que cumpla su finalidad. En este sentido, la recepción legislativa del principio en la LGIDT fortalece la inspección y en definitiva los mecanismos de protección laboral."

Sin duda se trata de un cambio sustantivo, pues se invierten los papeles: si el empleador no está de acuerdo en la forma que la autoridad de inspección aplicó el principio de primacía de la realidad, tendrá derecho de apelar en sede administrativa y luego, de ser el caso, buscar se revise lo resuelto en dicha sede, a través del juez, vía Proceso Contencioso Administrativo.

Definitivamente el Decreto Legislativo se inspiró en esta materia en el principio protector, pues menos posibilidades de defensa tiene el trabajador que el empleador, y esta fue una manera de suavizar o atenuar el desequilibrio existente entre las partes en el procedimiento de inspección, dotando al trabajador de instrumentos más eficientes que cautelen sus derechos laborales, sin que ello signifique desmedro en el derecho de defensa del empleador, pues, finalmente, siempre tendrá la posibilidad de recurrir al juez para que revise lo resuelto por la Autoridad Administrativa de Trabajo. Es cierto que como se verá más adelante la experiencia demuestra que se están produciendo algunos excesos que deben ser materia de corrección.

Ahora bien, la lectura del literal f) del artículo 5° de dicho dispositivo sobre "Generalidades de Inspección del Trabajo" originó, como primera impresión que se estaba

(13) García Granara, Fernando. "La Primacía de la Realidad de la Inspección del Trabajo", en el Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez "Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano" SPDTSS, Lima, diciembre 2004. Ali Arte Gráfico Publicaciones S.R.L., pp. 381 y ss.

introduciendo limitaciones a la aplicación del principio de primacía de la realidad. Veamos su tenor: "Aplicar el principio de primacía de la realidad que rige el derecho laboral, el cual determina que se deba privilegiar los hechos vinculados sustantivamente con el trabajo sobre los actos formales que difieran de la naturaleza de tales situaciones, *dentro de los límites establecidos en el Reglamento* con respecto a las presunciones relativas de existencia de relación laboral;..."

A su vez, el Reglamento del Decreto Legislativo en su artículo 3° se refería al principio de primacía de la realidad en los siguientes términos: "En aplicación del principio de primacía de la realidad, en caso de surgir discordancia entre los hechos verificados y lo que se advierte de los documentos o actos formales, debe siempre privilegiarse los hechos constatados". El artículo 9° del Reglamento sobre la aplicación de dicho principio vinculado a determinar la existencia de la relación laboral, en su texto original estableció las presunciones a las que nos hemos referido anteriormente. En consecuencia, podría concluirse que, con el Decreto Legislativo la aplicación del principio era plena salvo, liminarmente, en lo que se refería a la determinación del vínculo laboral, que quedaba supeditado a lo previsto en las presunciones. Y efectuamos la salvedad liminar habida cuenta de la generalidad contenida en la presunción correspondiente al literal d) del artículo 9.1 en el que, repetimos, la inspección de trabajo tenía que presumir la existencia de un vínculo de naturaleza laboral cuando "en la prestación de un servicio se comprueba las manifestaciones de los elementos esenciales del contrato de trabajo, y en el caso específico de la subordinación, manifestaciones tales como la existencia de un horario de trabajo, la reglamentación de la labor, el dictado de órdenes o la sanción en el desempeño de la misma, entre otras, conforme al artículo 9° del TUO" (Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

Como puede apreciarse del contenido de dicha presunción, es tan amplio que si con motivo de la inspección se constata, es decir, se comprueba la existencia de los elementos fundamentales del contrato de trabajo (servicio personal, subordinado, remunerado y por cuenta ajena), se tendrá entonces que aplicar la presunción y hacer prevalecer la relación laboral respecto de lo que pueda aparecer documentalmente, por ejemplo que se trata de una locación de servicios, o de un contrato con una empresa que resulta "pantalla".

Sin embargo, a fin de despejar las dudas que de todos modos originó la redacción del literal f) del artículo 5° del Decreto Legislativo, mediante Decreto Supremo N° 010-2004-TR de 20 de julio de 2004, se introdujeron diversas modificaciones al texto original del Reglamento del Decreto Legislativo, y uno de los artículos modificados fue precisamente el 9° sobre aplicación del principio de primacía de la realidad y presunciones en el servicio inspectivo.

En efecto en el literal 9.1 se establece que "Sin perjuicio de la facultad general establecida en el artículo 3° del Reglamento, se presume la existencia de un vínculo de naturaleza laboral, salvo prueba en contrario, cuando dentro de un procedimiento de inspección de trabajo se constate cualquiera de las siguientes situaciones: .....".

Puede advertirse que lo que esta norma reglamentaria señaló con claridad es que, de *manera general,* en la inspección de trabajo se debe aplicar el principio de primacía de la realidad, y que tratándose del establecimiento del vínculo laboral, funcionaban las presunciones establecidas en el artículo 9°, pero si estas en alguna forma resultaban insuficientes, la aplicación general del principio podía prestar el socorro correspondiente para establecer la realidad de los hechos.

Ahora bien, existe una discusión doctrinaria respecto a si el uso de estas presunciones resultan antagónicas a la aplicación del principio de primacía de la realidad.

Al respecto Fernando García[14] manifiesta la siguiente: "Como se aprecia, según la ley, el principio opera como una presunción legal relativa que tiene una naturaleza jurídica diferente a la primacía de la realidad. En el primer caso hay una consecuencia legal que consiste en reputar un efecto legal frente a un supuesto de hecho, mientras que en el caso de la primacía no opera ninguna presunción sino son los hechos los que reciben la calificación jurídica, luego de una verificación y apreciación de los hechos. Es más, para la ley no se trata de una presunción absoluta sino de una relativa, es decir, que admite prueba en contrario, situación absolutamente opuesta a la primacía de la realidad en la que no es posible reputar los hechos verificados". Concluye diciendo que "Desde este punto de vista, aquí la ley no recoge el principio de primacía de la realidad sino la aplicación de una presunción relativa, modificando la naturaleza y formulación del principio... Finalmente, la presunción se circunscribe a la existencia de la relación laboral por lo que no comprende otras situaciones propias de su ejecución tales como pagos de conceptos remunerativos".

Más adelante, refiriéndose a algunos supuestos de desnaturalización de contratos, por ejemplo los sujetos a modalidad o de las modalidades formativas, e incluso de la intermediación laboral, señala que "... la ley establece una consecuencia jurídica que constituye la sanción por una situación irregular. Los casos de desnaturalización pueden comprender supuestos de aplicación de primacía de la realidad o bien una sanción legal por la situación de infracción. Ambos supuestos, empero, son diferentes." Seguidamente y citando a Jorge Toyama respecto de la diferencia entre el principio de primacía de la realidad y desnaturalización de los contratos, indica que "en suma, si bien se concluye en un contrato de trabajo, el principio de primacía de la realidad importa un procedimiento y una consideración probatoria, mientras que la desnaturalización es la aplicación automática de los supuestos previstos en las normas legales.

Efectuando una suerte de colofón respecto de la desnaturalización, presunciones, y principio de primacía de la realidad, Fernando García menciona lo siguiente: "Se trata entonces de supuestos diferentes: la desnaturalización en la que opera una consecuencia por mandato legal, la aplicación de presunciones legales relativas (que es el caso de la inspección laboral), en la que se presume una consecuencia y la primacía de la realidad, cuyos efectos están en función de los hechos verificados y no de la aplicación de la ley o de una presunción".[15]

Compartimos con Fernando García la disquisición jurídica efectuada, sin embargo, consideramos que la finalidad que se busca en los casos de presunción y aplicación pura del principio de primacía de la realidad, es que prevalezcan los hechos sobre lo que pueda constar en los documentos, habida cuenta que en uno u otro caso la labor del inspector consistirá esencialmente en la constatación *o verificación de los hechos*, que lo lleven a la convicción de que, por ejemplo, se encuentra frente a un contrato de trabajo y no frente a uno de locación de servicios. Más distante es la situación de la desnaturalización de contratos, en que constatado el supuesto de desnaturalización se aplica la consecuencia jurídica.

(14) García Granara, Fernando. Op. Cit. p. 399.
(15) García Granara, Fernando. Op. cit. p. 400.

Ley General de Inspecciones de Trabajo.- Aspectos generales

Con fecha 22 de julio de 2006 se publicó en el Diario Oficial el peruano la Ley N° 28806 –Ley General de Inspección del Trabajo- en adelante "La Ley" que entró en vigencia a partir del 17 de octubre de dicho año, en sustitución del Decreto Legislativo 910 a que nos hemos referido en numeral anterior, dejando vigente de este dispositivo su Título III que regula el Servicio de Defensa Legal Gratuita y Asesoría del Trabajador y el Título IV referido a la Coordinación con otras Entidades. El 29 de octubre del mismo año se publicó su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR, que fuera modificado por el Decreto Supremo N° 019-2007-TR de 1° de septiembre de 2007 y motivo de fortalecimiento por el Decreto Supremo N° 02-207-TR de 16 de enero de 2007.

La Ley responde fundamentalmente al aporte efectuado por la Oficina Regional de Trabajo de la OIT y es consecuencia del Proyecto sobre "Fortalecimiento De Los Servicios de la Administración del Trabajo de Bolivia, Ecuador y Perú" (FORSAT), que tuvo a su cargo la Dra. Rosa Fuentes, Consejera Técnica Principal de dicho Proyecto.[16]

La Ley actualizó y modernizó el tratamiento del sistema inspectivo previsto por el Decreto Legislativo.

El principio de primacía de la realidad en la Ley

La Ley en su artículo 2° se refiere a los principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo, indicándose que el funcionamiento y la actuación de dicho Sistema, así como los servidores que lo integran se regirán por los principios de legalidad, *primacía de la realidad*, imparcialidad y objetividad, equidad, autonomía técnica y funcional, jerarquía, eficacia, unidad de función y de actuación, confidencialidad, lealtad, probidad, sigilo profesional, honestidad y celeridad.

Respecto del principio de primacía de la realidad, lo enuncia siguiendo los criterios de la doctrina, según los cuales "en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales, debe siempre privilegiarse los hechos constatados.".

A diferencia de lo que ocurrió con el Decreto Legislativo, al cual nos hemos referido anteriormente, la ley vigente no contempla presunciones para la aplicación de este principio que tengan como finalidad establecer la existencia de un contrato de trabajo.

Desde este punto de vista la ley dota al sistema inspectivo de una amplia y total facultad para aplicar dicho principio sin restricción o limitación alguna.

Para Fernando García[17], refiriéndose a que no solamente el funcionamiento y actuación del sistema de inspección del trabajo deben aplicar los principios que informan dicho sistema, sino que están en obligación de hacerlo los servidores que lo integran, señala que "... la nueva LGI no solo reconoce el principio sino que habilita en forma expresa a su aplicación como un principio ordenador de la ley.".

(16) Véase el artículo de Puntriano Rosas, César "El Sistema de Inspección del Trabajo", en la revista Actualidad Jurídica N° 153, Lima, Perú, Agosto 2006, pp. 21 y ss..
(17) García Granara, Fernando "Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en la Inspección del Trabajo", en Actualidad Jurídica, tomo 153, Lima Perú, Agosto 2006, p. 17.

Sin duda que la aplicación de este principio demanda, de parte de los inspectores de una adecuada capacitación, a fin de evitar excesos, y además, resulta fundamental que dicha aplicación se sustente en los hechos constatados y verificados, y no de criterios subjetivos, de tal manera que la citada aplicación responda estrictamente a criterios objetivos.

Fernando Elías[18] es un crítico de las actuaciones inspectivas, cuando refiriéndose de manera general a los principios y su aplicación, indica que "Encontramos entonces una contradicción entre lo que señalan los principios y su aplicación práctica, pues muchos de ellos no son respetados en el desarrollo de procedimiento de inspección, sobre todo en la primera etapa de actuaciones inspectivas, en que algunos inspectores de trabajo desconocen los alcances de dichos principios, llegando en muchos casos a proceder en contra de los mismos. Es posible que esto se deba a una falta de capacitación en el tema así como la posición de las autoridades en los actos de incorporación a la función inspectiva en los que han creado un ambiente de persecución a los empleadores bajo la presunción inicial de que todos ellos son incumplidores de la normativa laboral.".

A su vez, en la Revista Análisis Laboral[19], cita como una de las irregularidades más frecuentes en las inspecciones laborales la "realización de las inspecciones en el entendido que el empleador es trasgresor permanente de los derechos laborales, lo cual no es positivo para nadie, y menos aún al otorgarles plazos breves para que estos muestren sus documentos y pruebas. Eso no es constructivo. En algunos casos por información de Participación en las Utilidades del año 2006 se otorgan tan solo tres días, lo que es insuficiente"

Las denuncias que efectúan Fernando Elías y la Revista Análisis Laboral, por provenir de quienes vienen no deben caer en saco roto, correspondiendo a la Autoridad Central de la Inspección del Trabajo, es decir a la Dirección Nacional de la Inspección del Trabajo, disponer lo necesario a fin de contar con un cuerpo de inspectores debidamente capacitado que se encuentre en la situación real de aplicar correctamente los principios, entre ellos los de imparcialidad y objetividad, equidad y el propio principio de primacía de la realidad; más aún como consecuencia de las amplísimas facultades de las cuales gozan que les otorgan un poder muy importante que debe ser apropiadamente utilizado.

Además y respecto del debido proceso, debemos tener presente que el Tribunal Constitucional ha recordado que "... conforme lo ha manifestado en reiterada y uniforme jurisprudencia, que el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento dè todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlo. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea este administrativo ... o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal"[20].

(18) Elías Mantero, Fernando. "Los Principios en el Sistema de Inspección del Trabajo", en Actualidad Laboral, Abril 2008, p. 4.
(19) Análisis Laboral "¿Inspecciones Laborales?. Problemas actuales que deben atenderse", Julio 2008, p. 37.
(20) Resolución del Tribunal Constitucional de 17-2-2005, Expediente N° 4289-2004-AA/TC Lima, caso Blethyn Oliver Pinto, Fundamento 2.

El inspector para cumplir con su función cuenta con amplísimas facultades de investigación (artículo 5° de la Ley) que le permita llegar a la realidad de los hechos y con base a lo constatado aplicar lo que corresponda.

Así, puede entrar libremente a cualquier hora del día o de la noche y sin previo aviso, en los centros de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección, excepto si el centro laboral motivo de la inspección coincide con el domicilio de la persona física afectada, en cuyo caso se requerirá de consentimiento o autorización judicial; contar con el apoyo de peritos y técnicos para el mejor desarrollo de su labor inspectiva; practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que estime necesario para comprobar que las disposiciones legales se observan correctamente, para lo cual tiene la facultad de requerir información al sujeto inspeccionado o al personal de la empresa, examinar la documentación y los libros de la misma, así como los registro, programas informáticos y archivos en soporte magnético, declaraciones oficiales, documentos del seguro social, o vinculados a la normativa de prevención de riesgos laborales, declaración jurada del Impuesto a la Renta y cualesquiera relacionados con las materias sujetas a inspección; tomar o sacar muestras de sustancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, realizar mediciones, obtener fotografías, videos, grabación de imágenes, levantar croquis y planos, siempre que se notifique al sujeto inspeccionado o a su representante.

Como puede apreciarse, prácticamente no existe limitación en la posibilidad de que el inspector llegue a la verdad material de lo sucedido en los hechos, que le permita objetivamente llegar a las conclusiones respecto a la presencia de una infracción al ordenamiento socio laboral o no.

A Fernando Elías[21] le preocupa que el sujeto inspeccionado que normalmente es el empleador no cuente con posibilidades suficientes de actuación de medios probatorios, y lo hace en los siguientes términos "Este principio (de primacía de la realidad), derivación o aplicación del principio universal de veracidad, comenzó a aplicarse primer jurisprudencialmente ..., para incorporarse posteriormente a la legislación a través de normas laborales o relacionadas con esta disciplina. De aplicación inicial por parte de los jueces se ha extendido -con los peligros que ello encierra- a toda clase de autoridades administrativas de trabajo. En el caso específico del Sistema de Inspección de Trabajo, se ha conferido a los inspectores de trabajo la facultad de aplicar este principio, lo que resulta una herramienta peligrosa en un procedimiento de corte inquisitivo que no otorga mayor posibilidad de actuación de medios probatorios como es el de inspección. Además, los inspectores de trabajo no tienen los elementos necesarios (entre ellos el razonamiento propio de la actividad judicial o la capacitación legal requerida) para la aplicación de la valoración de los medios probatorios, incluyendo sucedáneos e indicios que son propios de la actividad jurisdiccional. Tampoco tienen interés de conducir la investigación de manera objetiva en tanto que solamente se guían por lo señalado en la denuncia (que no es objeto de conocimiento y contestación por parte del empleador en esta etapa) y que tampoco es puesta en su conocimiento con lo que se evidencia su desarrollo sesgado y por lo tanto carente de objetividad desde su inicio". (entre paréntesis agregado).

Por ello, destaca "... que este principio debe aplicarse de manera objetiva y no subjetiva. En otras palabras, la aplicación del principio de primacía de la realidad debe sustentarse

(21) Elías Mantero, Fernando, Op. cit. p. 7.

única y exclusivamente en los hechos constatados, lo que significa una adecuada interpretación de los medios probatorios, debiéndose aplicar mecanismos propios de la actividad judicial y que difícilmente pueden trasladarse a la interpretativa. Nos referimos de manera expresa a lo principios de valoración de los medios probatorios reconocidos expresamente en el Código Procesal Civil, como son el criterio de conciencia, el análisis conjunto y razonado de la totalidad de los medios probatorios que las partes puedan actuar en un proceso judicial y que no son aplicados en la primera etapa de la inspección de trabajo, no solo por tratarse de un procedimiento administrativo, sino porque además su intención evidente es darle al Inspector de Trabajo facultades difíciles de controlar por el sujeto inspeccionado.".

Insistimos entonces que la capacitación de los inspectores resulta especialmente importante para minimizar los riesgos de excesos mencionados por Fernando Elías. De ahí que resulta vital el cumplimiento del artículo 27° de la Ley sobre formación y perfeccionamiento del servicio inspectivo, con el fin de garantizar el adecuado ejercicio de las funciones y competencias inspectivas atribuidas. Sin embargo y pese a los riesgos anotados, debemos señalar que la decisión de incorporar la aplicación del principio de primacía de la realidad a partir del Decreto Legislativo N° 910 ha sido y es una decisión legislativa inspirada en el principio protector del Derecho del Trabajo, que permite dotar a los trabajadores de mejores posibilidades de resolver sus problemas o denuncias en sede administrativa; y, desde esta perspectiva el avance es indudable.

Sin perjuicio de la debida capacitación para el cumplimiento de la función inspectiva que permita hacer uso correcto de todos los instrumentos que la ley prevé, el empleador no queda desprotegido, pues de lo resuelto en primera instancia puede recurrir en apelación, y si el resultado continúa siendo adverso puede cuestionarlo jurisdiccionalmente a través del proceso contencioso administrativo. El empleador se encuentra en mejor posibilidad y ventaja de ejercer adecuadamente su defensa que el trabajador, quien, por la debilidad del movimiento sindical, y porque usualmente carece de recursos económicos suficientes y de un asesoramiento de calidad, en los hechos, la ve restringida.

En el Capítulo IV del Título IV sobre Procedimiento Sancionador del Título IV de la Ley, el artículo 44° se refiere a los principios generales del procedimiento sancionador, estableciéndose que dicho procedimiento se debe basar en los principios de observación del debido proceso, economía y celeridad procesal y pluralidad de instancias.

Consideramos que el hecho de que la Ley establezca principios adicionales a los previstos en el artículo 2° de la misma norma, no debe entenderse en el sentido de que a efectos del procedimiento sancionador, solo y exclusivamente se tendrán en cuenta los tres principios mencionados, con abstracción de los catorce principios mencionados en el referido artículo 2°. Se trata, desde nuestro punto de vista, de principios vinculados estrictamente al procedimiento sancionador que en modo alguno enervan la aplicación de los principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo, entre ellos el principio de primacía de la realidad. Una interpretación en contrario resultaría no solo absurda sino también incoherente y asistemática.

En cuanto a los pronunciamientos administrativos sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad, no resulta fácil acceder a ellos, lo cual debe ser superado prontamente en aras a la transparencia que debe regir la actuación administrativa. El Tribunal Constitucional y ahora el Poder Judicial, vienen publicando a través de sus páginas web las

resoluciones emitidas a fin de que se permita al escrutinio público, en concordancia con lo previsto en el numeral 20) del artículo 139° de la Constitución según el cual son principios y derechos de la función jurisdiccional "El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales con las limitaciones de ley". En la medida en que no se publiquen las resoluciones que emite la Autoridad Administrativa de Trabajo, resulta poco menos que imposible poder hacer uso de ese derecho constitucional. Recordemos una vez más que existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional en el sentido de que los principios y derechos asignados a dicha función igualmente son aplicables en sede administrativa. En efecto, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente: "El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada- de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada , a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.)". (22)

El año 2006 el Ministerio de Trabajo avanzó en este camino con su publicación, en conmemoración del 57° Aniversario de dicha Institución, vinculada a los pronunciamientos administrativos con motivo de la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

Sin embargo, dicho esfuerzo es insuficiente; y, precisamente para controlar los excesos en que vendría incurriendo la Autoridad de Inspección, denunciados por Fernando Elías Mantero y la Revista Análisis Laboral, resulta de especial importancia la publicidad de las resoluciones que emita como consecuencia de las inspecciones que realiza a fin de que se sometan al análisis público y a la crítica de los especialistas en atención a la norma constitucional antes citada.

Fernando García ha tenido la posibilidad de revisar algunas de estas resoluciones(23), que por razones de espacio no nos es posible glosar pero que se puede recurrir a su artículo para tomar conocimiento de su contenido. Lo importante son las conclusiones a las que llega como consecuencia de la revisión de las 23 resoluciones administrativas dictadas en segunda instancia del procedimiento de inspección; y ellas son: "En primer lugar, es necesario reconocer que la Autoridad de Trabajo ha venido aplicando el principio de primacía de la realidad como principio que inspira el procedimiento de inspección y también como presunción, supuestos absolutamente diferentes pero que aparecen en las resoluciones como complementarios. Una segunda constatación alude que las resoluciones administrativas califican la existencia de una relación laboral. Es decir, el principio se viene aplicando para calificar los términos de un contrato de trabajo, pero no tiene aplicación respecto de otros aspectos de la relación laboral (pagos de remuneraciones por ejemplo).... En tercer lugar, las resoluciones ratifican lo actuado en las inspecciones de modo que validan la calificación realizada por el inspector de trabajo. En este sentido, es el inspector el que aplica el principio, el mismo que es ratificado por la resolución administrativa dictada en el procedimiento inspectivo".

(22) Resolución del Tribunal Constitucional antes citada, Fundamento 3.
(23) García Granara, Fernando. "Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en la Inspección del Trabajo", en Actualidad Jurídica, Tomo 153°, Agosto 2006, pp. 17 a 20.

La apreciación de Fernando García en el sentido de que el principio de primacía de la realidad se viene aplicando en la inspección de trabajo solo para establecer la existencia del contrato de trabajo resulta preocupante, habida cuenta que existen innumerables supuestos en los que resulta de aplicación dicho principio, algunos de los cuales hemos mencionado en el numeral I.2 de esta Ponencia.

I. INTERMEDIACIÓN LABORAL Y TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

1. Intermediación laboral

Antecedentes históricos

El Marchandage

Los autores coinciden en señalar que históricamente, el precedente más remoto respecto al intermediario lo encontramos en Francia, bajo la figura denominada "marchandage".

Rafael Caldera(24) señala que "El origen del intermediario en el Derecho Laboral se ha vinculado a la figura jurídica que en el antiguo Derecho francés se denominaba *marchandage*. Los primeros comentarios relativos a la existencia de un intermediario tomaban en general dos vertientes: una, considerando como tal al gestor de personal para prestar servicios en determinadas obras o empresas (en el proceso de industrialización, reclutamiento de campesinos para llevarlos a las fábricas); otra, identificándolo con el "subcontratista" o lo que los franceses llaman "subempresario" (preferentemente en el ramo de construcción), es decir, el que se encargaba ante un contratista de realizar la obra o parte de la misma, para cuyo efecto contrataba trabajadores por su cuenta, mediante salarios a veces muy bajos y en condiciones con frecuencia injustas".

Como podemos apreciar esta figura se refería tanto a las hoy denominadas "agencias de colocación" que actúan solo presentando postulantes a un empleador, para que este los contrate directamente como trabajadores y también cuando actuaba como contratista, que actualmente se identifica como una modalidad de tercerización de servicios.

Para Alberto Arria(25), al referirse al "marchandage" señala que el intermediario se situaba entre el patrono y el trabajador, lo que originó cierta forma de explotación de los trabajadores. "El beneficio real de su actividad (del intermediario) derivaba solo de la diferencia de salarios existentes entre el convenio por él con los trabajadores y el que obtenía del patrono. En consecuencia, además de los inconvenientes que sobrevenían para el trabajador en los casos comunes de insolvencia del intermediario, sufrían estos daños inmediatos como eran los bajos salarios recibidos del intermediario, quien por carecer de alguna otra fuente de utilidad en este sentido, ejercía verdadera expoliación sobre sus contratados. El intermediario así contratado era arrendatario de la fuerza de trabajo proveniente de los trabajadores y subarrendador de esta energía al patrono, quien la utilizaba y se servía de ella en sus actividades industriales o comerciales".

(24) Caldera, Rafael. "El Intermediario en el Derecho Laboral" en: "Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo", en Homenaje al Profesor Mario L. Deveali, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, 1979, p. 333.
(25) Arria Salas, Alberto. "Intermediario (en el Derecho laboral);en: "Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XVI, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, p. 463.

Por la citadas consideraciones, la intermediación (*marchandage)* se prohibió en Francia por los decretos de 2 y 21 de marzo de 1848, configurándolo como delito correccional, penándose con multas su ejercicio y con prisión los casos de reincidencia. Sin embargo estos Decretos, como señala Arria, "se consideraron abrogados por *desuetudo* pues no se aplicaron. Cincuenta años más tarde la Corte de Casación fijó jurisprudencia, según la cual no había sido prohibido el acto de la intermediación, sino el abuso al cual dio lugar la práctica, es decir, la explotación del obrero por el subempresario. El Código de trabajo francés de 1910 incorporó el espíritu de aquellos decretos y reglamentó la intermediación en las relaciones de trabajo entre patronos y trabajadores".(26)

Las empresas suministradoras de mano de obra temporal

Este tipo de empresas constituye una de las figuras de la intermediación laboral, cuyo origen o nacimiento, como señala Ameglio(27), "se sitúa por la mayoría de los autores en los Estados Unidos - entre el año 1918 a 1920- desarrollándose con gran auge en los países europeos a partir de la finalización de la segunda guerra mundial. En nuestro Continente, la aparición de esta nueva forma de organización del trabajo temporal puede clasificarse como un fenómeno relativamente reciente".

El citado autor agrega que "Desde el primer momento en que las agencias suministradoras de mano de obra temporal comenzaron a operar en el mercado de trabajo en forma orgánica, su funcionamiento fue resistido desde distintos sectores, pues se creyó ver el retorno a antiguas formas de intermediación propias de los comienzos de la revolución industrial. (...) A pesar de su desconfianza inicial, es indudable que este tipo de organización, que como decíamos surgió en los Estados Unidos, y que luego se expandió al continente europeo, hoy en día constituye una realidad que se ha impuesto en determinado sector del mercado de trabajo".(28)

Definiciones

Rafael Caldera(29) se remite a la definición del término intermediario que aparece en el "Vocabulario Jurídico" de Capitant, que dice:

"Intermediario. Derivado del latín "intermedius", "lo que está en el medio".

Señala que este término "no tiene una significación específicamente jurídica: designa la persona que pone en presencia de otras dos o más para la conclusión de un contrato determinado. Ej.: agente de cambio, corredor, agencias de alquiles y venta de apartamentos."

Caldera define finalmente al Intermediario, como "aquella persona que contrata los servicios de un trabajador en su propio nombre, pero por cuenta o en beneficio de otra; y sin perder su propia responsabilidad, compromete la del beneficiario de aquellos servicios, siempre que este haya autorizado expresamente al intermediario o recibiere la obra

(26) Arria Salas, Alberto. Op. cit., p. 464.
(27) Ameglio, Eduardo. Op. cit., pp. 57-58.
(28) Ameglio, Eduardo. Op. cit., pp. 59-60.
(29) Caldera, Rafael. Op. cit., p. 331.

ejecutada"(30). Como se puede apreciar, para Caldera la figura del intermediario está relacionada principalmente a la del contratista.

Américo Plá Rodríguez(31), señala que intermediario "es toda persona que contrate el trabajo de otros para realizar tareas u obras que no entrega directamente a los clientes, sino a otro empresario principal". Esta definición responde a la legislación uruguaya que emplea el termino "intermediario" como sinónimo de "contratista" o "subcontratista".

En nuestro país, Víctor Ferro y Jorge Toyama coinciden en señalar que, la intermediación laboral se realiza a través de las empresas de servicios temporales, empresas de servicios complementarios y a través de las cooperativas de trabajadores. Ferro(32), señala que la figura de la intermediación laboral está constituida por "diversos supuestos conforme a los cuales trabajadores que prestan servicios para una empresa determinada no tienen vínculo laboral directo con esta, sino con un tercero. A la empresa en la cual laboran estos trabajadores se le conoce como empresa usuaria, mientras a la que provee el personal, comúnmente se le denomina empresa de servicios".

Por su parte, Toyama(33) señala que "En términos generales, por medio de la intermediación laboral se crean relaciones triangulares donde una empresa (llamada "usuaria") celebra un contrato civil con otra (Cooperativa de Trabajadores o Empresa de Servicios), para que esta última le proporcione personal a cambio de una retribución".

La OIT y las agencias de empleo privadas

Sobre el tema de la "intermediación laboral" el Convenio N° 96 (revisado en 1949) relativo a las agencias retribuidas de colocación. A efectos del citado Convenio, estas se dividen en "agencias de colocación con fines lucrativos" y "agencias de colocación sin fines lucrativos", definidas en el artículo 1°:

Las agencias de colocación con fines lucrativos, es decir, toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador, con objeto de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto.

Las agencias de colocación sin fines lucrativos, es decir, los servicios de colocación de las sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones que, sin buscar un beneficio material, perciban del empleador o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera.

En la Conferencia Internacional del Trabajo de 1997, se adoptó un nuevo Convenio, el N° 181, y una Recomendación, bajo el N° 188, sobre las agencias de empleo privadas, modificándose el criterio establecido por el Convenio N° 96.

(30) Caldera, Rafael. "Derecho del Trabajo", Tomo I, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1984, p. 242.
(31) "Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada", Autores varios, Altamira Gigena coordinador; Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, pp. 271-272.
(32) Ferro Delgado, Víctor. "La empresa y los límites de la intermediación laboral"; en: "THEMIS" Revista de Derecho, N° 31, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 67.
(33) Toyama Miyagusuku, Jorge; "La intermediación laboral: las nuevas normas de contratación"; en: Revista "Asesoría Laboral", Estudio Caballero Bustamante, Setiembre, 1995, p. 14.

Las razones de la modificación las explica Arturo Bronstein [34] en los siguientes términos: "Si se puede decir que el convenio num. 96 reflejaba las concepciones prevalecientes en la época en que fue adoptado, también es cierto que no tuvo el éxito que esperaban sus autores. Más de 40 años después de su adopción, solamente había sido ratificado por 41 Miembros de la OIT."

El artículo 1° del Convenio N° 181[35] establece que la expresión a*gencia de empleo privada* designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo: (i) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse; (ii) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante *empresa usuaria),* que determine sus tareas y supervise su ejecución; y, (iii) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas."

En el artículo 3° se establece como obligación de los estados que ratifiquen el convenio, determinar mediante un sistema de licencias o autorizaciones, las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las agencias de empleo privadas, salvo cuando dichas condiciones estén determinadas de otra forma por la legislación y la práctica nacionales; y el artículo 4° se termina que deben adoptarse medidas para asegurar que los trabajadores contratados por las agencias de empleo privadas no se vean privados del derecho de libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva.

Puede advertirse, en la parte que más interesa a lo que se conoce como *intermediación de servicios,* es decir la provisión de mano de obra bajo la dirección de la empresa usuaria, el Convenio bajo comentario no limita dicha provisión para la realización de trabajos temporales, con lo cual teóricamente podrían ser destacados trabajadores para realizar labores principales y permanentes de la empresa usuaria. Dependerá en todo caso de la legislación nacional establecer las limitaciones que se consideren pertinentes a su realidad.

Antecedentes legislativos en el Perú

En el Perú el primer antecedente sobre lo que hoy conocemos como intermediación laboral estuvo constituido por el Decreto Ley N° 22126 de 21 de marzo de 1978 (artículo 27°), en el que sin mencionarse se reguló la posibilidad de que a través de terceros se prestaran servicios complementarios y temporales. Posteriormente se dictó la Ley N° 24514 de 4 de junio de 1986, también sobre estabilidad laboral (artículo 32°), en términos similares pero excluyendo a los servicios temporales.

(34) Bronstein, Arturo. "Nuevas Normas Sobre Intermediación en el Mercado de Trabajo", http:// www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/papers/notahl.htm.

(35) Este convenio no ha sido ratificado por el Perú y actualmente (9-9-2008) solo ha sido ratificado por Albania, Argelia, Bélgica, Bulgaria, España, Etiopía, Finlandia, Georgia, Hungría, Italia, Japón, Lituania, Marruecos, República de Moldova, Países Bajos, Panamá, Portugal, República Checa, Suriname y Uruguay.

En la década del 90 se produjo una importante reforma laboral en nuestro país que tuvo por objeto no solo modernizar la legislación laboral pre-existente concentrándolas en un número reducido de leyes para facilitar su manejo y comprensión, sino también flexibilizar las rigideces en que se habían incurrido a partir de la década del 70, impropias de un mundo que había entrado a una etapa de apertura ilimitada de mercados (globalización) y de una competencia igualmente sin límites, que obliga a que las empresas se encuentren en la posibilidad de adecuarse rápidamente a las necesidades del mercado para no sucumbir, con la pérdida que ello significa de puestos de trabajo. Recuérdese también que dicha reforma se dictó en un contexto muy especial en nuestra patria: Una hiperinflación jamás conocida en la historia de la República y que no contó con una situación similar a nivel del mundo; y, con un terrorismo en pleno apogeo que hacía especialmente difícil la inversión nacional en nuestro país (olvidémonos de la inversión extranjera que era prácticamente inexistente). Por ello se hacía necesario un nuevo marco jurídico laboral que dentro de un remozado contexto político que perseguía, no solo derrotar al terrorismo sino doblegar al proceso inflacionario, lo cual felizmente se logró, también buscó como finalidad reintroducir a nuestro país en el contexto de las naciones y sentar las bases para su crecimiento, por lo cual resultaba importante modernizar la legislación laboral.

Se trata del Decreto Legislativo N° 728 de 12 de noviembre de 1991, que se constituyó, y aún lo es, en una de las normas más importantes de la legislación laboral peruana, proporcionó a los empresarios o posibles empleadores una amplia gama de posibilidades de contratación, tanto de manera directa como indirecta.

Respecto de esta última, en el Título VI se reguló la actividad de las denominadas "Empresas Especiales", las cuales fueron de dos tipos: (i) "Empresas de Servicios Temporales"; y, (ii) "Empresas de Servicios Complementarios".

Las Empresas de Servicios Temporales se podían constituir bajo los requisitos establecidos en la ley con el objeto de desplazar personal a la empresa usuaria para prestar cualquiera de los servicios previstos para los contratos sujetos a modalidad (contratos de trabajo a plazo fijo por inicio de actividad, necesidades de mercado, reconversión empresarial, ocasional, de suplencia, de emergencia, contratos de obra o servicio específico, contrato intermitente, de temporada, y otros innominados que por su naturaleza fueran de carácter temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse). Es decir, un empleador podía, de acuerdo a las necesidades de organización de su empresa contratar directamente a su personal, tratándose de este tipo de servicios modales, o hacerlo a través de las Empresas de Servicios Temporales. Como puede apreciarse, se trataba de una norma sumamente flexible pero que establecía como límite que no más del 20% del total de la planilla de la empresa usuaria podía ser destacada por las Empresas de Servicios Temporales.

Adicionalmente, se permitió que las Cooperativas de Trabajadores debidamente constituidas e inscritas en los Registros Públicos, podían prestar sus servicios a las empresas usuarias destacando socios trabajadores, siempre que en conjunto con las Empresas de Servicios Temporales no superaran el límite antes indicado; pero, a diferencia de la Empresa de Servicios Temporales, las Cooperativas de Trabajadores podían desplazar socios trabajadores para prestar servicios *principales*, temporales o *permanentes* de la empresa usuaria.

Esta ampliación de la flexibilización de contratar se explicó teniendo en cuenta la naturaleza de las cooperativas de trabajadores, que no es otra que una organización asociativa

laboral que no implica fines de lucro sino un medio de generación de puestos de trabajo para las personas que voluntariamente deciden organizar una cooperativa de este tipo y proporcionar su fuerza de trabajo como medio de vida. No se esperaba que esta decisión legislativa pudiera ocasionar problemas pues la naturaleza de este tipo de cooperativas no debía permitir el abuso respecto de los socios trabajadores, quienes al integrar la asamblea general y elegir a su comité de administración, contaban con mecanismos que debían garantizar una adecuada organización que permitiera el cumplimiento cabal de sus fines.

Lamentablemente muchos empleadores no comprendieron los alcances de la reforma, y tanto ellos como las Empresas de Servicios Temporales que se crearon y muchas de las Cooperativas de Trabajadores que surgieron de inmediato, varias de ellas creadas exprofesamente por las empresas usuarias, y todo ello como respuesta fundamentalmente al temor de la estabilidad laboral absoluta y como consecuencia de la falta de control por el Ministerio de Trabajo, que falló de la manera más espectacular en una de sus funciones fundamentales como es la inspección, explicada tal vez por la falta de recursos, trajo como consecuencia que se desvirtuara el objetivo de esta legislación flexibilizadota, a tales niveles que muchas de las Empresas de Servicios Temporales que sabían que solo podían destacar personal para prestar servicios temporales desplazaban a trabajadores para prestar servicios principales y permanentes, contando con la anuencia y aceptación de las empresas usuarias y aprovechándose ambos de las carencias de la inspección laboral.

El movimiento cooperativo, fundamentalmente en lo que se refiere a las Cooperativas de Trabajo y Fomento del Empleo, sufrieron un duro golpe a su prestigio, porque muchas de ellas fueron un fraude y nunca una verdadera cooperativa.

Los abusos fueron innumerables, por lo que en el argot criollo se identificó a esta intermediación laboral como "las services", ocasionando un rechazo que aún no se logra superar del todo y que, como veremos más adelante trajo como consecuencia inevitable que el péndulo legislativo se moviera nuevamente hacia la rigidez normativa.

Hubo pues, y hay que decirlo con toda claridad, una grave irresponsabilidad empresarial y también una dejadez imperdonable por parte del Ejecutivo al no dotar al Ministerio de Trabajo de los recursos necesarios a fin de que cuente con un cuerpo inspectivo sólido y bien capacitado que garantice el cumplimiento de las normas laborales.

Respecto de las Empresas de Servicios Complementarios, el tratamiento fue similar a las normas anteriores, incluyendo también como tales a las que prestan servicios especializados; estableciéndose además que, en forma previa al inicio de la prestación de servicios, las Empresas de Servicios Complementarios, debían celebrar un contrato de servicios por escrito con la empresa usuaria, enfatizándose las características del servicio a brindarse y que no deberían comprender actividades principales de la empresa usuaria.

Finalmente, mediante Decreto Supremo N° 044-98-TR de 17 de junio de 1998 se estableció la obligación de las Empresas de Servicios Temporales y Cooperativas de contar con una fianza solidaria entre empresa usuaria y empresas de intermediación a fin de garantizar los derechos laborales de los trabajadores y socios trabajadores destacados a la empresa usuaria, contemplando además la cancelación del registro de estas Empresas de Intermediación en caso de reiterado incumplimiento de las disposiciones laborales y en el supuesto de no contar con la fianza correspondiente.

Marco legal vigente.- Ley N° 27626 (14-12-2001) y su Reglamento, Decreto Supremo N° 003-2002-TR (26-4-2002) modificado por los Decretos Supremos Nos. 06-2003-TR (22-5-2003), 008-2007-TR (26-4-2007)

La Ley N° 27626 es una de las normas que acusa mayores defectos en su estructuración. No solo es ambigua, confusa, en algunos casos ininteligible sino que también es contradictoria. En pocas palabras, tiene todos los atributos de una pésima ley desde el punto de vista formal, sin perjuicio de que uno pueda discrepar del fondo de lo regulado. Por ello, es que el Ejecutivo, en este caso el Ministerio de Trabajo se tuvo que esmerar para dictar un reglamento (D.S. N° 003-2002-TR) que permitiera a los usuarios de la ley poderla aplicar con la mayor seguridad posible, dentro de los límites que impone la facultad de reglamentar una ley, sin trasgredirla ni desnaturalizarla (Constitución artículo 118°, numeral 8).

Objeto de la ley

Regular la intermediación laboral del régimen laboral de la actividad privada y cautelar los derechos de los trabajadores.

Actividad principal

Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría (se entiende de forma inmediata) el funcionamiento y desarrollo de la empresa.

Clases de intermediación laboral

Intermediación de servicios temporales

Consiste en el destaque de trabajadores a la empresa usuaria a fin de que cumplan labores exclusivamente de naturaleza ocasional (distintas a las actividades habituales del centro de trabajo), o de suplencia, bajo la dirección y supervisión de la empresa usuaria.

Nótese que la ley vigente ha reducido a su mínima expresión la posibilidad de intermediación de servicios principales pero temporales, pues se ha eliminado la posibilidad de intermediar servicios temporales por inicio o lanzamiento de una nueva actividad, necesidades del mercado, reconversión empresarial, emergencia, contratos de obra o servicio específico, intermitente, de temporada, y temporales innominados. Esta es una clara reacción legislativa, desde nuestro punto de vista antitécnica, al abuso en que incurrieron muchos empleadores, así como las propias Empresas de Servicios Temporales y Cooperativas de Trabajadores. Si se hubiera contado con una adecuada inspección por parte del Ministerio de Trabajo, tales excesos no habrían ocurrido. Lamentablemente en nuestro país muchas veces se recurre a la fórmula fácil de modificar normas sin atacar el fondo del asunto, como si las leyes per se pudieran obrar milagros, cuando no es así.

Intermediación de servicios complementarios

Constituye actividad complementaria de la empresa usuaria, aquella que es de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución

no interrumpe la actividad empresarial, tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza. La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria.

Las empresas que prestan este tipo de intermediación deben asumir plena autonomía técnica y ser responsables del desarrollo de sus actividades.

Intermediación de servicios especializados

Consiste en prestar servicios complementarios de Alta especialización, pero de carácter auxiliar, secundario o no vinculado a la actividad principal, que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos, o particularmente calificados, tales como el mantenimiento y saneamiento especializados, para cuyo efecto destaca su personal a una empresa usuaria, en la que esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado.

Vale la pena comentar, que en la ley vigente desde un punto de vista estrictamente técnico no debía contemplar como empresas de intermediación laboral a las empresas de servicios complementarios ordinarios o especializados, toda vez que como hemos visto, la doctrina y la propia OIT consideran que la verdadera intermediación laboral se limita a proporcionar personal a la empresa usuaria encontrándose dicho personal bajo la dirección y supervisión directa de esta última y no de su empleador, a quien solo le queda el atributo de aplicar la facultad sancionadora.

Si las normas que regulan los servicios complementarios establecen que en caso de los ordinarios, que estas empresas deben asumir plena autonomía técnica y ser responsables del desarrollo de sus actividades, y en el supuesto de los servicios complementarios especializados que la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado, estas características difieren de la simple provisión de personal, por lo cual técnicamente le corresponderían constituir una forma atípica de tercerización de servicios; y decimos atípica por cuanto, como veremos más adelante la tercerización de servicios tiene que ver con las actividades principales de la empresa usuaria.

Es más, el Reglamento de la ley entre otras definiciones contenidas en su artículo 1° sobre intermediación de servicios complementarios o altamente especializados, es decir, los servicios complementarios ordinarios o especializados los conceptúa de la siguiente manera "Consiste en prestar servicios complementarios o especializados por una persona jurídica, que destaca a su personal a una empresa usuaria, para desarrollar labores complementarias o altamente especializadas, *en la que esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado*".

Juan Carlos Cortés[36] refiriéndose a este tema señala lo siguiente "En consecuencia, la diferencia esencial entre las Empresas de Servicios Complementarios y de Alta Especialización con respecto a las Empresas de Servicios Temporales, es que los trabajadores destacados en las primeras no están subordinados a las empresas usuarias, lo que sí ocurre en el caso de las segundas. La única semejanza es que estamos hablando en todos los casos de trabajadores destacados, es decir que prestan su servicio en el local de la empresa usuaria".

(36) Cortés Carcelén, Juan Carlos. "Las modificaciones reglamentarias en la intermediación laboral", en: Actualidad Jurídica N° 163, Junio 2007, p. 241.

Más adelante al analizar el artículo 4° del Reglamento, tal como quedó modificado por el Decreto Supremo N° 020-2007-TR relativo a la tercerización de servicios, se pregunta "entonces, ¿qué distingue a estas empresas de tercerización de las empresas de servicios complementarios o de alta especialización?", para concluir que "... constatamos la existencia de un primer gran error, denominar y regular conjuntamente, como si fueran lo mismo, a dos figuras totalmente distintas".

Empresas que pueden prestar servicios de intermediación

La ley establece que pueden hacerlo las personas jurídicas, de acuerdo a la Ley General de Sociedades y también las Cooperativas de Trabajo Temporal y de Trabajo y Fomento del Empleo, en este último caso para intermediar servicios de carácter complementario o especializado.

En consecuencia, las personas naturales y las personas jurídicas reguladas por el Código civil (asociaciones, fundaciones y comités), y las empresas individuales de responsabilidad limitada (EIRL), no pueden prestar este tipo de servicios.

Supuestos de intermediación prohibidos

Los artículos 3°, 4°, 6° y 8° de la Ley, así como su Tercera Disposición Complementaria y Final, y el artículo 14° del Reglamento, y el artículo 34.1 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, enumeran los supuestos de intermediación laboral prohibidos, y son los siguientes: (i) Destaque de personal para prestación de servicios permanentes de la actividad principal de la empresa usuaria. Resulta obvio que si solo se permite intermediar labores principales pero temporales (suplencia y ocasional) o servicios complementarios, desplazar personal para que preste servicios principales y permanentes implica una modalidad de intermediación laboral prohibida; (ii) Destaque de personal para cubrir al que esté ejerciendo su derecho de huelga. La huelga es un derecho constitucionalmente reconocido a favor de los trabajadores como un medio de ejercer presión contra sus empleadores a fin de lograr determinadas reivindicaciones. Desde este punto de vista si frente a una huelga el empleador recurre a una empresa de intermediación laboral para que le destaque personal a fin de que supla a los que se encuentran ejecutando la medida de fuerza, entonces el objeto de la huelga se desvirtuaría. Y ello es lo que justifica que se considere esta situación como un caso de intermediación laboral prohibida. Sin embargo debe tenerse en cuenta que la *huelga* a que se refiere este supuesto es aquella que se realiza conforme a ley, porque las paralizaciones que son declaradas improcedentes en su aviso e ilegales en su ejecución por la Autoridad de Trabajo, no son propiamente huelgas, sino paralizaciones ilegales, por lo cual frente a esta situación somos de la opinión que la empresa afectada por una paralización ilegal está habilitada a recurrir a empresas de intemediación laboral para que le desplacen personal que supla a los trabajadores que ilegítimamente ha incurrido en una paralización de labores; (iii) Destaque de personal para cubrir personal en otra empresa de servicios o cooperativa. Lo que se prohíbe en este supuesto es que una empresa de intermediación laboral, para cumplir con un determinado contrato con la empresa usuaria, a su vez contrate con otra empresa de intermediación laboral para que le destaque personal que a su vez va a desplazar a la empresa usuaria para el fin antes indicado. Esto está prohibido. Las empresas de intermediación laboral deben contar con su propio personal contratado de acuerdo a las disposiciones laborales vigentes, es decir, a plazo indeterminado o a plazo fijo en los casos permitidos por la ley; (iv) Destaque de personal que tenga por objeto vulnerar

o limitar el ejercicio de derechos colectivos tanto de los trabajadores de la empresa usuaria como de los pertenecientes a la empresa intermediadora. Esta es una causal nada objetiva; por ello es que el Reglamento ha establecido que la nulidad de la intermediación solo procederá cuando se demuestre en juicio que la intermediación ha tenido como objeto o efecto directo la vulneración de los referidos derechos; (v) En caso de intermediación de servicios temporales, exceder del porcentaje limitativo del 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria. Esta exigencia es inocua pues dicho porcentaje se justificaba con la aplicación del Decreto Legislativo N° 728 en que como se ha visto se permitía la intermediación laboral en todos los supuestos de contratos temporales o de temporada, o intermitentes. Habiendo reducido la norma vigente los casos de intermediación laboral por servicios temporales solo a dos supuestos: uno prácticamente inexistente que es el servicio ocasional y otro relativamente utilizado que es la suplencia, el porcentaje de 20% resulta absolutamente exagerado; (vi) La intermediación para servicios temporales distintos de los que pueden cubrirse por contratos de naturaleza ocasional o de suplencia; (vii) La reiterancia del incumplimiento de la obligación de las empresas usuarias de solicitar la constancia de inscripción vigente de la entidad y retener copia de la misma durante la duración del contrato y de contratar a una entidad sin registro vigente, entendiéndose por reiterancia cuando persiste el incumplimiento y se constata en la visita de reinspección, o que en un procedimiento de inspección anterior, que la empresa usuaria incurría en tal incumplimiento; y, (viii) La contratación por parte de la empresa principal (usuaria) de servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas que desplacen personal para cumplir con su contrato de tercerización de servicios, cuando se verifique en la inspección entre otras características, que estas empresas carecen de autonomía empresarial, no asumen las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, no cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, se trate de una simple provisión de mano de obra, y cuando sus trabajadores no estén bajo su exclusiva subordinación; es decir que no se trata de una verdadera tercerización de servicios.

Infracción de los supuestos de intermediación laboral y consecuencias

El artículo 5° de la Ley, su Tercera Disposición Complementaria, así como el artículo 14° del Reglamento, y artículo 34.1 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, señalan el procedimiento para la comprobación de las infracciones de los supuestos de intermediación laboral y sus consecuencias, estableciendo que la infracción debe ser debidamente comprobada por la Autoridad Administrativa de Trabajo y que de acreditarse la infracción, se entiende que existe relación laboral directa entre el trabajador destacado con la empresa usuaria desde el inicio de la prestación de sus servicios. Sobre este último tema debe señalarse que la Autoridad Administrativa de Trabajo no cuenta con facultades coercitivas para obligar a la empresa usuaria a incorporar en sus planillas a los trabajadores de las empresas de intermediación en caso se hubiera incurrido en un supuesto de intermediación prohibida. Lo máximo que puede hacer es requerir para el cumplimiento y frente al desacato imponerle una multa. Corresponderá a los interesados con base a lo actuado en el procedimiento de inspección recurrir al juez para que este si correspondiera obligue a la empresa usuaria a incorporar a dichos trabajadores en su planilla.

Finalmente la infracción por incurrir en una forma de intermediación laboral prohibida se considera como muy grave para la empresa usuaria y la empresa de intermediación laboral.

Fianza y responsabilidad solidaria

Los artículos 24° y 25° de la Ley así como los artículos 17° y siguientes del Reglamento regulan la fianza que deben otorgar las entidades así como la responsabilidad solidaria entre estas y las usuarias para garantizar los derechos de los trabajadores destacados.

En primer lugar se señala que las entidades, al suscribir contratos de intermediación laboral, deben garantizar mediante fianza el cumplimiento de obligaciones laborales y de seguridad social (previsionales) del personal destacado.

En lo que respecta a la responsabilidad solidaria con la empresa usuaria, se establece que esta alcanza a los derechos laborales, de origen legal o colectivo, no cubiertos por la fianza.

Registro Nacional de Entidades de Intermediación Laboral

La Ley, en sus artículos 13° al 17° y el Reglamento en sus artículos 7° al 12° regulan el Registro Nacional de Entidades de Intermediación Laboral ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

2. Tercerización de servicios (Outsourcing)

Pasemos ahora a analizar este tipo de vinculación empresarial, distinta a la intermediación laboral.

Definición y alcances

Jorge Tovar Velarde[37], refiriéndose al significado del término "outsourcing" señala lo siguiente: "Este concepto, el outsourcing, designado con un vocablo del idioma inglés, se conoce también, en castellano, como *"tercerización de procesos"*. La palabra inglesa alude a la utilización por una empresa de determinados servicios o apoyos de una fuente externa (out = fuera; source = fuente, origen, principio). El uso más extendido e intenso de la tercerización , en el ámbito de la gestión empresarial, es un fenómeno que se explica por el avance de la tecnología y la especialización. Cada vez con mayor convicción, cunde el convencimiento de que a una empresa le conviene confiar ciertas partes de su labor a terceros, para lograr las ventajas de una menor inversión propia en capital, un trabajo eficiente brindado por empresas especializadas en la tarea, y un menor coste.

Carlos Cornejo Vargas[38] considera que "pareciera que la *tercerización de servicios* y el *outsourcing* son sinónimos, lo que no es exacto. En efecto, si revisamos los antecedentes podremos advertir que el término *outsourcing* fue originalmente utilizado para hacer referencia a la contratación de empresas especializadas en la prestación de servicios de informática y que, con el correr del tiempo, la práctica empresarial de ir cediendo a terceras empresas la ejecución de actividades periféricas para concentrarse en las nucleares y distintivas, fue ampliando el alcance del citado término y creando la necesidad de acuñar uno nuevo que permitiera hacer referencia a las nuevas formas de organización empresarial. Dicho término

(37) Tovar Velarde, Jorge. "El Contrato de Outsourcing o Tercerización". Artículo publicado en el Diario Oficial El Peruano el 4 de junio de 2004.

(38) Cornejo Vargas, Carlos; "Del Outsourcing a la Descentralización Productiva y a la Tercerización de Servicios: Algunas Consideraciones Teóricas" en la revista Advocatus N° 14, 2006-1, pp. 209, 210, y 211

es la *descentralización productiva"*. Indica el mismo autor que "quienes se han ocupado de estudiar el tema refieren que el término *outsourcing* proviene de la experiencia empresarial americana, que empieza a utilizarlo a principios de los años 90 para identificar nuevas formas de organización empresarial sobre la base de la presencia de nuevas tecnologías".

Agrega el autor "Así pues, resulta que, originalmente, el *outsourcing* consistía en ... ceder a un tercero todos o partes de los servicios informáticos propios, para que ese tercero se los preste a través de un contrato de servicios.... En este sentido podemos afirmar que el término *outsourcing* se refiere a la externalización de los servicios de informática y de tecnología de la información y que la *descentralización productiva* refiere a la *externalización* de algunas actividades que no sean distintivas... Sin embargo, la transición anterior no fue la única. En efecto, ha existido otra que no ha llegado a desplazar al término *descentralización productiva*, pero que sí ha llegado a cobrar una notoriedad que no pasa desapercibida. Nos referimos al término *tercerización de servicios.* Probablemente a partir de las diferentes definiciones ... se haya tomado lo que para algunos puede ser la principal característica de la *descentralización productiva:* la contratación de un tercero, a quien se le carga la ejecución de un servicio determinado. De ahí viene el término *tercerización de servicios*.... Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que los términos *descentralización productiva* y *tercerización de servicios* son sinónimos. No sucede lo mismo con el término *outsourcing*, toda vez que reiteramos este último está referido solamente a la externalización de servicios informáticos y la tecnología de la información".

A nivel de la OIT no existe aún un pronunciamiento definitivo sobre el tema, es decir, no se ha aprobado convenio alguno.

El intento de hacerlo en la 86ª Reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo celebrada en Ginebra en Junio de 1998 no prosperó por falta de consenso.

Alfredo Villavicencio[39], refiriéndose a este nuevo tipo de vinculación empresarial manifiesta que "sin embargo, el fin de siglo nos ha deparado un florecimiento de estas formas tradicionales (intermediación laboral) y el surgimiento de nuevas maneras de prestar servicios en similares situaciones que están operando una redefinición del paradigma productivo y del trabajador, con un impacto importante en la esfera del Derecho del Trabajo. A este fenómeno se le denomina de muy diversas maneras, siendo las más comunes las de subcontratación, tercerización, externalización, exteriorización del empleo, descentralización o desconcentración productiva o funcional...". (entre paréntesis agregado) inclinándose por el término subcontratación "... porque engloba con mayor facilidad las principales modalidades existentes ... y porque además es el término que viene utilizando la OIT".

Lo cierto es que, respetando las disquisiciones anteriores, en nuestro medio se reconoce al *outsourcing* puro o *verdadero outsourcing* como la tercerización de servicios que realiza una empresa (usuaria o principal) que contrata a otra que presta el servicio de tercerización sin desplazamiento de trabajadores a la empresa contratante (principal o usuaria) de dichos servicios, siendo que, además, la reciente Ley N° 29245 de 23 de junio de 2008, establece los casos que constituyen tercerización de servicios, en los siguientes términos: "Constituyen tercerización de servicios, *entre otros*, los contratos de gerencia, conforme a le Ley General

(39) Villavicencio Rios, Alfredo. "La Intermediación Laboral Peruana: Alcances (no todos apropiados) y Régimen Jurídico", en Ius Et Veritas, Año XIV, N° 29, p. 143.

de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa (*outsourcing*), los contratos que tiene por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo" (artículo 3°), (entre paréntesis agregado); constituyendo una modalidad de la tercerización de servicios la subcontratación cuando establece que "las empresas que presten servicios de tercerización podrán subcontratar siempre y cuando la subcontratista cumpla con los requisitos establecidos en la presente ley". (Primera Disposición Complementaria).

Es más, el Reglamento de la Ley de los Servicios de Tercerización, conceptúa la tercerización 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 obra o servicios vinculados o integrados a la misma".

2. Indebidas limitaciones a la tercerización de servicios

De la revisión efectuada de la doctrina, fundamentalmente nacional, hemos podido advertir con preocupación, que se pretende limitar al outsourcing o tercerización de servicios a las *actividades principales pero periféricas o auxiliares de la empresa principal o usuaria*, indicándose de manera genérica que las actividades *nucleares* quedan reservadas para ser ejecutadas directamente por la empresa principal o usuaria. En otros términos esta doctrina estaría sosteniendo que las actividades esenciales no podrían ser tercerizadas.

En esta línea de pensamiento, además de Carlos Cornejo a quien ya hemos citado, Ben Schneider [40] señala que "... el *outsourcing* se convierte en un medio para que las empresas se concentren en sus verdaderas áreas de trabajo y puedan acceder, de una manera operativamente eficaz a otras especialidades, desconocidas para ellas, a través de personal externo experto en dichos temas... fenómeno que, a grandes rasgos consiste en la externalización ... de todas las áreas de la compañía *que no se consideran claves para el negocio o no forman parte de su core business"*.

De ahí Carlos Cornejo[41] llega a la conclusión "... que la *descentralización productiva* es una forma de organización managerial que autoriza encargar a terceras empresas la ejecución de labores accesorias y auxiliares que permiten a la compañía contratante concentrarse en la ejecución de sus *actividades distintivas* o *principales*, aquellas en cuya ejecución tiene una ventaja comparativa respecto de sus competidores"; para más adelante desarrollar lo que se debe entender por *actividades distintivas*.

Otros autores también se pronuncian en el mismo sentido, como por ejemplo César A. Fernández Fernández y Jorge Córdova Santolalla[42], cuando citando a Pinkas Flynd, señalan que "... el outsourcing es además: *una herramienta de gestión a través de la cual una empresa determinada puede optar por concentrarse únicamente en su core business y no tomar parte en procesos importantes, pero no inherentes a sus actividades distintivas, para los cuales contratará un proveedor de servicios especializados y eficiente, que a la larga se convertirá*

(40) Schneider, Ben. "Outsourcing, la Herramienta de Gestión que Revoluciona el Mundo de los Negocios". Editorial Norma S.A., Bogotá, Colombia, Abril de 2004, p. 34.
(41) Cornejo Vargas, Carlos, Op cit. p. 212.
(42) Fernández Fernández, Cesar A., Córdova Santolalla, Jorge. "El Outsourcing, Herramienta Eficiente en la Gestión Empresarial Moderna", Revista Jurídica del Perú, 2005, Año LV N° 60, p. 243.

en un valioso socio de negocios. ... la razón de ser del outsourcing es que las empresas deben concentrarse para hacer aquello para lo cual son eficientes y competitivas".

Esta doctrina, desde nuestro punto de vista, en la forma que ha sido enunciada, puede resultar limitante. En todo caso responde al proceso de desarrollo de la tercerización de servicios pero no a la realidad y a la característica misma de este fenómeno que, como se ha visto es relativamente nuevo; y menos aún a lo establecido por la legislación peruana sobre la materia.

La pregunta que nos formulamos es: ¿cuál es esa *actividad nuclear* reservada a la empresa usuaria o principal?. Creemos que todo lo que se diga son simples enunciados o especulaciones, pues la decisión sobre lo nuclear o no nuclear corresponde a la subjetividad del empresario, por ello la ley no la ha determinado, y que, en general, no debe ni puede hacerlo, pues resultaría absolutamente arbitrario e iría contra la naturaleza de la libertad de las decisiones empresariales, salvo excepciones que más adelante mencionaremos a modo de ejemplo.

Alfredo Villavicencio[43] reconoce este problema cuando señala que "el paso del paradigma productivo *fordista al toyotista*, con las ya mencionadas transformaciones en la organización del trabajo y de la producción, que están conduciendo a una mayor especialización productiva, con su correlato de externalización de las actividades secundarias o periféricas, lo que a su vez permite una mayor reducción de costos, y una minimización de la mano de obra utilizada directamente. Este fenómeno *está llevando a que se amplíe el radio de acción de las actividades tercerizadas, con las consiguientes dificultades a la hora de precisar si se trata de actividades secundarias o principales* y con muchos problemas a la hora de precisar el grado de responsabilidad frente a los trabajadores de dichas empresas económicamente vinculadas".

Sin embargo, lo que resulta preocupante es que dicha doctrina ha tenido impacto en algunos pronunciamientos emitidos por el Poder Judicial; así por ejemplo, la sentencia de primera instancia de 22 de febrero de 2006 dictada por el 19° Juzgado Laboral de Lima, Expediente N° 183419-2003-00356, en los seguidos por don José Antonio Quispe Pineda contra las empresas Sedapal y Concyssa S.A., sobre regularización de contrato de trabajo, a fin de establecer que la verdadera relación laboral entre el demandante debe ser con Sedapal y no con Concyssa, el juez, basándose en la opinión doctrinal de Jorge W. Peyrano[44] según la cual "... La empresa que acomete un proceso de outsourcing deja de gestionar internamente la operativa de una serie de funciones o procesos que no están relacionados con sus competencias *nucleares* para adquirirlas a un proveedor externo", lo lleva "... a la conclusión de que se puede tercerizar cualquier actividad o proceso por más importante que este sea, *pero que no se considere crítico para la elaboración de un producto o la prestación de un servicio,* para lo cual hay que determinar las *actividades distintivas de la empresa* a efectos de resguardar y mantener el liderazgo de esta empresa y para evitar el fraude a las normas y derechos laborales". (Duodécimo Fundamento).

(43) Villavicencio Rios, Alfredo. Op. cit. p. 144
(44) Peyrano, Jorge W. "La Privatización, Transferencia o Tercerización de Funciones Judiciales", Revista Uruguaya Derecho Procesal N° 3, Año 2000, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Uruguay.

Luego el juez laboral analiza lo que a su criterio son las actividades nucleares de la empresa Sedapal: servicios de agua, desagüe y alcantarillado en las ciudades de Lima y Callao, así como el desarrollo, control, operación y mantenimiento de dicho servicio, llegando a la conclusión de que Concyssa, en virtud de contrato de tercerización, desarrolla esas actividades nucleares por lo cual, en aplicación del principio de primacía de la realidad considera que no es posible ese tipo de tercerización y que en consecuencia el verdadero empleador del demandante es Sedapal.

Apelada la sentencia, la Tercera Sala Laboral, mediante resolución de 23 de noviembre de 2006, la confirmó sustentándose en la opinión de Ben Schneider antes glosada, mencionándose además 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 ...", habiéndose producido un voto en discordia pronunciándose por la revocatoria de la demanda la que debía declararse infundada, basándose en que la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante sentencia de 26 de mayo de 2005, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21 de noviembre de 2005, determinó la constitucionalidad del sistema de tercerización laboral contenidas en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR.

Nos preguntamos ¿cómo es posible que con base a la "doctrina", el juez y la Sala Laboral hayan podido declarar fundada la demanda?. ¿Acaso existe algún dispositivo legal que establezca cuáles son las actividades nucleares o fundamentales de la empresa usuaria?. No existe tal norma.

Siguiendo la lógica del Juzgado y Sala Laboral, nos volvemos a preguntar ¿Cuál sería la actividad principal o nuclear por ejemplo en la minería?; ¿no sería acaso la exploración, la explotación y el beneficio?, siendo que precisamente estas tres actividades "nucleares" son materia de tercerización a través de los denominados "contratistas mineros", conforme a lo previsto por la Ley General de Minería? (TUO LGM, art. 37, numeral 11).

¿Qué es finalmente la actividad nuclear en una empresa? Existen empresas en el mundo que tercerizan todos los procesos productivos, reservando para sí la administración de esa tercerización prácticamente total.

Por ello, con todo el respeto que nos merece la judicatura, debemos afirmar que ni la Autoridad Administrativa de Trabajo ni los jueces tienen la potestad de establecer qué es lo nuclear o no nuclear en la actividad empresarial. Esa decisión, como norma general, corresponde exclusivamente al empresario, quien conforme a la Constitución (arts. 58°, 59° y 60°) y a la Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada (Decreto Legislativo N° 757) solo le compete a él el derecho de organizar y desarrollar sus actividades "en la forma que juzgue conveniente" (artículo 9°), sin otras restricciones que las de no ser lesivas a la moral, a la salud ni a la seguridad públicas.

Conversando sobre este tema con Alfonso de los Heros Pérez Albela (12-9-2008), consideró que finalmente el *core business* no es otra cosa que el "manejo de la idea del negocio" que solo la conoce y determina el dueño del mismo y por ende no puede ser establecida ni por la Autoridad Administrativa ni por la Autoridad Jurisdiccional, porque ninguna disposición legal le ha otorgado tal facultad, habida cuenta que iría contra la esencia de la organización de la empresa.

En el caso que nos ocupa, y salvo que Sedapal tenga alguna limitación legal que desconocemos y que en todo caso no ha sido mencionada en la sentencia comentada, si decidiera tercerizar absolutamente todas las actividades y encargar a terceras empresas todas las funciones de agua, desagüe, alcantarillado, reteniendo para sí la administración de las relaciones con las empresa tercerizadoras para asegurar el cumplimiento eficiente de sus objetivos empresariales, ¿qué lo impediría, si tal decisión resultara en beneficio de los usuarios?. ¿Acaso no estaría cumpliendo en tal sentido a cabalidad con sus funciones?.

Situación distinta es si la ley, basada en la Constitución, establece restricciones como por ejemplo en la actividad bancaria, según la cual no se pueden tercerizar aquellas actividades que han sido materia del otorgamiento de la licencia de funcionamiento por la Superintendencia de Banca y Seguros (Art. 87°); o, en las actividades reguladas (Art. 58°); o en el caso del Poder Judicial (Arts. 138° y 139° 1), que no podría tercerizar la actividad jurisdiccional por cuanto su Ley Orgánica se lo impide, sin embargo otras actividades principales no restringidas por la ley sí podrían tercerizarse.(45)

En consecuencia, salvo que la ley basada en norma constitucional establezca de manera expresa limitaciones a la tercerización por la naturaleza de las actividades que se desarrollan, la decisión de tercerizar total o parcialmente las actividades productivas o de servicios depende del dueño del negocio, quien obviamente retendrá aquella actividad que considere importante a sus intereses, toda vez que si no reservara alguna es porque dejó de ser dueño del negocio; pero la actividad que retiene para sí responde única y exclusivamente a su decisión subjetiva y no puede ser impuesta ni determinada, dentro del marco constitucional y legal vigentes ni por la ley ni por la Autoridad Administrativa de Trabajo y tampoco por decisión jurisdiccional.

Por lo expuesto, resulta preocupante este tipo de pronunciamientos jurisdiccionales basados en una doctrina en plena evolución y que responde en todo caso a un periodo de esa evolución.

Hemos podido averiguar a través de la página web de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República que lo resuelto por la Sala Laboral ha sido motivo de recurso de casación (Expediente N° 000261-2007) y que la vista de la causa se produjo el 22 de mayo de 2008, sin que hasta la fecha de elaboración de esta Ponencia se haya resuelto. Confiemos en que la Corte Suprema de la República sabrá enmendar lo decidido en las instancias inferiores y sentar un criterio definitivo sobre esta materia que dará seguridad jurídica a estas actividades empresariales.

Sin embargo, en casos de demandas similares dirigidas contra Sedapal y Concyssa S.A., los resultados no han sido iguales. Así, en la demanda incoada por Richard Norberto Neyra contra las mismas empresas y ante el mismo Juzgado, pero suponemos distinto juez,

(45) La Ley N° 27444 Del Procedimiento Administrativo General regula en su artículo 71° el "Encargo de Gestión", según el cual en el numeral 71.1 establece que "La realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano puede ser encargada a otros órganos o entidades por razones de eficacia o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por si misma". En el numeral 71.4 se señala que "Mediante norma con rango de ley, puede facultarse a las entidades a realizar encargos de gestión a personas jurídicas no estatales, cuando razones de índole técnico y presupuestado lo haga aconsejable bajo los mismos términos previstos en este artículo. Dicho encargo deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo."

Expediente N° 183419-2003-00355, por sentencia de 7 de julio de 2004 se declaró infundada la demanda por cuanto no fue posible al juez distinguir con claridad cuál era la actividad principal de Sedapal y porque Concyssa ejerció como empleador la facultad de dirección y fiscalización de su personal, entre ellos el demandante, cumpliendo además con todas sus obligaciones. (Fundamento Décimo quinto).

En otra demanda, esta vez iniciada por Leonel Rogger Gonzáles Llacsa contra las mismas empresas y por la misma pretensión, Expediente N° 2004-0025-0-1812-JM-LA-01, seguido ante el Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de El Agustino, el Juez declaró infundada la demanda, sosteniendo que "... la legislación nacional ha recogido el tema de la tercerización de servicios ... no estableciendo limitaciones como sí lo ha efectuado en el caso de la intermediación laboral. ..." (Fundamento Séptimo); sosteniendo más adelante "Que respecto, al tipo de servicio que la empresa Concyssa se obliga a brindar, se puede fácilmente deducir que se trata de un servicio integral, el cual incluye la provisión de personal para desarrollar la obra. ... Con esto queda evidenciado que no se trata de una simple provisión o destaque de personal, sino que en realidad y entendiendo el contrato de conformidad con el artículo 169° del Código Civil, se trata de una verdadera tercerización de servicios..." (Fundamento Décimo segundo). Apelada la sentencia por el demandante, la Sala Laboral mediante Resolución de 28 de septiembre de 2006, confirmó la de primera instancia, pero con tres votos en discordia, pronunciándose por la nulidad de la sentencia a fin de que se efectúe una mayor investigación. Interpuesto el recurso de casación, este fue declarado improcedente por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución de 18 de marzo de 2008 (Casación N° 3777-2006).

Puede entonces observarse que si bien no existe criterio unánime, encontramos a nivel de las Salas Laborales criterios discrepantes que, por razones de seguridad jurídica para el desarrollo de estas actividades debe uniformarse por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En abono de todo lo mencionado debe tenerse presente, además, que ni el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral N° 27626, tal como quedó modificado por el Decreto Supremo N° 020-2007-TR que se refirió a la tercerización de servicios, ni la nueva Ley N° 29245 que la regula específicamente, ni su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR, al que nos hemos referido anteriormente, contemplan restricción alguna. Por el contrario, en ambas se refieren como clases de tercerización a los contratos de obra, entre otros, y en lo que respecta a la nueva ley, de manera muy clara se entiende que los supuestos de tercerización mencionados en dicha ley son solamente enunciativos mas no taxativos. Además, en ninguna de las dos normas se estableció, como no podía hacerse, cuáles eras las actividades *nucleares* que no podían ser materia de tercerización de servicios.

2.3. Marco normativo anterior: artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Decreto Supremo N° 020-2007-TR.

Este Decreto Supremo no es otro que el Reglamento de la Ley N° 27626 sobre intermediación laboral al que nos hemos referido anteriormente. Sucede que, como se ha expuesto, la Ley N° 27626 sobre Intermediación Laboral era tan confusa, al haber incluido en ella figuras que técnicamente no tienen que ver estrictamente con la intermediación laboral como son los servicios complementarios, más aún los altamente especializados, que,

a efectos de precisar los alcances de la citada ley y otras figuras que no tenían que ver con la intermediación, se tuvo que, pedagógicamente, en el artículo 4° del Reglamento referirse a la Tercerización de Servicios, con el objeto de precisar que determinadas figuras contractuales existente en nuestro ordenamiento jurídico, no constituían intermediación laboral. Así, se mencionaron los siguientes supuestos: (i) Los contratos de gerencia, conforme al artículo 193° de la Ley General de Sociedades, según el cual "Cuando se designe como gerente a una persona jurídica, esta debe nombrar a una persona natural que la represente al efecto, la que estará sujeta a las responsabilidades señaladas en este Capítulo, sin perjuicio de la que correspondan a los directores y gerentes de la entidad gerente y a esta"; (ii) Los contratos de obra regulados por el Código Civil; (iii) Los procesos de tercerización externa (outsourcing) igualmente regulados por el Código Civil o Código de Comercio; (iv) Los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa, regulado por el Código Civil o por la Ley General de Minería tratándose de concesiones mineras y de sus actividades de exploración, explotación y beneficio; y, (v) Los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, conforme al Código Civil.

La norma reglamentaria añadió que las empresas que prestaban estos servicios de tercerización debían reunir los siguientes requisitos: (i) Asunción de las tareas contratadas por su cuenta y riesgo; (ii) Contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; y, (iii) Que los trabajadores se encuentren bajo su exclusiva subordinación.

Asimismo, el último párrafo del citado artículo 4° estableció como elementos coadyuvantes, es decir que contribuyen, asisten o ayudan a la consecución de algo[46], en este caso a la identificación de las actividades de tercerización: (i) La pluralidad de clientes; (ii) El equipamiento propio; y, (iii) La forma de retribución de la obra o servicio que no debía consistir solo en el reembolso de remuneraciones, porque ello evidenciaría que se trataba de una simple provisión de personal.

Algunos congresistas y organizaciones sindicales consideraron, erróneamente, que el contenido del artículo 4° implicaba una forma de desnaturalización de lo que perseguía la ley que restringía la intermediación laboral. Es así como, el Sindicato Unitario de Trabajadores Operarios de Estaciones de Control de Agua Potable y Alcantarillado interpuso una acción popular contra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, a efecto de que se declare la ilegalidad y la consecuente inaplicabilidad del referido artículo 4°, Expediente N° 030-2003-AP, "... al crear una nueva figura jurídica denominada tercerización de servicios, distinta la establecida por ley".

Lo curioso del asunto es que la Sala Laboral declaró fundada la acción popular al establecer que la norma reglamentaria se había excedido al contemplar una figura distinta a la intermediación laboral que era lo regulado por la Ley N° 27626, pronunciándose por la inaplicación del artículo 4° del Reglamento.

Felizmente, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República revocó la resolución de primera instancia, declarando infundada la demanda, señalando que "es de concluir que el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR no regula una institución ajena a la Ley N° 27626 sino que por el contrario el espíritu y sentido

(46) Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Tomo 3, p. 387.

de la norma reglamentaria cuestionada, al precisar supuesto de tercerización de la mano de obra, ha sido el de establecer criterios de identificación y diferenciación entre esta y la intermediación laboral, no pretendiendo de ninguna manera regular aquella, no evidenciándose por tanto la alegada contravención a la jerarquía de la ley".

Con fecha 20 de septiembre de 2007, se publicó el Decreto Supremo N° 020-2007-TR, que modificó el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR.

El referido dispositivo incluyó expresamente la prohibición de que la utilización de las modalidades de tercerización antes citadas, cuando las mismas incluyan el desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa contratante, afecten los derechos laborales o de seguridad social de los trabajadores. Asimismo dispuso que en los contratos de tercerización debían constar por escrito, especificándose: (i) la actividad empresarial a ejecutar; y, (ii) las unidades productivas o ámbitos de la empresa contratante en que se prestará el servicio (Artículo 4-A).

De otro lado, reiterando lo dispuesto en la Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 27626 (Ley de Intermediación Laboral), se señaló que, si algún contrato de servicios de tercerización incumplía con lo señalado anteriormente, o implicaba una simple provisión de personal, se consideraría la existencia de relación laboral directa entre los trabajadores desplazados y la empresa contratante del servicio (Artículo 4-B).

Finalmente, se contemplaban una serie de disposiciones para reafirmar la protección de los derechos laborales de aquellos trabajadores desplazados en una tercerización de servicios (Artículo 4-C). Tales disposiciones fueron las siguientes: (i) se reafirmó que los trabajadores desplazados en una tercerización, contratados a plazo fijo (contratos sujetos a modalidad), tenían los mismos derechos que los trabajadores contratados por tiempo indefinido, con respecto a su empleadora (empresa de tercerización); (ii) se reafirmó el reconocimiento a los trabajadores desplazados en una tercerización, de sus derechos a sindicación, negociación colectiva, huelga, indemnización por despido arbitrario, indemnización por resolución arbitraria de contrato, reposición y pago de remuneraciones devengadas (cuando correspondía), respecto de su empleadora (empresa de tercerización); (iii) se prohibía la utilización de tercerización de servicios o la contratación a plazo fijo, para limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho a negociación colectiva, interferir en las actividades de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga, o afectar a los dirigentes amparados por fuero sindical; (iv) se reafirmaba la facultad de los trabajadores de: (a) interponer denuncias ante la Autoridad Administrativa de Trabajo o recurrir al Poder Judicial para solicitar la protección de sus derechos colectivos (libertad sindical, negociación colectiva y huelga), (b) solicitar la verificación de la naturaleza de los contratos a plazo fijo, (c) impugnar la no renovación de los contratos cuando tuviera por finalidad perjudicar el derecho de libertad sindical o de negociación colectiva o violara el principio de no discriminación a fin de obtener, si correspondiera, su reposición, (d) exigir su reconocimiento como trabajador de la empresa contratante; y, (e) exigir el pago de indemnizaciones, costas y costos declarados de un proceso judicial, sin perjuicio de las multas correspondientes; y, (v) se señalaba expresamente la posibilidad de que los reclamos administrativos y judiciales puedan ser acumulados, y se reafirma la facultad de los trabajadores de utilizar todos los actos procesales necesarios para la defensa de sus derechos laborales.

Desde un punto de vista de técnica legislativa, lo consignado en los artículos 4A y 4C sobre el respeto de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores desplazados a la empresa usuaria, constituía una repetición que no tendría otro sentido que enfatizar que estos trabajadores gozan de tales derechos, lo cual, per se, no es ninguna novedad, desde que todos los trabajadores que prestan servicios subordinados y remunerados en el ámbito privado, se encuentran amparados por el régimen laboral de la actividad privada.

Lo que sí constituyó un exceso, con ribetes de inconstitucionalidad, son las dos facultades que el artículo 4C otorga a los trabajadores desplazados y las consecuencias que de esas facultades se infiere podrían ocurrir.

Nos referimos a la facultad que otorgaba la norma a los trabajadores a, indistintamente recurrir a la Autoridad Administrativa de Trabajo o al Poder Judicial, para "... *impugnar la no renovación de un contrato* para perjudicar el ejercicio del derecho de libertad sindical, de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación, y *obtener*, si correspondiera, *su reposición* en el puesto de trabajo ...".

Esto realmente constituyó y constituye un exceso, pues como veremos más adelante la norma vigente simplemente se limitó a copiar este texto sin reparar en el dislate en que había incurrido.

En efecto, se crea una tremenda inseguridad jurídica pues la Autoridad Administrativa de Trabajo no está facultada para ordenar la reposición de un trabajador; no es juez, y en segundo lugar, porque ni la Autoridad Administrativa de Trabajo ni el juez pueden obligar a un empleador a prorrogar un contrato de trabajo a plazo fijo en la medida que objetivamente lo sea así, habida cuenta que de ser fraudulento o simulado estaríamos frente a un contrato a plazo indeterminado, porque violaría la norma constitucional que protege la libertad de contratación (artículo 2°, literal 14). Esta situación puede dar lugar a distorsiones como por ejemplo, que un trabajador contratado a plazo fijo por la empresa de servicios de tercerización sospeche que no se le va a renovar su contrato y decide organizar un sindicato, notifica de ello a su empleador y, cuando al vencimiento de su contrato no se le prorroga, sostenga que ello es consecuencia de haber hecho uso de su derecho al a libertad sindical y, con base a este argumento *impugne la no renovación y* pretenda obligar al empleador a renovar su contrato, lo cual constitucionalmente resulta inviable.

Debe tenerse en cuenta que los trabajadores contratados a plazo fijo conforme a ley, tienen todos los derechos individuales o colectivos que los contratados a plazo indeterminado, en tanto dure el plazo del contrato. Así, pueden afiliarse a un sindicato, ser elegidos para ser miembros de la junta directiva y representar a los trabajadores pero todo ello hasta la conclusión de su contrato. Así son las reglas en esta materia.

Se trata entonces de facultades absurdas pues ni la Autoridad de Trabajo ni el Juez, que no son parte en el contrato, pueden sustituir a una de las partes del mismo, en este caso al empleador para prorrogar el contrato (en qué condiciones, por cuánto tiempo, etc.: imposible).

2.4 Marco legal actual: Ley N° 29245 (24-6-2008), modificada por Decreto Legislativo N° 1038 (25-6-2008), Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR (11-9-2008)

El texto que ingresó al debate del Pleno del Congreso de la República y que dio lugar a la actual Ley N° 29245, de haber sido aprobada sin modificación alguna hubiera contenido una serie de rigideces e inconstitucionales que hubieran comprometido a la libertad de empresa, pues hubiera restringido las actividades empresariales más allá de los supuestos limitativos previstos por la Carta; e incluso, tal como estaba redactada, hubiera permitido que algún inspector o juez considerara que no cabía la tercerización de servicios tratándose de contratos de gerencia, pese a estar regulado por la Ley General de Sociedades, o los procesos de tercerización externa, es decir el verdadero outsourcing; o los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa; y las subcontratas; lo cual, de aprobarse en esos términos hubiera ocasionado todo un caos en el sistema empresarial, poniendo en riesgo miles de puestos de trabajo.

Felizmente en el debate y con la decidida intervención del Ministro de Trabajo se pudo enmendar en parte los dislates del proyecto, dando origen a la actual Ley N° 29245 en la que lamentablemente subsisten una serie de defectos que originaron que se introdujeran precisiones al día siguiente de su publicación, a través del Decreto Legislativo N° 1038. En efecto, el 24 de junio fue publicada la Ley N° 29245 y el 25 de junio se publicó el referido Decreto Legislativo. Que se recuerde, nunca una norma laboral dictada por el Congreso sufrió modificaciones, por cierto necesarias pero insuficientes, al día siguiente de su publicación.

Con fecha 12 de septiembre de 2008 se ha publicado su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que cumple la misma finalidad que el Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral: Hacer posible la correcta aplicación de la norma legal, muy mal estructurada, así como salvar, sin desnaturalizarla, algunas exigencias realmente impropias que contenía, como se verá más adelante.

Objeto de la Ley

Es objeto de la ley regular los casos en que procede la tercerización, los requisitos, derechos y obligaciones, así como las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalizan el uso de este método de vinculación empresarial (art. 1°). Este artículo repite el texto original que fue motivo de discusión en el Pleno del Congreso. Hubiera sido muy peligrosa su aplicación de no haberse introducido modificaciones al artículo 3° sobre los supuestos o casos que constituyen tercerización de servicios en el que, a modo de ejemplo (*"entre otros"),* se enumeran diversas posibilidades de tercerización.

Definición

El artículo 2° de la ley intenta dar una definición aunque insuficiente de *tercerización*, al señalar que "Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras ..." para luego referirse a los requisitos que deben cumplir estas empresas para ser consideradas como tales, lo que es un tema extraño a la propia definición.

Indudablemente que esta definición es insuficiente por cuanto debía contener algunos elementos importantes como el referido a que la tercerización de servicios comprende las

actividades principales de la empresa usuaria del servicio de tercerización, a fin de diferenciarla del concepto de intermediación laboral.

Es el Reglamento en su artículo 1°, sobre definiciones, que contempla una definición coherente sobre la materia al definirla 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".

Lo ideal hubiera sido que la empresa denominada "principal" se le hubiera identificado como "usuaria" que es el término que se utiliza para la intermediación laboral y que, la OIT igualmente lo usa, como se ha visto anteriormente; y ello para hacer más entendible la propia definición de este tipo de vinculación empresarial que lo que hace es tercerizar actividades "principales".

Aparte de este comentario de índole semántico, es importante resaltar que la definición pone de manifiesto que la empresa usuaria de los servicios de tercerización puede tercerizar sus actividades principales a una pluralidad de empresas, de acuerdo a las decisiones que el dueño del negocio adopte sobre la mejor forma de conducirla y de lograr su objeto social; el otro comentario es que con esta definición la ley perdió la oportunidad de comprender en ella a los servicios complementarios, que como ya se ha mencionado están más cercanos a la figura de tercerización de servicios que a la intermediación laboral. Y así se previó en el proyecto que se sometió a discusión del Pleno. En este caso desafortunadamente, en el debate general se decidió la exclusión de los servicios complementarios como parte de la tercerización de servicios, que era lo técnico y propio.

Ámbito

La ley no ha definido el ámbito al que se aplica la norma sobre tercerización de servicios o servicios de tercerización, con lo cual existía la duda si, además de comprender a las empresas del sector privado, también lo hacía respecto de las entidades del Estado, que en la realidad de los hechos no solo recurre a las empresas de intermediación laboral sino que terceriza algunos de sus servicios principales con las restricciones que establece la Constitución y las leyes de desarrollo respectivas.

Antes de la expedición del Reglamento la respuesta a las posibilidades de que el Estado pudiera celebrar contratos de intermediación laboral y de tercerización de servicios, la encontramos en el artículo 71° de la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General referido al "Encargo de gestión" al que nos hemos referido anteriormente.

Sin embargo es el Reglamento en su artículo 2° el que se ha encargado de despejar toda duda sobre la materia, pues señala que "la tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia". En pocas palabras la ley bajo comento no comprende en su ámbito al sector público, lo cual podría merecer algún tipo de cuestionamiento en la medida en que, por ejemplo, en el ámbito público que conozcamos, no está prevista la solidaridad en el pago de los derechos y beneficios de los trabajadores desplazados, en este caso a la entidad pública, lo que coloca al Estado en una situación de privilegio respecto de las empresas privadas y, en un probable peligro a los trabajadores desplazados en caso que la empresa que presta el servicio de tercerización no cumpla con sus obligaciones laborales. Se requiere

entonces que el Estado sea muy estricto en este tipo de contrataciones y convenga con la empresa contratada su derecho a fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores con desplazamiento continuo.

Lo cierto entonces es que, conforme al Reglamento, la ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores se encuentren sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal "... siempre que se produzca con *desplazamiento continuo* de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas".

Una de las precisiones o modificaciones que introdujo el Decreto Legislativo N° 1038 a la ley fue precisamente el vinculado a que la tutela de la misma (arts. 4° a 9° de la ley) se dirija exclusivamente a los supuestos de tercerización con desplazamiento continuo de personal (artículo 2°), con lo cual la tercerización externa o outsourcing quedó excluida de esas normas.

En consonancia con el Decreto Legislativo, y yendo tal vez un poco más allá, la norma reglamentaria circunscribe la aplicación de la ley, en general, a los casos de tercerización con desplazamiento continuo de trabajadores, lo que significa que el verdadero outsourcing, es decir la tercerización sin desplazamiento continuo así como las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la ley, tal como lo establece el último párrafo del artículo 2° del Reglamento.

Aún cuando carece de trascendencia, lo cierto es que la ley en sus artículos 2° y 3° sobre lo que se entiende por tercerización y los requisitos que deben cumplir las empresas que prestan este servicio, así como los casos que constituyen tercerización de servicios, se refieren de manera general a todos los supuestos, incluido el outsourcing puro, es decir los procesos de tercerización externa.

Sin duda, la razón que debe haber llevado a quienes redactaron la norma reglamentaria no ha sido otra que centrar el objeto sustantivo de la tutela que persigue la ley, es decir la protección de los derechos de los trabajadores cuando se da el desplazamiento hacia la empresa usuaria o los centros de operación de esta última, en el entendido que tratándose de un outsourcing puro, tal tutela resulta innecesaria, por cuanto en la generalidad de los casos se trata de empresas debidamente constituidas que cuentan con pluralidad de clientes, lo que permite garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social, como cualquier otra empresa que actúa en el mercado.

A nuestro criterio la tutela debió extenderse a la tercerización externa de servicios (outsourcing) cuando no existe pluralidad de clientes, desde que tanto la outsourcing como sus trabajadores en el fondo son económicamente dependientes de la empresa principal, lo que sugiere la posibilidad de un mayor riesgo en caso de resolución del contrato de tercerización y un mayor peligro respecto del cumplimiento de los derechos y beneficios de los trabajadores de la empresa que presta el servicio de tercerización externa.

Requisitos

El artículo 2° de la ley al definir lo que se entiende por tercerización de servicios, establece que para que estos sean considerados como tales, la empresa que presta el servicio de tercerización debe cumplir los siguientes requisitos: (i) asumir los servicios prestados por

su cuenta y riesgo; (ii) contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; (iii) ser responsables por los resultados de sus actividades; y, (iv) que sus trabajadores se encuentren bajo su exclusiva subordinación.

Fernando Elías[47] al comentar estos requisitos señala lo siguiente: "El primer requisito significa que la empresa tercerizadora que debe desarrollar su actividad sobre la base de una estructura empresarial, realice la obra asumiendo las consecuencias del resultado, esto es, puede obtener una ganancia o pérdida, la que en este último caso podría inclusive afectar su subsistencia o la continuación de sus actividades... El segundo requisito está relacionado con la necesidad de que la actividad no se concrete única y exclusivamente a la ... *sola provisión de personal*, que a mérito de la definición que contiene la norma implicaría la existencia de un contratista que no tenga ningún elemento material para el desarrollo de la actividad contratada, y cuya nota característica sería ser una especie de *arrendador* de la fuerza laboral ajena, incurriendo así en un acto puro de explotación del trabajo humano, situación que el Derecho del Trabajo repudia. Indudablemente que la interpretación de lo señalado en el artículo plantea dificultades para determinar el alcance de lo que denomina *recursos financieros, técnicos o materiales propios*. El dispositivo no señala la magnitud o cuantía de los referidos recursos, lo que en última instancia deja el tema sujeto a la interpretación administrativa o judicial mediante la aplicación de un principio eficaz, pero sumamente subjetivo, como es el de *Primacía de la Realidad* lo que atenta contra la seguridad jurídica porque resulta imposible predecir lo que en última instancia podría ser el criterio interpretativo, subjetivo de cualquier autoridad... Lo que sí resulta claro es que uno de los elementos de la tercerización es que los trabajadores de la empresa tercerizadora ... estén bajo su exclusiva subordinación ... lo que significa que esta no puede ser compartida en ningún grado, ni siquiera el más mínimo, porque si fuera así dejaría de tener esta característica".

Respecto del requisito de contar con sus *propios* recursos financieros, técnicos o materiales, y específicamente respecto de los recursos materiales, el segundo párrafo del artículo 2° que se refiere a los elementos "característicos" que de acuerdo al Reglamento son simplemente indiciarios o coadyuvantes como sucedía con el artículo 4° de la Ley de Intermediación Laboral a que nos hemos referido anteriormente, solo se menciona como uno de esos elementos indiciarios que la empresa de tercerización *cuente con equipamiento*, sin que se mencione que este debe ser propio.

El Reglamento considera que "se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquella" lo que significa que esos equipos se encuentran bajo su "gobierno o autoridad", es decir bajo su posesión, sea cual fuere el título, como por ejemplo arrendamiento, comodato, leasing, etc..

Y así lo ratifica el propio Reglamento cuando la segunda parte del artículo 4.3 señala que "cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral". El segundo supuesto sin

(47) Elías Mantero, Fernando. "Comentarios a la ley 29245 que regula los servicios de tercerización y al Decreto Legislativo N° 1038 que precisa sus alcances", Revista Actualidad Laboral, junio de 2008, pp. 7 y 8.

duda está referido a los casos en que determinados equipos son proporcionados por la empresa principal por resultar fundamentales o estratégicos y que no pueden estar supeditados a la presencia o no de la empresa que presta el servicio de tercerización, como por ejemplo en las minas con socavón, la locomoción interna, o el aire comprimido; o en determinadas entidades o empresas, el software.

Lo que sí es fundamental es que estos cuatro requisitos se deben cumplir de manera copulativa, es decir que la inexistencia de uno, cualquiera de ellos trae como consecuencia inevitable que se desvirtúe la tercerización. Así lo señala de manera expresa el artículo 3° del Reglamento.

Elementos característicos

El segundo párrafo del artículo 2° de la ley establece que constituyen elementos *característicos* de las empresas que prestan servicios de tercerización: (i) la pluralidad de clientes, otorgándose el plazo de un año para cumplir con esta característica; en casos excepcionales no se considera como elemento característico (D. Leg. 1038); (ii) contar con equipamiento; (iii) inversión de capital; y (iii) retribución por obra o servicio; y que en general en ningún caso se admite la sola provisión de personal.

Una de las principales e inmediatas críticas que concitó la publicación de la ley, fue que, a diferencia del artículo 4° de la Ley de Intermediación Laboral que establecía los supuestos de tercerización de servicios y los *elementos coadyuvantes* que ayudaban a identificar los mismos, la nueva ley sustituyó el término *coadyuvante* por *característico*. De acuerdo al Diccionario de la Academia Española, el término *característico* significa "perteneciente o relativo al carácter. Dicho de una cualidad: que da carácter o sirve para distinguir a alguien o algo de sus semejantes"[48]; teniendo entre otros sinónimos: "esencial, innato, idiosincrásico, específico, intrínseco, personal, inherente, exclusivo, representativo, privativo, singular, inconfundible"[49]. Para el lector de la norma, el cambio era sustantivo, pues significaba que de elemento *coadyuvante* pasaba a considerarse como un *requisito* adicional para calificar la existencia de la tercerización de servicios; y ello fundamentalmente creó una especial preocupación respecto a la pluralidad de clientes, pues al haberse convertido en requisito y haber perdido su calidad de elemento *coadyuvante* podría traer como consecuencia que entrada en vigencia la ley, las empresas que prestaban servicios de tercerización que no contaban con pluralidad de clientes, simplemente tenían que dejar de operar con la pérdida que ello suponía tanto para el empresario como para los trabajadores a su servicio.

Esta fue una de las razones que llevó a que de inmediato (al día siguiente) se publicara el Decreto Legislativo N° 1038 en el que se estableció, respecto de la pluralidad de clientes, que se otorgaba un plazo de un año a partir de la vigencia de la ley, para que las empresas que actualmente prestaban servicios a un solo cliente se adecuaran a la pluralidad de los mismos; estableciendo un plazo igual para las que recién se constituyan, computable desde el momento de su constitución; precisándose además, que en casos excepcionales y por razones objetivas y demostrables, la pluralidad de clientes puede no ser considerada como característica, delegando al Reglamento el desarrollo de esta excepción. (art. 2°).

(48) Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, tomo 3, España 2001, p. 301.
(49) Thesaurus Gran Sopena. "Sinónimos, Antónimos y asociación de ideas", Editorial Ramón Sopena S.A., Barcelona, España, 1990, p. 257.

El Reglamento de manera general ha introducido un contenido especial al término "característico" de la ley, distinto al semántico, pues establece que estos, a los cuales como sinónimo denomina *elementos propios*, constituyen tan solo *indicios*, que de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española significa "fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido"(50) y que tiene como sinónimos entre otros: "atisbo, síntoma, muestra, indicativo, sospecha, asomo, pista, huella, etc."(51). De esta manera reglamentariamente se ha dado al término *característico* indebidamente previsto en la ley, el significado de *coadyuvante*, que tenía la norma precedente y que no había necesidad de modificar.

Pues bien, respecto de los casos de excepción a la *pluralidad de clientes*, el Reglamento en su artículo 4.2 señala que "no será un indicio a valorar", en los siguientes casos: (i) cuando el servicio objeto de tercerización solo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado, o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora; (ii) cuando, en base a la naturaleza del servicio u obra existan motivos atendibles para el establecimiento de pacto o de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora; y, (iii) cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa.

En cuanto al segundo supuesto debe tenerse en cuenta que quien va a establecer si existen motivos atendibles o no para establecer el pacto de exclusividad y con ello evitar la pluralidad de clientes, son las partes contratantes, es decir la empresa principal o usuaria y la que presta el servicio de tercerización, quienes tendrán que actuar en esta materia razonablemente, es decir que deberá consignarse en el contrato la causa objetiva que determina dicha exclusividad pues ante un conflicto, quien va a decidir es un tercero, es decir la Autoridad Administrativa de Trabajo a través de la inspección o el juez.

En lo que respecta a la inversión de capital, que es un indicio o característica, o elemento propio que coadyuva a establecer la calidad de empresa que presta servicios de tercerización, Fernando Elías comenta que "... es importante destacar que no se ha hecho ninguna referencia al quantum de la inversión, lo que la deja a la peligrosa interpretación individualizada por parte de la autoridad administrativa o judicial de trabajo", y en lo que se refiere a la característica, indicio o elemento propio de *retribución por obra o servicio*, Fernando Elías señala que esta referencia implica "... la contratación a todo costo, siendo permitida también la fijación de una lista o *tarifario* por los servicios que se presta, pero no por valor *hora hombre*, o criterio similar que transmitiría la impresión de una *simple provisión de personal*, que obviamente toma en cuenta el valor de la mano de obra, que en conjunción con otros elementos, determina el costo de la prestación de servicio, y que además tendrá que tomar en cuenta la eventual utilidad que toda relación económica persigue"(52).

Lo importante es que, estos indicios ayuden a establecer que existe autonomía empresarial, de parte de quien va a prestar el servicio de tercerización y que, dichos indicios o elementos propios deben ser evaluados en cada caso concreto "... considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de

(50) Diccionario de la Lengua Española, 22° Edición, Tomo 6, España 2001, p. 858.
(51) Thesaurus Gran Sopena, "Sinónimos, Antónimos y Asociación de Ideas", Barcelona España 1990, p. 799.
(52) Elías Mantero, Fernando. Op. cit. p. 9.

actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora", es decir se requiere de un análisis completo, siendo importante resaltar el tipo de actividad económica, se entiende de la labor principal que va a tener a su cargo el servicio de tercerización, pues es distinta por ejemplo la actividad minera, que la actividad comercial, la agraria o la pesquera, lo cual pone de manifiesto la necesidad de especialización de los inspectores de trabajo a fin de que estén en capacidad de aplicar correctamente las facultades de inspección en sus visitas de investigación o comprobatorias del cumplimiento de las obligaciones laborales, y en específico de la correcta prestación del servicio de tercerización, pues el tipo de actividad principal que desarrolla la empresa usuaria, materia de la tercerización, definitivamente tiene especial importancia para los efectos de la fiscalización.

Casos de tercerización

El artículo 3° de la ley establece de modo meramente enunciativo algunos supuestos en los que se configura la tercerización de servicios cuando señala que "entre otros", constituye tercerización de servicios: (i) los contratos de gerencia, conforme a la Ley General de Sociedades; (ii) los contratos de obra; (iii) los procesos de tercerización externa; (iv) los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo; estableciéndose que las empresas que presten servicios de tercerización podrán subcontratar siempre y cuando el subcontratista cumpla con los requisitos establecidos en la ley (1era. Disp. Compl. y Final).

Adviértase entonces que, ni en la definición de tercerización de servicios, ni en los supuestos o casos de tercerización, ni en los requisitos para su prestación y tampoco en los elementos característicos, se establece algún tipo de limitación de las actividades principales que se pueden tercerizar por lo que, repetimos, que esa determinación, salvo norma lega basada en la Constitución que establezca lo contrario, es exclusiva del empresario que decide tercerizar parte de sus actividades principales, por lo que ni la Autoridad de Trabajo ni el juez tienen facultad para decidir sobre esta materia.

Desplazamiento de personal

Tal como lo hemos manifestado, por aplicación del Decreto Legislativo N° 1038 modificatorio de la ley y artículo 2° tercer párrafo del Reglamento, en interpretación contrario sensu, solo la tercerización con desplazamiento continuo de trabajadores a la empresa usuaria o centro de operaciones se encuentra comprendida en la misma, señalando en su artículo 6° que el desplazamiento continuo del trabajador es aquel realizado de forma regular entre la empresa tercerizadora y la empresa principal, configurándose la continuidad en cualquiera de los siguientes supuestos: (i) cuando el desplazamiento ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o, (ii) exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no dentro de un semestre.

Como siempre en estos casos la decisión del porcentaje de días u horas de desplazamiento constituye un acto arbitrario del legislador, quien seguramente basa su decisión en criterios de razonabilidad. Sin embargo hubiera sido interesante que de algún modo, a través de la parte considerativa del Decreto Supremo que reglamenta la ley o de la exposición de motivos del mismo, se hubiera puesto de manifiesto las razones que llevaron a esta decisión.

Contenido del contrato de servicios de tercerización

El artículo 4° de la ley (que es bastante oscuro en su redacción) se refiere a que los contratos, se entiende con la empresa usuaria o principal en virtud del cual ocurre desplazamiento de personal, no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización, lo que debe constar por escrito en el contrato de locación de servicios en el que además debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbito de la empresa principal se llevará a cabo.

Esto significa que la ley está estableciendo la formalidad de que este tipo de contratos de locación de servicios empresariales, deben constar por escrito y contener la indicada información.

El artículo 8° de la norma reglamentaria establece que dicha información propia de los contratos de locación de servicios entre las empresas contratantes "podrá ser incluido en los contratos de trabajo o transmitida a los trabajadores de la empresa tercerizadora mediante comunicación escrita", lo que implicaría que, en la medida en que la ley no establece la obligación de las empresas que prestan servicios de tercerización con desplazamiento de, necesariamente suscribir contratos de trabajo con el personal que desplazan, lo que sí sucede en el caso de intermediación laboral, tal información también puede constar en el contrato de trabajo, en caso de suscribirse, o en una comunicación escrita dirigida a los trabajadores que van a ser desplazados a la empresa principal o al centro de operaciones de aquella, además de la información prevista en el artículo 6° de la ley, es decir: (i) la identidad de la empresa principal, incluyendo a estos efectos el nombre, denominación o razón social de esta, su domicilio y número de Registro Único del Contribuyente; las actividades que son objeto del contrato celebrado con la empresa principal, cuya ejecución se llevará a cabo en el centro de trabajo o de operaciones del la misma; y, (iii) el lugar donde se ejecutarán las actividades mencionadas en el numeral anterior.

Derecho a información

El artículo 6° de la ley establece que al iniciar la ejecución del contrato, se entiende entre la empresa principal y la que presta el servicio de tercerización, esta última tiene la obligación de informar por escrito a sus trabajadores que va a desplazar o a sus representantes (sindicato u otro tipo de representante), lo que se ha mencionado en el rubro anterior, lo cual resulta razonable. Lo que resulta absolutamente irrazonable e impropio de la ley es que igualmente está obligando a proporcionar dicha información "... a las organizaciones sindicales y a los trabajadores de la empresa principal". La pregunta es ¿esta obligación a qué responde?, ¿qué bien se está tutelando?. Ninguno. Se trata de un despropósito de la norma, pues poco interesa a los trabajadores de la empresa principal o a su sindicato conocer que su empleador ha decidido contratar los servicios de una empresa de tercerización y como consecuencia de ello determinados trabajadores prestarán el servicio de tercerización en el local de la empresa o en sus centros de operaciones. Pongamos un ejemplo para graficar el absurdo de la ley. Una empresa con 5,000 trabajadores a nivel nacional, pues cuenta con sucursales y agencias en todo el territorio, decide tercerizar una actividad principal a cuyo efecto contrata los servicios de una empresa especializada que para cumplir con el contrato debe desplazar a 5 trabajadores. En cumplimiento de la ley, la empresa que va a prestar el servicio de tercerización estaría obligada a comunicar al sindicato o sindicatos existentes

en la empresa principal y también a cada uno de los 5,000 trabajadores a nivel nacional que está desplazando 5 trabajadores. Absurdo, amén de constituir un sobrecosto irracional.

Felizmente el artículo 8° del Reglamento establece que esa obligación se cumple a través del empleador de la empresa principal debiendo informar de ello a la organización sindical o, en su defecto a los delegados que representen a sus trabajadores acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como las actividades que estos realizarán dentro de los 5 días siguientes al mes calendario en que se produjo el desplazamiento o dentro de las 24 horas de la solicitud que sea efectuada por parte de la organización sindical. De todos modos esta innecesaria disposición legal significa una pérdida de tiempo con el costo que eso implica ahora para la empresa principal o usuaria.

Desnaturalización

El artículo 5° de la ley establece que los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2° y 3° de la ley, es decir que las empresas que prestan servicios de tercerización no asuman los servicios por su cuenta y riesgo, que no cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, etc. (no entendiéndose la razón de la remisión al artículo 3° que no hace sino de manera enumerativa y no taxativa señalar los supuestos de tercerización de servicios), que tal incumplimiento implique una simple previsión de personal, origina que los trabajadores desplazados por la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal o usuaria, disponiéndose la cancelación del registro de la empresa que presta servicios de tercerización, sin perjuicio de las demás sanciones, por ejemplo multas administrativas.

El Reglamento, como no, aclara el contenido del artículo 5° de la ley, cuando señala que se produce la desnaturalización de la tercerización: (i) en caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2° y 3° de la ley y 4° del Reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora; es decir, si en los supuestos de actividades de tercerización contemplados en el artículo 3° de la ley, la empresa que presta el servicio de tercerización no cumple de manera copulativa con los requisitos previstos por la ley en la primera parte de su artículo 2° (artículo 3° del Reglamento), y si teniendo en cuenta el análisis razonado respecto del a existencia o no de los elementos propios o indiciarios (característicos), se llega a la conclusión de que la empresa que presta el servicio de tercerización carece de autonomía empresarial[53]; (ii) cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal, lo cual es obvio, porque ya hemos dicho y el propio Reglamento en su artículo 3° lo establece que los cuatro requisitos se deben cumplir copulativamente, y que la inexistencia de uno cualquiera de ellos desvirtúa la tercerización, y uno de ellos es justamente que los trabajadores de la empresa tercerizadora estén bajo la subordinación de la empresa principal cuando de acuerdo

(53) Además, debe tenerse en cuenta que el artículo 4.4 del Reglamento, permite que tanto la empresa tercerizadora como la empresa principal pueden "... aportar otros elementos de juicio o indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de una simple provisión de personal, tales como la separación física y funcional de los trabajadores de una y otra empresa, la existencia de una organización autónoma de soporte a las actividades objeto de la tercerización, la tenencia y utilización por parte de la empresa tercerizadora de habilidades, experiencia, métodos, secretos industriales, certificaciones, calificaciones o, en general, activos intangibles volcados sobre la actividad objeto de tercerización, con las que no cuenta la empresa principal, y similares.

a ley lo deben estar respecto de su empleador que no es otro que la empresa que presta el servicio de tercerización; y, (iii) en caso que continué la prestación de servicios se entiende de tercerización transcurrido el plazo a que se refiere el último párrafo del artículo 9° del Reglamento, es decir cuando se cancela el registro de la empresa que presta el servicio de tercerización en cuyo caso la empresa principal dispone de 30 días calendario para efectuar la adecuación correspondiente lo que en pocas palabras significa resolver el contrato de tercerización.

Al igual que el artículo 5° de la ley, la norma reglamentaria establece que la desnaturalización de la tercerización trae como consecuencia que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado desde el momento en que se produjo el desplazamiento.

Ahora bien, ¿quién establece que se ha producido la desnaturalización? Sin duda puede ser la Autoridad Administrativa de Trabajo a través de su servicio de inspección, o el juez.

En el primer caso cabe precisar que la Autoridad Administrativa de Trabajo carece del poder coercitivo para lograr que se incorporen los trabajadores desplazados a la planilla de la empresa principal, ya que como lo veremos en el próximo Capítulo de esta Ponencia, constatada o verificada la infracción por el inspector y requerida la empresa principal para que incorpore a los trabajadores en su planilla en un plazo determinado, si no se cumple originará el inicio del proceso sancionador que, podrá concluir en el mejor de los casos con la imposición de una multa más no con la incorporación de los trabajadores a la planilla. Es el juez en el proceso correspondiente, bien sea en la ejecución de sentencia de un proceso contencioso administrativo que declare infundada dicha demanda y que en consecuencia queda firme lo resuelto en sede administrativa, o en un proceso ordinario laboral iniciado por el o los trabajadores interesados, que presentarán como prueba lo resuelto en sede administrativa que quedó firme sin cumplimiento por parte de la empresa principal.

Garantía de derechos laborales

El artículo 7° de la ley no ha hecho otra cosa que copiar y pegar el contenido del artículo 4 c del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, tal como quedó establecido por el Decreto Supremo N° 020-2007-TR, el que hemos analizado en su momento, con la crítica especial al dislate en que incurrió cuando faculta a los trabajadores a impugnar la no renovación de un contrato a plazo fijo, y obtener si correspondiera su reposición al puesto de trabajo, pudiendo ejercitar dichas acciones a su decisión en sede administrativa o jurisdiccional.

El Reglamento no ha podido hacer nada para remediar semejante error que solo puede ser materia de modificación legal o de inaplicación por el juez en uso de su obligación de control difuso a que se refiere el segundo párrafo el artículo 138° de la Constitución según el cual en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Registro

Otro de los absurdos que contiene la ley está contenido en su artículo 8° en el que se establece que "Para iniciar y desarrollar sus actividades, las empresas tercerizadoras se inscriben en un Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras a cargo de la Autoridad

Administrativa de Trabajo, en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución. La inscripción en el Registro se realiza ante la Autoridad Administrativa de Trabajo competente del lugar donde la empresa desarrolla sus actividades, quedando sujeta la vigencia de su autorización a la subsistencia de su registro".

Revisemos el cúmulo de inconstitucionalidades y dislates en que incurre la norma legal. En primer lugar se estaba refiriendo al universo de empresas que prestan servicios de tercerización, que son miles a nivel nacional, habida cuenta que la mayoría de la empresas no se constituyen par tener como objeto único principal prestar dicho servicio, porque la más de las veces ello depende del requerimiento que le haga otra empresa que haya decidido tercerizar parte de sus actividades principales por considerar que otra empresa en el mercado puede realizar tal servicio de manera más eficiente y a menor costo.

Entonces, con el texto original de la norma, miles de empresas en el país tendrían que supeditar su actividad a su inscripción en el Registro, y si este era denegado por un funcionario de tercera o cuarta categoría, sin que ello resulte peyorativo para el funcionario, entonces una empresa constituida de acuerdo a la Constitución y la ley y debidamente inscrita en los Registros Públicos, simplemente se vería impedida de llevar adelante con plena libertad su actividad empresarial.

La primera pregunta que surge es ¿cómo queda el Capítulo sobre Régimen Económico de la Constitución en que se garantiza la libertad de la iniciativa privada y por ende la libertad de empresa sin más limitación que sus actividades no sean lesivas a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas?

El Ministerio de Trabajo forma parte del Poder Ejecutivo y ya hemos visto en gobiernos dictatoriales o democráticos pero poco democráticos, en que los criterios políticos prevalecían en las decisiones del Ministerio, lo que hubiera podido traer como consecuencia que por una determinada posición política se pudiera negar el registro de una empresa y así por ejemplo, quebrarla.

De otro lado, una de las funciones que debe ser objeto de prioridad en el Ministerio de Trabajo es la función inspectiva, que pese a los avances que se han producido, estos son insuficientes; sin embargo, de haberse aplicado el texto original de esta norma hubiera obligado a que el Ministerio distraiga sus escasos recursos presupuestales, o de conseguir adicionales, a contratar personal para que se ocupe de este registro a nivel nacional, en vez de dedicar dichos recursos a fortalecer la actividad de inspección.

Tan mal se estructuró ese artículo que incluso se establece que las empresas tercerizadoras deben inscribirse en el Registro "en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución" ¿y qué sucede con las empresas que a la fecha de entrada en vigencia de la ley ya estaban constituidas y venían prestando servicios de tercerización?, ¿estarían obligadas al Registro?.

El Decreto Legislativo N° 1038, redujo el ámbito de aplicación de este registro a las empresas de tercerización con desplazamiento de sus trabajadores (artículo 2°) pero ello era a todas luces insuficiente.

El Reglamento, imaginativamente y a nuestro criterio sin desnaturalizar la ley, en su artículo 9° considera inscritas en el Registro creado por la ley, a las empresas que prestan el servicio de tercerización que cumplen con registrar el desplazamiento de su personal a

empresas principales en la planilla electrónica que se encuentra regulada por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR y sus normas modificatorias y complementarias con independencia de su fecha de constitución.

Esta es una forma inteligente en la que el Reglamento ha salvado los increíbles dislates en los que incurrió el Congreso de la República al legislar tan desafortunadamente la tercerización de servicios.

Es cierto, el Registro es absolutamente innecesario, toda vez que el Ministerio de Trabajo cuenta con información suficiente a través de las planillas electrónicas para poder planificar sus visitas de inspección a fin de comprobar si se cumplen o no con los requisitos que la ley establece para el funcionamiento de las empresas que prestan servicios de tercerización, que es lo que fundamentalmente interesa a la tutela de los derechos laborales de los trabajadores desplazados a la empresa principal o a su centro de operaciones para el cumplimiento del contrato de tercerización.

La norma reglamentaria contempla que cuando se verifique alguna de las causales de desnaturalización de la tercerización previstas en la ley y el Reglamento, la inspección del trabajo propone la cancelación del registro, además de la imputación de relaciones laborales a la empresa principal y la Autoridad Administrativa de Trabajo en el procedimiento administrativo sancionador, de proceder, declarará la cancelación del registro y las relaciones laborales existentes, en cuyo caso la empresa que prestaba el servicio de tercerización tendrá que dejar de operar aún cuando la norma no dice si totalmente o respecto únicamente de los servicios de tercerización que estaba brindando, a cuyo efecto reproducimos lo mencionado con anterioridad en lo que se refiere a las posibilidades que tiene la Autoridad de Trabajo de lograr la incorporación de los trabajadores desplazados en la planilla de la empresa principal.

Responsabilidad solidaria

El artículo 9° de la ley estableció que "La empresa principal que contrate la tercerización de 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 devengadas por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral".

Este es uno de los dispositivos que originó más protestas por parte de los representantes empresariales, pues consideraron una exigencia innecesaria y extrema, pues ni siquiera en el supuesto de intermediación laboral la ley ha establecido, ab initio, la solidaridad, pues comienza con la fianza, y solo si esta no cubre los adeudos laborales, entonces procede la solidaridad. Además la solidaridad establecida en la ley comprendía, por su falta de especificación, no solo a los derechos establecidos por la ley, sino también aquellos provenientes de convenios colectivos, acuerdos individuales o decisiones unilaterales del empleador, de los trabajadores desplazados, lo cual resultaba irrazonable; todo ello sin perjuicio de considerar que inevitablemente se iban a producir incrementos en los costos, pues las empresas principales o usuarias se verían obligadas a solicitar fianzas a las empresas que les prestarían el servicio de tercerización a fin de evitar las consecuencias de la solidaridad, en caso de incumplimiento.

Afirmaron además que se pudo haber establecido otros mecanismos de control como paso previo a la solidaridad y solo en caso que dichos mecanismos no hubieran sido aplicados por la empresa principal o usuaria, entonces hubiera procedido aquella.

Lo cierto es que el Decreto Legislativo N° 1038, publicado al día siguiente de la ley, hizo eco parcial de los reclamos empresariales, restringiendo el ámbito de la solidaridad únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por *norma legal*, excluyendo a los de origen convencional o unilateral (art. 3°). Adicionalmente estableció un derecho ya previsto en el Código Civil según el cual la empresa principal obligada a asumir obligaciones de la tercerista, en razón de la solidaridad establecida, tiene derecho a repetición contra esta, y añade, lo que es una novedad, que "... adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra". (art. 4°).

Si bien es cierto, la solidaridad es una institución que debe ser aplicada restrictivamente pues su aplicación supone que un tercero a la relación contractual, en este caso a la relación laboral entre trabajador y empresa que presta servicios de tercerización, puede ser demandada a elección del acreedor (trabajador) a fin de que honre la deuda de su deudor directo, no es menos cierto que en el ámbito laboral esta institución no es extraña, pues en el caso de construcción civil existe desde finales de los años 50 del siglo pasado entre el dueño de la construcción y el contratista encargado de ella, respecto del pago de los derechos y beneficios sociales de los trabajadores encargados de la construcción (Resolución Suprema N° 27 de 15 de marzo de 1958) y nadie la ha cuestionado, incluso sobre su vigencia, toda vez que se trata de una norma de rango inferior a la ley, por cuanto el artículo 1183° del Código Civil establece que solo la ley o el acuerdo establecen la solidaridad la que no se presume y cuando se refiere a la ley, debemos entender que se trata de una norma con jerarquía de ley y no una de menor rango, pues, como hemos manifestado, imponer a un tercero una obligación que no es consecuencia directa de una relación contractual, tiene carácter excepcional y por razones de seguridad jurídica solo una norma con rango de ley o un acuerdo expreso entre las partes contratantes pueden establecer la obligación solidaria. Por ello es que el Código Civil establece que ese tipo de obligación no se puede *"presumir"*, y por ello requiere de ley o acuerdo *expreso*. De otro lado, de la revisión de la Exposición de Motivos, antecedentes de dicha norma, doctrina, y jurisprudencia, nadie ha cuestionado o lucubrado acerca de que cuando el Código Civil establece que la obligación solidaria debe tener como fuente la *Ley* este concepto pueda entenderse o interpretarse de manera lata, es decir como cualquier norma *legal*, pues no cabe duda que si el convenio que instituye debe ser *expreso*, habida cuenta de la naturaleza excepcional de esta obligación, también lo es que solo la ley a que se refiere la Constitución, por las seguridades que brinda no solo su formulación sino también su aprobación, es la única que puede establecer una responsabilidad tan grave y excepcional como la solidaridad (Constitución arts. 51, 102° a 108° y 138°).

Además, por ejemplo en el sector minero existe la solidaridad entre el titular de la concesión minera y los contratistas respecto al cumplimiento de las normas sobre seguridad social y seguridad y salud en el empleo; y, como ya se ha mencionado en los supuestos de intermediación laboral la solidaridad se aplica si la fianza otorgada por la empresa intermediadora resulta insuficiente para cubrir los adeudos laborales.

En el fondo, lo que la ley persigue con el establecimiento de la solidaridad es que las empresas principales o usuarias de los servicios de tercerización pongan especial cuidado

cuando se vinculan con empresas que le van a prestar dichos servicios a fin de contratar aquellas que sean realmente formales y por ende cumplidoras de sus obligaciones en general y las laborales y de seguridad social en particular, pues al fin y al cabo lo que tutela la ley es el derecho de los trabajadores desplazados a fin de que no vean vulnerados los derechos antes mencionados.

Desde nuestro punto de vista, si bien el legislador pudo optar por medidas menos traumáticas para garantizar el cumplimiento oportuno de los derechos y beneficios sociales de los trabajadores desplazados, no es menos cierto que ya existe toda una experiencia sobre la materia que hace que las empresas adopten medidas como por ejemplo solicitar que, previo al pago de la retribución u honorario correspondiente, se acredite el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social.

El artículo 7° del Reglamento desarrolla el tema de la responsabilidad solidaria establecida en la ley y lo extiende, pues señala que esta responsabilidad alcanza no solo al empresario principal, sino al contratista y al subcontratista. Adviértase que la ley solo se refiere a la empresa principal y a la empresa tercerizadora, mas no a los subcontratistas que puede utilizar la empresa tercerizadora para cumplir los servicios de tercerización a favor de la empresa principal. Esta *ampliación* de la responsabilidad solidaria por una norma de jerarquía menor a la ley, podría ser cuestionada judicialmente porque ya hemos visto que la solidaridad, conforme al Código Civil solo puede ser establecida por acuerdo entre las partes o por ley.(54)

(54) Sin embargo el cuestionamiento judicial podría no tener mayor eco en la Justicia Laboral, habida cuenta que en el Pleno Jurisdiccional Nacional de las Salas Laborales del año 2008 se ha acordado por unanimidad que, "existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183° del Código Civil, sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores."; es decir, el Pleno Jurisdiccional ha ido muchísimo más allá de lo establecido en el Código Civil, al que considera que no necesariamente, en el ámbito laboral es de plena aplicación supletoria; criterio que respetamos pero del cual discrepamos, pues con prescindencia de si la norma se encuentra recogida en el Código Civil, dada la naturaleza excepcional de la obligación solidaria, no es posible que un juez la presuma ahí donde la ley no la establece o no existe acuerdo expreso en tal sentido, porque ello genera inseguridad jurídica. Además, el Acuerdo es poco claro al referirse al supuesto de "... o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores", pues se puede interpretar válidamente que se trata de un caso ajeno a la vinculación económica o grupo de empresas. Han sido innumerables las resoluciones de las Salas Laborales que han establecido que la solidaridad no se presume y que han invocado el artículo 1183° del Código Civil (RTT de 9 de octubre de 1984, Expediente N° 3134-83 (S)) (De los Heros, Alfonso; Morales Corrales, Pedro. Editorial H&M Ediciones, Tomo I, p. 331); RSL de 29 de mayo de 2000, Expediente N° 1008-2000-BS (S); RSL de 29 de noviembre de 2000, Expediente N° 2680-2000-BE (S) (Revista Actualidad Laboral de marzo y septiembre de 2001, pp. 82 y 80, respectivamente); Casación 104-2001-LIMA de 4 de abril de 2001 (El Peruano de 31 de julio de 2001 p. 7505), aún cuando en el tema de vinculación económica desde antiguo la Justicia Laboral ha establecido la solidaridad sin que exista ley que la determina, sosteniendo que en el fondo no se trata de sociedades independientes y autónomas si se encuentran sometidas a una dirección y a un control económicos o financieros únicos. (RSL de 27 de abril de 1993, Expediente N° 729-92-BS) Manual de Jurisprudencia Laboral (De los Heros, Alfonso; Morales Corrales, Pedro. Editorial H&M Ediciones, Tomo II p. 559); incluso la RSL de 30 de diciembre de 2004, Expediente N° 4388-2004-BE-A sostiene que en este supuesto de vinculación empresarial la responsabilidad solidaria "...no se funda en lo establecido en el artículo 1183° del Código Civil, sino basada en el principio de primacía de la realidad de los hechos mas allá de las meras formalidades...", lo cual es bastante discutible, pues se estaría sosteniendo que se trata de una sola empresa, cuando realmente no lo es, desconociendo la autonomía empresarial reconocida y además regulada por el ordenamiento jurídico nacional. En estos casos lo que el Poder Judicial debe

La norma reglamentaria precisa además que las obligaciones laborales adeudadas, establecidas por norma legal, incluyen el pago de remuneraciones ordinarias y de los beneficios e indemnizaciones laborales previstas por ley, lo cual es correcto porque la ley se refiere de manera genérica a la solidaridad respecto de las *obligaciones laborales*, y una de ellas puede estar constituida por las indemnizaciones de naturaleza laboral como la de vacaciones por falta de descanso oportuno, o en el supuesto de despido arbitrario.

El tercer párrafo del artículo 7° del Reglamento determina que las obligaciones de previsión social incluyen las contribuciones y aportes que debe retener o pagar el empleador al seguro social de salud, o a un sistema pensionario, precisando que la extensión de la responsabilidad comprende a los incumplimientos que se produzcan durante el periodo de desplazamiento, señalando adicionalmente que la solidaridad en materia de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo se rige por lo dispuesto en el artículo 5° de las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, aprobada por el Decreto Supremo N° 003-98-SA (artículo 5°).

Cabría mencionar respecto de esta última solidaridad, que ha sido igualmente establecida por una norma de rango inferior a la ley, lo cual podría ser cuestionado en cada caso en particular en sede judicial.

Finalmente, la norma reglamentaria establece que el plazo de prescripción de la responsabilidad solidaria a cargo de la empresa principal de un año establecido en la ley, se computa a partir de la fecha en que ocurrió el fin del desplazamiento.

El Reglamento de esta manera califica dicho plazo como de prescripción, lo que fue omitido por la ley, que hizo pensar que podía tratarse de un plazo de caducidad.

III. ORIGEN, DESARROLLO Y FINALIZACION DE LAS ACTUACIONES INSPECTIVAS

Estudiados los dos grandes temas de esta Ponencia oficial: Aplicación del principio de primacía de la realidad y las dos modalidades contractuales de vinculación entre empresas, intermediación laboral y tercerización de actividades principales de la empresa usuaria, veamos ahora cómo es que el sistema de inspección del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo desarrolla sus actividades para, en su caso, aplicar el principio antes anotado y/o en el segundo caso fiscalizar el correcto desarrollo de los dos tipos de vinculación empresarial que hemos estudiado.

hacer y no lo hace, es ejercitar la facultad de iniciativa en la formulación de leyes que la Constitución le reconoce (artículo 107°) y no transitar por el camino fácil de emitir "criterios o acuerdos jurisdiccionales" para resolver lo que en este caso solo por ley o acuerdo expreso puede hacerse. El Pleno Jurisdiccional es consciente de la debilidad de lo acordado, pues seguidamente aprobaron "solicitar a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, para que en ejercicio de sus facultades presente una iniciativa legislativa respecto a la regulación de la solidaridad en materia laboral". Ojalá lo haga. El único antecedente que otorgaba facultad al juez de establecer la solidaridad estuvo constituido por el Proyecto de Código Civil de 1890 en cuyo artículo 1542° se contemplaba que "Son títulos constitutivos de solidaridad el contrato, el testamento y la *decisión judicial con fuerza de cosa juzgada*." (Mario Castillo Freyre y Felipe Osterling Parodi, Tratado de Obligaciones, Primera Parte Tomo III, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XVI PUC, Fondo Editorial 2001, p 200). Sin embargo no prosperó, lo que ratifica que los jueces carecen de facultad para crear, vía criterio, una obligación solidaria.

1. Aspectos Generales de la Ley General de Inspección del Trabajo

La Inspección del trabajo es un servicio público a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden socio laboral y de la seguridad social, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, orientar y asesorar técnicamente en dichas materias, todo ello de conformidad con el Convenio N° 81 de la Organización Internacional de Trabajo, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13284, de 15 de diciembre de 1959.

Se entiende por normas de orden sociolaboral al conjunto de normas jurídicas de carácter individual y colectivo referidas a la ordenación del trabajo y relaciones sindicales[55], prevención de riesgos laborales, empleo y migraciones, promoción del empleo y formación del trabajo, trabajo adolescente, prestaciones de salud y sistema provisional, trabajo de personas con discapacidad, y cualesquiera otras normas que tengan similar contenido.

Las actuaciones *inspectivas o de inspección*, son aquellas que antes eran denominadas *visitas de inspección*, y que de acuerdo al ordenamiento actual son diligencias previas al procedimiento sancionador, en materia sociolaboral, cuyo inicio y desarrollo se rige por lo dispuesto en las normas de Inspección del Trabajo, no siendo de aplicación las disposiciones del Procedimiento Administrativo General, contenidas en el Título II de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, salvo por expresa remisión a las mismas.

Las actuaciones inspectivas o de inspección son fundamentalmente de dos clases: (i) de investigación o comprobatorias, que tienen por objeto investigar o comprobar si se cumplen las disposiciones vigentes en materia socio-laboral y, en caso de contravención, adoptar las medidas que procedan a fin de garantizar o promover su cumplimiento; y, (ii) de consulta o asesoramiento técnico, que tienen por finalidad brindar orientación a empleadores y trabajadores, así como a las organizaciones sindicales o empresariales sobre el cumplimiento de las normas sociolaborales. Solo nos referiremos, por razón de lo que interesa a esta Ponencia al primer tipo de actuaciones.

Las actuaciones inspectivas de comprobación o investigatorias se desarrollan: (i) mediante visitas de inspección a los centros de trabajo sin necesidad de aviso previo, por uno o varios inspectores y podrá extenderse el tiempo necesario, que en principio no debiera demorar más de 30 días hábiles, salvo que la demora sea imputable al sujeto inspeccionado o cuando las circunstancias así lo aconsejen, (ii) requiriendo al empleador su comparecencia ante el inspector para aportar documentación o efectuar las aclaraciones pertinentes en la oficina pública que se señale, en cuyo caso el requerimiento se realizará por escrito o en alguna otra forma de notificación válida que regule la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo; y, (iii) mediante la verificación de datos o antecedentes que obran en las dependencias del Sector Público, a cuyo efecto la Inspección del Trabajo podrá acceder a dicha información, solicitar antecedentes o la información necesaria para comprobar el cumplimiento de las normas sociolaborales.

(55) Se entiende por ordenación del trabajo y relaciones sindicales a los derechos fundamentales en el trabajo, normas vinculadas a las relaciones individuales y colectivas, así como aquellas de protección, derechos y garantías de los representantes de los trabajadores en las empresas.

Cualquiera que sea la modalidad con que se inicien, estas actuaciones inspectivas podrán proseguirse o completarse sobre el mismo sujeto inspeccionado con la práctica de otra u otras formas de investigación.

2. Origen de las actuaciones inspectivas

Las actuaciones inspectivas en general son dispuestas de oficio, es decir, por decisión de la Autoridad Competente de Inspección, que no es otra que la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo, que tiene la atribución de ordenar de oficio las actuaciones inspectivas en todo el ámbito nacional, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a los Gobiernos Regionales, cuyos Directores, Subdirectores o Supervisores de la Inspección del Trabajo expedirán la correspondiente orden de inspección; no necesariamente como consecuencia directa de una denuncia. De ahí que la ley establece que "sin perjuicio de atender adecuadamente las denuncias y peticiones de actuación que se formulen, la actividad inspectiva responderá al principio de trabajo programado en aplicación de los planes y programas generales y regionales que se establezcan" [56]. Esta es una diferencia respecto de lo que ocurría con la legislación precedente, específicamente con el Decreto Legislativo N° 910 en que expresamente se preveía la inspección especial o a pedido de parte (artículo 16°).

Lo que la ley vigente persigue es una mejor planificación de sus actividades inspectivas, de tal modo que sean eficientes en cuanto a sus resultados. Así por ejemplo, si a través de las denuncias recibidas se llega al convencimiento que los empleadores de una determinada rama de actividad, o en general, vienen incumpliendo sistemáticamente determinada norma, entonces podrá enderezar sus actuaciones o visitas inspectivas para revertir este incumplimiento.

Las actuaciones inspectivas de investigación o comprobatorias son consecuencia de una orden superior que puede ser originada por: (i) una orden de Autoridad Competente en Materia de Inspección de Trabajo, (ii) petición razonada de órganos judiciales u otros órganos del sector público, en las que se deberá determinar las actuaciones a realizarse y su finalidad, (iii) presentación de denuncia de cualquier administrado, por ejemplo trabajadores, organizaciones sindicales, empresarios y también organizaciones empresariales, en la medida que tienen la calidad de *administrados* a tenor de lo previsto por el artículo 50.1 de la Ley

(56) El Decreto Supremo N° 020-2007-TR de 19 de septiembre de 2007, amplió el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR referido a la tercerización de servicios, en el cual se explicitó los derechos que gozaban los trabajadores que prestan servicios en las empresas de tercerización, que son iguales a los que gozan los trabajadores que laboran en la empresa principal o usuaria. Sin embargo, en el artículo 4-C de dicha norma se señaló que los trabajadores pueden interponer denuncias ante la Autoridad Administrativa de Trabajo para solicitar la protección de sus derechos colectivos, a la indemnización por despido arbitrario, reposición por despido nulo y pago de remuneraciones devengadas, cuando corresponda. Asimismo para que se verifique la naturaleza de los contratos de trabajo sujeto a modalidad, o denunciar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio de derecho de libertad sindical y de la negociación colectiva, o la violación del principio de no discriminación, y obtener, si correspondiera, su reposición en el puesto de trabajo, su reconocimiento como trabajador de la empresa principal o usuaria. En esencia esta norma, si bien incide en la protección de los derechos colectivos, en la correcta contratación a fin de evitar la desnaturalización por el uso indebido de contratos modales y los ceses injustificados, consideramos que cualquier otra violación de derechos individuales, igualmente pueden ser materia de denuncias ante el Ministerio, las mismas que, en general, serán evaluadas por la Autoridad de Inspección a fin de programar, de oficio, las visitas de inspección. Esta norma como ya se ha manifestado ha sido repetida en el artículo 7° de la Ley N° 29245 actualmente vigente que regula los servicios de tercerización.

del Procedimiento Administrativo General, según el cual tienen dicha calidad la persona natural o jurídica que, cualquiera sea su calificación o situación procedimental, participa en el procedimiento administrativo. En este caso la denuncia deberá ser presentada por escrito conteniendo como mínimo el nombre del denunciante, el número de su documento de identidad, su domicilio, datos respecto de los cuales se guardará la debida reserva, se entiende a fin de evitar represalias contra el trabajador denunciante. Asimismo deberá efectuarse una descripción de los hechos denunciados como constitutivos de infracción, la fecha y el lugar en que se produjeron, los datos de identificación que se conozcan del sujeto supuestamente responsable así como aquellas otras circunstancias que se consideran relevantes para la investigación, (iv) por iniciativa del inspector cuando conozca de hechos que guarden relación con la orden recibida o sea contraria al ordenamiento jurídico, (v) decisión interna del Sistema de Inspección del Trabajo; y, (vi) por excepción cuando el Inspector de Trabajo tome conocimiento de la violación *flagrante* de normas socio laborales o de seguridad y salud en el trabajo, en cuyo caso actúa de oficio, a fin de obtener los medios de prueba cuya desaparición o modificación pudiera afectar el resultado de inspección. En este caso, dentro de las 48 horas siguientes, el Inspector de Trabajo deberá emitir un informe escrito dirigido al Director de Inspección Laboral, o quien haga sus veces, de las circunstancias y forma de la que tomó conocimiento de dicha violación flagrante, de los hechos, las actuaciones realizadas y materias comprendidas, solicitando la convalidación de lo actuado. Por el mérito del informe se procederá a emitir la orden de inspección, convalidando la inspección realizada. Para estos efectos, se entiende que los Inspectores de Trabajo se encuentran habilitados para realizar actuaciones inspectivas en días hábiles o inhábiles.

Este caso de excepción ha sido introducido por el Decreto Supremo N° 019-2007-TR, y no hace otra cosa que explicitar las facultades de los inspectores de entrar libremente y sin previa notificación a cualquier hora del día o de la noche, en todo establecimiento sujeto a inspección, tal como lo prevé el artículo 12° literal a) del Convenio N° 81 de la OIT. Es cierto que en situaciones normales la visita de inspección debe estar precedida de la respectiva orden; sin embargo este caso de excepción se justifica cuando se toma conocimiento de la existencia de una violación flagrante, de las normas sociolaborales o de seguridad y salud en el trabajo, es decir que está sucediendo en el momento en que se toma conocimiento de ella, a fin de obtener las pruebas que podrían desaparecer si no se interviene de inmediato y con cargo a regularizar la orden de inspección correspondiente.(57)

3. Desarrollo de las actuaciones inspectivas

Las actuaciones de investigación o comprobatorias se llevarán a cabo, hasta su conclusión, por los mismos inspectores o equipo que las hubiere iniciado, salvo los supuestos de cese, traslado, enfermedad u otra causa justificada que será sustentada mediante resolución expedida por el directivo que emitió la orden de inspección, debiendo notificarse al sujeto inspeccionado y trabajadores afectados, de ser el caso.

(57) Muchas empresas han manifestado su inquietud sobre esta amplia facultad de los inspectores sobre todo cuando se trata de visitas de noche, o en caso no medie la orden correspondiente (supuesto de flagrancia), arguyendo razones de seguridad. El empleador para tal efecto tiene todo el derecho de solicitar al inspector que acredite dicha calidad, pudiendo también recurrir a la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo www.mintra.gob.pe, Sector Trabajo, Inspecciones laborales, donde aparece la relación de los auxiliares de inspección, inspectores y supervisores.

El Decreto Supremo N° 002-2007-TR de 16 de enero de 2007, establece que los empleadores deben permitir el ingreso al centro de trabajo en un tiempo que no exceda de 10 minutos desde que los servidores del Sistema de Inspección del Trabajo notifican su presencia para efectuar una actuación inspectiva. Vencido este plazo, sin que se produzca el ingreso de los servidores de la Inspección del Trabajo y, tratándose de una inspección originada por denuncia, se presumirán como verdaderos los hechos denunciados para efectos del inicio del procedimiento administrativo sancionador de ser el caso.

Además, cuando el empleador perturbe, retrase o impida el ejercicio de las funciones inspectivas, podrá ser sujeto de denuncia por delito contra la administración pública, sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan.

Esta medida legal ha sido adoptada como consecuencia de que algunos empleadores ante la presencia del inspector de trabajo demoran o impiden su ingreso, con el objetivo de lograr tiempo para cambiar las evidencias o arreglar todo, de tal manera de disminuir contingencias o minimizar riesgos.

Adviértase que la consecuencia de obstaculizar el ingreso del inspector trae ahora como resultado una presunción legal, que opera solo en los casos en que la inspección es originada por una denuncia, en cuyo caso se tendrá como verdaderos los hechos denunciados, dando inicio de inmediato al procedimiento sancionador, toda vez que el artículo 45° de la Ley establece que dicho procedimiento se inicia, no solo a mérito de actas de infracción por vulneración del ordenamiento jurídico sociolaboral, sino también en mérito de las actas de infracción a la labor inspectiva, que sería el caso que estamos comentando.

Téngase en cuenta también que cuando el inspector como consecuencia de sus visitas o actuaciones de investigación o comprobatorias llega a la convicción de que se ha producido alguna vulneración al ordenamiento sociolaboral, le da la oportunidad al empleador de subsanar o enmendar la infracción (medida de requerimiento), otorgándole un plazo prudencial para ello, lo que no sucede de ocurrir la obstrucción del ingreso del inspector al centro de trabajo en que, como ya hemos dicho, de frente se presume como verdaderos los hechos denunciados, dando inicio al procedimiento sancionador y solo en esa oportunidad el empleador o sujeto inspeccionado podrá hacer uso de su derecho de defensa y presentar los descargos que pudieran corresponder. Todo lo anterior sin perjuicio de las consecuencias penales a que nos hemos referido anteriormente, que se han explicitado pedagógicamente en la norma, a fin de que el sujeto inspeccionado tenga cabal conocimiento de lo que puede acarrearle su conducta de obstrucción a la actividad de inspección.

Estas actuaciones se llevarán a cabo hasta su conclusión por los mismos inspectores o equipos designados que las hubieren iniciado, salvo en los supuestos mencionados anteriormente, es decir si se produce el cese del inspector o es trasladado a otro puesto, o enferma, o se da alguna otra causa justificada debidamente sustentada mediante resolución expedida por el Directivo que emitió la orden de inspección.

Se entiende por causas justificadas que pueden originar el cambio del Inspector o del Grupo de Inspectores que tiene a su cargo la inspección: (i) demoras injustificadas en la conclusión de las actuaciones inspectivas, (ii) actuaciones que requieren de un determinado conocimiento especializado del cual carecen los inspectores inicialmente encargados, (iii)

error manifiesto en la aplicación de las normas y lineamientos que rigen la función inspectiva; y, (iv) concurrencia de algunas causales de abstención previstas por el artículo 88° de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

El Decreto Supremo N° 019-2007-TR, al modificar el texto original del artículo 10.1, introduce la obligación de que el cambio del inspector o de alguno de los componentes del grupo de inspección, debe sustentarse en resolución expresa. Ello va con la lógica de la norma en el sentido de que lo más eficiente en este tipo de actuaciones inspectivas es que sea el inspector o grupo de inspectores quienes deben intervenir desde el inicio hasta la culminación de la investigación, por cuanto ello les permitirá un mejor conocimiento de lo que es materia de la visita, evitándose dilaciones o reinicios de actuaciones en razón del cambio de los inspectores originales.

Las órdenes de inspección que emitan los directivos para efectos de llevar a cabo la actuación o visita inspectiva, debe constar por escrito, contener los datos de identificación de la inspección encomendada, es decir cuál es la materia de investigación o comprobación; el plazo para la actuación y su finalidad, la designación del inspector o equipo de inspección que tendrá a su cargo la investigación. Además, podrán referirse a un sujeto concreto o expedirse con carácter genérico a un conjunto indeterminado de sujetos, en aplicación de criterios objetivos como área geográfica, actividad económica, niveles de informalidad, o cualquier otro determinado por la autoridad competente en materia de inspección de trabajo.(58)

Las órdenes de inspección serán objeto de registro y se identificarán anualmente con una sola secuencia numérica, dando lugar a la apertura del correspondiente expediente de inspección.

El Decreto Supremo N° 019-2007-TR que modifica el artículo 11° del Reglamento de Inspección establece que, de advertirse que en la orden de inspección existe error en la identificación del sujeto inspeccionado, o error en el domicilio del lugar o centro de trabajo u otro dato y/o error material, o fuese necesario realizar actuaciones inspectivas en otros lugares o centros de trabajo del mismo empleador o sujeto inspeccionado, los inspectores deberán emitir el informe al Directivo que expidió la orden, se entiende para que enmiende el error, sin perjuicio de lo cual los inspectores encargados realizarán las visitas inspectivas necesarias para cumplir con la finalidad de la inspección.

En cumplimiento de las órdenes de inspección recibidas, los inspectores designados llevan a cabo las actuaciones de investigación o comprobación, las mismas que deben realizarse en el plazo que se señale en cada caso concreto, sin que con carácter general puedan dilatarse por más de (30) treinta días hábiles, salvo que la dilación sea por causa imputable al sujeto inspeccionado, o cuando sea necesario, o las circunstancias así lo aconsejen, en cuyo caso podrá prorrogarse dicho plazo.

En cada actuación que se practique se dejará constancia escrita de las diligencias de investigación llevadas a cabo,

(58) Ley, artículo 13°, Reglamento artículo 11.1 (ver formatos de las órdenes de inspección en la página web del Ministerio de Trabajo www.mintra.gob.pe.

Con carácter general y siempre que no se perjudique la investigación de los hechos objeto de inspección, las actuaciones de investigación mediante visita a los centros o lugares de trabajo, se realizarán en presencia del sujeto inspeccionado o su representante, y de los trabajadores o de las organizaciones sindicales que los representen, o de los representantes de los trabajadores. De no encontrarse en el centro o lugar de trabajo, las actuaciones se realizarán sin la presencia de los mismos, no afectando dicha circunstancia el resultado y validez de la investigación.

Finalizadas las actuaciones o visitas inspectivas de investigación o comprobatorias, de no advertirse infracciones susceptibles de adoptar medidas inspectivas, los inspectores emiten el correspondiente informe. Por el contrario de advertir incumplimientos o infracciones, los inspectores de trabajo adoptarán las medidas inspectivas de advertencia y requerimiento para garantizar el cumplimiento de las normas objeto de fiscalización, emitiendo un informe sobre las actuaciones realizadas y sus resultados.

Las medidas de advertencia y requerimiento no son susceptibles de impugnación, lo que se entiende sin perjuicio del derecho de defensa del interesado en el procedimiento sancionador.

Esta norma es muy importante porque a diferencia de lo que ocurría anteriormente, la visita de inspección con la legislación vigente, no se frustrará por la ausencia de los representantes del empleador y/o de los trabajadores. En efecto, anteriormente bastaba que el empleador o su representante no estuviera presente para que se señalara nueva fecha para la diligencia, dando pie a que el empleador modificara todo el escenario y minimizara incumplimientos que se habrían hecho evidentes de haberse realizado la inspección en la primera oportunidad.

Las medidas de advertencia y requerimiento se dictan cuando se comprueba la existencia de una infracción a las normas sociolaborales, en cuyo caso se requerirá por escrito, en la forma y modelo oficial aprobado, para que el sujeto responsable en un plazo determinado adopte las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las mismas.

Las medidas de requerimiento son órdenes dictadas por la Inspección del Trabajo para el cumplimiento de las indicadas normas. Pueden consistir en ordenar al empleador, que en relación con un trabajador, siempre que se fundamente en el incumplimiento de la normatividad legal vigente, se le registre en planillas, por ejemplo en aplicación del principio de primacía de la realidad, o en caso de establecerse la desnaturalización de la intermediación laboral o de la tercerización de servicios; se abonen las remuneraciones y beneficios laborales pendientes de pago, se establezca que el contrato de trabajo sujeto a modalidad es a plazo indeterminado; y, la continuidad del trabajador cuando corresponda.

Asimismo, la inspección del trabajo podrá requerir se garantice el pago de las obligaciones de los trabajadores, si se verifica que la empresa no cuenta con recursos financieros suficientes para hacerse cargo de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores.

En materia de prevención de riesgos laborales, se requerirán las modificaciones necesarias, montajes o métodos de trabajo para garantizar la salud y seguridad de los trabajadores, o de ser el caso dispondrá la paralización o prohibición inmediata de trabajos o tareas que los puedan poner en riesgo.

Lo expuesto en los tres párrafos anteriores constituyen modificaciones introducidas por el Decreto Supremo N° 019-2007-TR, que tiene por objeto que el empleador conozca con claridad las atribuciones de las que goza la Autoridad de Inspección y por ende los riesgos que corren por incumplir la normatividad laboral. En cuanto a la posibilidad de dictar una medida de requerimiento para que el empleador que se encuentra en situación de liquidez garantice el pago de las acreencias laborales, consideramos que si bien se trata de una buena intención, en la práctica resultará difícil, aunque no imposible, que consiga un tercero preste garantías a un empleador que se encuentra en dicha situación.

En los casos de infracciones al ordenamiento jurídico sociolaboral, cualquiera que sea la materia a la que afecten, se requerirá al sujeto responsable de su comisión, la adopción en un plazo determinado, que debe ser razonable, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas.

La Autoridad Inspectiva podrá ordenar el seguimiento y control del cumplimiento del requerimiento mediante visita de inspección, comparecencia o verificación de datos para la comprobación de su cumplimiento.

Estas normas son de la mayor importancia, por cuanto hacen evidente que la labor inspectiva no es necesariamente policíaca, de sanción inmediata, si no que permite que, detectada la infracción, esta sea remediada en un plazo determinado, que la Autoridad Inspectiva debe establecer razonablemente atendiendo a la magnitud de la misma; que es al fin y al cabo lo que persigue el servicio de inspección, es decir, el cabal cumplimiento de las normas sociolaborales.

Si pese al plazo otorgado el empleador persiste en el incumplimiento, entonces se emitirá el acta de infracción que corresponda para el inicio del procedimiento sancionador, las mismas que se extenderán en el formato oficial y con los requisitos que se terminan en las normas reguladoras del procedimiento sancionador, debiendo contener como mínimo información respecto de: (i) identificación de sujeto o sujetos inspeccionados, (ii) medios de investigación utilizados, (iii) hechos constatados, (iv) conclusiones, detallando en su caso las infracciones apreciadas y las medidas inspectivas adoptadas, (v) identificación del inspector o inspectores de trabajo que intervinieron; y, (vi) fecha de emisión del informe.

Asimismo, las actas de infracción por obstrucción a la labor inspectiva, se extenderán en el formato oficial aprobado por la Autoridad Inspectiva de Trabajo.

4. Directivas sobre inspección vinculada a la intermediación laboral y tercerización de servicios

Con fecha 28 de septiembre de 2007 se expidieron las Directivas 002 y 003-2007/MTPE/2/11.4 por la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo, la primera se titula "Directiva Nacional Para La Ejecución del Programa Nacional de Fiscalización de las Unidades de Producción de las Empresas", y la segunda Lineamientos Para la Obtención de Información y Verificación de Empresas Contratistas y Subcontratistas en el Desarrollo de Inspecciones del Trabajo a Nivel Nacional".

Directiva 002

Esta Directiva comprende en especial los siguientes aspectos:

a. Ámbito del programa, que a su vez se refiere al ámbito empresarial indicándose

que debe ejecutarse las unidades de producción de empresas en las que confluyan trabajadores de la empresa titular o principal, así como trabajadores de contratistas o subcontratistas encargadas de parte de la actividad principal se entiende de la principal o proceso productivo. Por la terminología utilizada en esta Directiva uno se puede percatar que está pensada en la actividad minera, aún cuando tiene carácter general.

En cuanto al ámbito material o de derechos a tutelar, se menciona a la libertad sindical en las Unidades de Producción en cuyo caso se establece que la fiscalización o inspección tiene por objeto garantizar los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, así como supervisar que, tratándose de los servicios de tercerización, el desplazamiento de trabajadores a las empresas usuarias o principales no implique una simple provisión de personal, pues estaríamos frente a una de las causales de desnaturalización de la tercerización de servicios.

En cuanto al método que debe seguir la inspección tratándose de la garantía de libertad sindical, el inspector respecto del derecho de sindicación, verificará: (i) el número y nómina de trabajadores que prestan servicios en la Unidad de Producción, se entiende trabajadores directos o desplazados por otras empresas que prestan servicios de tercerización; (ii) el tiempo de servicio y la condición contractual de los trabajadores; (iii) llos antecedentes laborales de los trabajadores en relación con las empresas anteriores de estos. Este es un aspecto importante porque podría suceder que un mismo trabajador ha venido realizando la misma labor pero a través de distintas empresas que prestan servicios de tercerización, lo cual en sí mismo no necesariamente constituye una irregularidad sino en todo caso un elemento a tenerse en cuenta para profundizar las investigaciones. Así por ejemplo esta situación no es rara en unidades mineras muy alejadas en que pueden resolverse los contratos con las empresas contratistas y las nuevas que las sustituyen contraten a su vez a los trabajadores por ejemplo del lugar, que venían prestando servicios al anterior contratista. Lo que en el fondo interesa es que la empresa que presta el servicio de tercerización, en este caso la contratista minera sea una verdadera empresa, es decir que cumpla con los requisitos establecidos por la ley para dicha actividad; (iv) identificación de las empresas que confluyen en la unidad de producción y sus trabajadores; (v) número de organizaciones sindicales existentes en la unidad de producción, así como la nómina de los afiliados; (vi) situación contractual y situación laboral de los dirigentes sindicales, verificándose las incidencia de los despidos producidos a nivel de dirigentes sindicales y trabajadores sindicalizados en los, cuando menos, dos ejercicios anteriores a la verificación, constatándose igualmente la incidencia de despidos de trabajadores no sindicalizados, se entiende, a efectos de realizar la comparación correspondiente y así establecer si existe una incidencia especial de despidos en el supuesto de trabajadores sindicalizados y determinar con ello si existe o no una conducta antisindical por parte del o los empleadores; y, (vii) verificación o constatación de la existencia de órdenes a fin de establecer si la empresa de tercerización o contratista tiene a su personal bajo su exclusiva subordinación o si esta es compartida con la empresa principal o usuaria, en cuyo caso podría desnaturalizarse la tercerización de servicios. La Directiva entiende como subordinación no solo a la dirección, supervisión y sanción de los trabajadores sino también la realización de actos orientados a limitar el ejercicio del derecho de sindicación.

En cuanto al derecho de negociación colectiva, la inspección debe verificar el curso que han seguido estas así como la conducta asumida por el empleador y las empresas que destacan o desplazan personal a la Unidad de Producción, estén o no dentro del ámbito de negociación colectiva. En este aspecto por ejemplo podría ser materia de la constatación si a los trabajadores no sujetos a negociación colectiva perciben mejores condiciones remunerativas o cuentan con mejores condiciones de trabajo, aún cuando establecer que si ello ocurre podría implicar una conducta antisindical, resultaría una conclusión cuando menos opinable.

Finalmente en cuanto al derecho de huelga, la inspección tendría que verificar la conducta de la empresa principal así como las terceras ante una situación de huelga, así como si existen actos de injerencia o represalia por el empleador y si en el caso de una huelga se sustituye a los trabajadores que se encuentran acatando dicha medida. Respecto de la actividad inspectiva sobre esta materia consideramos que existe error en la Directiva cuando se establece que el inspector debe *"evaluar"* si existen actos de injerencia o represalia, toda vez que la función que deben cumplir los inspectores es la de comprobación o constatación (LGIT arts. 13° tercer párrafo, 16° segundo párrafo, 45° b, 46° a; Rgto. artículos 7° a, 7° 2, 13° 1, 17° 2 c, entre otros). El término evaluar significa "señalar el valor de algo; estimar, apreciar, calcular el valor de algo"[59], en tanto que el término *"constatar"* significa "comprobar un hecho, establecer su veracidad, dar constancia de él"[60]. En consecuencia no es competencia de la inspección efectuar *evaluaciones*, sino, exclusivamente dar cuenta de los hechos *constatados*, y cómo es que han sido *constatados* o *comprobados*. De otro lado en lo que respecta a la prohibición de sustitución de trabajadores en huelga, debe tenerse en cuenta que dicha prohibición opera siempre y cuando la huelga sea legal, no si es ilegal porque estaríamos frente a una paralización sin respaldo de la Constitución y la Ley.

b. En cuanto a la prohibición de la simple provisión de trabajadores, tratándose de una tercerización de servicios, los inspectores deben evaluar si la empresa que presta dicho servicio cuenta con autonomía empresarial, es decir si: (i) presta sus servicios por su cuenta y riesgo, que la Directiva conceptúa como que si realiza sus actividades "sin contar con la dirección específica de las otras empresas de la unidad productiva"; (ii) si cuenta con recursos propios, financieros, técnicos y materiales. De hecho se constata un primer error porque tanto el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, tal como quedó modificado por el Decreto Supremo N° 020-2007-TR como la actual ley, se refiere a recursos "... técnicos *o* materiales", no *y*. Se indica sobre este aspecto que las empresas que prestan el servicio de tercerización desplazando trabajadores debe ser propietaria de los bienes que utiliza para prestar el servicio, permitiéndose el uso excepcional de bienes de terceros "... que no son de la empresa principal o de alguna empresa vinculada". Este aspecto de la Directiva tendrá que ser materia de modificación a fin de adecuarse a las normas vigentes toda vez que si bien la ley habla de *propios* recursos financieros técnicos y materiales; como elementos indiciarios de la autonomía empresarial, señala la propia ley, que simplemente cuente *con equipamiento*, sin especificar de que deben ser propios, lo

(59) Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo Segunda Edición, Tomo V, p. 685.
(60) Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo Segunda Edición, Tomo III, p. 427.

que es desarrollado por la norma reglamentaria en el artículo 4.3 según el cual "se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos que utilizan los trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquella", señalando además que "cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral" (véanse nuestros comentarios al artículo 4° del Reglamento); (iii) existe responsabilidad por el resultado de las actividades; (iv) se pague directamente la remuneración y beneficios sociales a sus trabajadores desplazados; (v) los trabajadores se encuentren bajo su exclusiva subordinación, señalándose como carencia de este requisito la existencia de situaciones como la forma de retribución de la obra o servicio que evidencie que se trata de una simple provisión de personal, como por ejemplo si la retribución del contrato civil o mercantil se determina simplemente en función del número de trabajadores desplazados, lo que podría llevar a concluir que se está frente a un supuesto de intermediación laboral prohibido; (vi) igualmente ocurriría si se constata que la dirección o fiscalización de los trabajadores desplazados no se encuentra a cargo de sus empleadores; y, (vii) respecto de la pluralidad de clientes tendrá que verificarse lo que ocurre en el presente o la situación del pasado a fin de establecer que se trata de una actividad empresarial genuina que tiene por objeto captar clientes. Este es un aspecto de la Directiva que tendrá que adecuarse tanto a la ley como al Decreto Legislativo y norma reglamentaria vigentes. (véanse nuestros comentarios efectuados anteriormente).

De comprobarse que existe autonomía empresarial por parte de las empresas que prestan servicios de tercerización, entonces la inspección debe verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales.

Directiva 003

Esta Directiva que se refiere preferentemente a la inspección en supuestos de tercerización de servicios por lo que, consecuentemente, se tendrá que tener en cuenta de manera conjunta con la Directiva anterior. Tiene por objeto: (i) fiscalizar el cumplimiento por parte de la empresa principal o usuaria los requisitos formales y sustanciales previstos en la Ley de Intermediación Laboral y su Reglamento, en los supuestos de concretarse una vinculación de esa naturaleza, es decir intermediación laboral; (ii) en los casos de tercerización o subcontratación de servicios, se debe verificar si se cumplen con los elementos exigidos por la norma (se tiene que actualizar esta Directiva de acuerdo con la legislación vigente). En esta parte de la Directiva se señala que "si el inspector del trabajo constata que no se han cumplido *con todos* los requisitos previstos en dicho artículo, en aplicación del principio de primacía de la realidad ... concluirá que se ha simulado la condición de empresa contratista o subcontratista, y, por lo tanto entenderá que los supuestos trabajadores de la empresa contratista o subcontratista, desde el inicio de la prestación de sus servicios mantienen vínculos de naturaleza laboral con la empresa usuaria, expidiendo la medida inspectiva correspondiente". Consideramos que tal norma era equívoca pues el artículo 4° del Rgto. de la Ley de Intermediación Laboral, a nuestro criterio no podía ser interpretado en ese sentido sino en el mismo sentido en que la norma vigente lo establece, nos referimos al artículo 3° del Reglamento en que expresamente se señala que "para efectos de la Ley,

los cuatro requisitos señalados en el primer párrafo del artículo 2° de la misma son copulativos. La inexistencia de uno, cualquiera de ellos, desvirtúa la tercerización". Entonces esta Directiva debe actualizarse.

5. Finalización de las actuaciones inspectivas

Finalizadas las actuaciones de investigación o comprobatorias, los inspectores actuantes emitirán el informe interno sobre las actuaciones realizadas y sus resultados. Asimismo se emitirá informe por escrito dirigido a las autoridades, órganos y personas solicitantes cuando las actuaciones tengan su origen en una orden emitida por las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, o de los órganos de la administración pública competentes en materia de inspección del trabajo, u otros órganos del Sector Público o de cualquier órgano jurisdiccional; o que provenga de una denuncia o a petición de los empleadores y los trabajadores. En todo caso deberá respetarse el deber de confidencialidad; y, en acatamiento del deber del secreto profesional, no se informará sobre el resultado de las actuaciones a los denunciantes que no puedan tener la condición de interesados en el procedimiento sancionador.

Si como consecuencia de haberse dispuesto una medida inspectiva y efectuada la verificación correspondiente se comprueba el cumplimiento de la misma, se procederá a decretar el cierre del expediente.(61)

El cierre del expediente será dispuesto, bajo responsabilidad por los supervisores, inspectores o directivos que disponga la Autoridad Central del Sistema de Inspección del Trabajo, según sea el caso, siempre que la inspección hubiese cumplido su finalidad, salvo que concurran circunstancias que imposibiliten la actuación de la inspección, por presentarse la comisión de infracciones a la labor inspectiva que pongan en peligro la salud y el bienestar de los inspectores. En este último caso, de ser pertinente, se deberá remitir copia certificada de lo actuado al Procurador Público del Sector para que proceda a interponer la denuncia penal correspondiente ante el Ministerio Público.

Finalmente el cumplimiento total de los requerimientos efectuados como consecuencia de las actuaciones inspectivas motiva el cierre del expediente y la elaboración del informe respectivo sin que se extienda acta de infracción.(62)

V. CONCLUSIONES

1. Primacía de la realidad

1. El Derecho del Trabajo tiene su razón de ser en la protección normativa que proporciona a la parte más débil de la relación contractual: el trabajador, de tal modo de evitar o cuando menos suavizar o limitar las imposiciones exageradas o abusivas que pueda plantear el empleador al inicio de la relación laboral y/o durante su ejecución. En consecuencia la tuición propia de esta rama del derecho corresponde en esencia a la ley, en su sentido lato, siendo las autoridades administrativas y judiciales, de acuerdo a su competencia, los operadores de dicha tuición normativa.

(61) Reglamento, artículo 17.5
(62) Reglamento, artículos 17.7 y 17.8

2. El principio de primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos (Américo Plá Rodríguez). Indudablemente este principio tiene sustento en el principio protector.

3. El escenario de la inspección laboral en nuestro país cambió dramáticamente desde el Decreto Legislativo N° 910 que entró en vigencia el 1° de julio de 2001, pues, anteriormente a él, desde la perspectiva de los trabajadores muchas veces resultó frustrante. Bastaba que se argumentara que determinada actuación inspectiva suponía la aplicación del principio de primacía de la realidad, como por ejemplo, que un contrato de locación de servicios ocultara una verdadera relación laboral o que se tratara de una materia controvertible, para que el inspector se tuviera que inhibir, expidiendo en el mejor de los casos copia de lo constatado, para que el trabajador, con base a este documento planteara su demanda ante el juez para que este resuelva finalmente. Es decir, se podía tener el derecho pero hacerlo valer resultaba muy difícil, trayendo como consecuencia una situación de desprotección de la parte más débil del contrato de trabajo.

4. La incorporación expresa de la aplicación del principio de primacía de la realidad por el Decreto Legislativo N° 910 ha permitido, desde su vigencia en sede administrativa, determinar la existencia de un contrato de trabajo ahí donde evidentemente se simule uno de naturaleza civil (locación de servicios o de obra), o mercantil (comisión mercantil o prestación de servicios a través de una empresa pantalla), para cuyo efecto se establecieron una serie de presunciones; sin perjuicio de la aplicación de este principio a otros numerosos supuestos.

5. Desde la vigencia del Decreto Legislativo N° 910, sucede entonces exactamente lo contrario: si el empleador no está de acuerdo en la forma que la autoridad de inspección aplica el principio de primacía de la realidad, tendrá derecho de apelar en sede administrativa y luego, de ser el caso, buscar se revise lo resuelto en dicha sede, a través del juez, vía Proceso Contencioso Administrativo. Es decir, la tuición al trabajador desde la vigencia del Decreto Legislativo N° 910, es más efectiva.

6. A diferencia de lo que ocurrió con el Decreto Legislativo N° 910, la Ley General de Inspección del Trabajo N° 28806, vigente desde el 17 de octubre de 2006, no contempla presunciones para la aplicación de este principio que tengan como finalidad establecer la existencia de un contrato de trabajo, lo que significa una aplicación irrestricta del mismo.

7. La aplicación del principio de primacía de la realidad demanda de parte de los inspectores una adecuada capacitación, a fin de evitar excesos, y además, resulta fundamental que dicha aplicación se sustente en los hechos constatados y verificados, y no en criterios subjetivos.

8. Como un medio para controlar los excesos en que vendría incurriendo la Autoridad de Inspección, según denuncias de connotados laboralistas y de revistas especializadas, resulta de especial importancia la publicidad de las resoluciones que emita como consecuencia de las inspecciones que realiza a fin de que se sometan al escrutinio público y a la crítica de los especialistas, en atención a la norma constitucional según la cual es derecho de toda persona formular análisis críticos de las resoluciones

y sentencias judiciales, precepto que se extiende al ámbito administrativo, según interpretación del Tribunal Constitucional.

9. De acuerdo a las investigaciones realizadas, el principio de primacía de la realidad se viene utilizando en la inspección de trabajo casi exclusivamente para establecer la existencia del contrato de trabajo, lo que resulta insuficiente y preocupante, habida cuenta que existen innumerables supuestos en los que se debe aplicar dicho principio.

Intermediación laboral

10. En el Perú, el primer antecedente sobre lo que hoy conocemos como intermediación laboral estuvo constituido por el Decreto Ley N° 22126 de 21 de marzo de 1978, dictado en la época del Presidente Morales Bermúdez sobre estabilidad laboral, en cuyo artículo 27° se prohibió la prestación de servicios en empleos permanentes por personal pagado por empleador distinto, excepto en los casos de servicios de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, eventos temporales y otros análogos.

11. En la década del 90 se produjo una importante reforma laboral en nuestro país que tuvo por objeto no solo modernizar la legislación laboral pre-existente concentrándolas en un número reducido de leyes para facilitar su manejo y comprensión, sino también flexibilizar las rigideces en que se habían incurrido a partir de la década del 70, impropias de un mundo que había entrado a una etapa de apertura ilimitada de mercados (globalización) y de una competencia igualmente sin límites, que obliga a que las empresas se encuentren en la posibilidad de adecuarse rápidamente a las necesidades del mercado para no sucumbir, con la pérdida que ello significa de puestos de trabajo.

Para ello, el Decreto Legislativo N° 728, proporcionó a los empresarios o posibles empleadores una amplia gama de posibilidades de contratación, tanto de manera directa como indirecta. Respecto de esta última, en el Título VI se reguló la actividad de las denominadas "Empresas Especiales", las cuales fueron de dos tipos: (i) "Empresas de Servicios Temporales"; y, (ii) "Empresas de Servicios Complementarios".

Las Empresas de Servicios Temporales se podían constituir bajo los requisitos establecidos en la ley con el objeto de desplazar personal a la empresa usuaria para prestar cualquiera de los servicios previstos para los contratos sujetos a modalidad, teniendo como límite que no más del 20% del total de la planilla de la empresa usuaria podía ser destacada por este tipo de empresas.

Se permitió además que las Cooperativas de Trabajadores, podían prestar este tipo de servicios a las empresas usuarias destacando socios trabajadores, siempre que en conjunto con las Empresas de Servicios Temporales no superaran el límite antes indicado; pero, a diferencia de la Empresa de Servicios Temporales, las Cooperativas de Trabajadores podían también desplazar socios trabajadores para prestar servicios *principales* y *permanentes* de la empresa usuaria.

Lamentablemente muchos empleadores no comprendieron los alcances de la reforma y tanto ellos como las Empresas de Servicios Temporales que se crearon y muchas de las Cooperativas de Trabajadores que surgieron de inmediato desvirtuaron el objetivo de esta legislación flexible, a tales niveles que muchas de las Empresas de Servicios Temporales que sabían que solo podían destacar personal para prestar

servicios temporales desplazaron a trabajadores para prestar servicios principales y permanentes, contando con la anuencia y aceptación de las empresas usuarias y aprovechándose ambos de las carencias de la inspección laboral.

Hubo pues, y hay que decirlo con toda claridad, una grave irresponsabilidad empresarial y también una dejadez imperdonable por parte del Ejecutivo al no dotar al Ministerio de Trabajo de los recursos necesarios a fin de que cuente con un cuerpo inspectivo sólido y bien capacitado que garantice el cumplimiento de las normas laborales.

13. La intermediación laboral de servicios temporales conforme a la Ley vigente N° 27626 de 14 de diciembre de 2001, consiste en el destaque de trabajadores a la empresa usuaria a fin de que cumplan labores exclusivamente de naturaleza ocasional (distintas a las actividades habituales del centro de trabajo), o de suplencia, bajo la dirección y supervisión de la empresa usuaria.

La intermediación laboral de servicios complementarios, vigente, es aquella actividad de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza. La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria.

Las empresas que prestan este tipo de intermediación deben asumir plena autonomía técnica y ser responsables del desarrollo de sus actividades. La intermediación de servicios complementarios de alta especialización, pero de carácter auxiliar, secundario o no vinculado a la actividad principal, exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos, o particularmente calificados, tales como el mantenimiento y saneamiento especializados, para cuyo efecto destaca su personal a una empresa usuaria, en la que esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado.

14. Desde un punto de vista estrictamente técnico la ley vigente no debió incorporar como empresas de intermediación laboral a las empresas de servicios complementarios ordinarios o especializados, toda vez que la doctrina y la propia OIT consideran que la verdadera intermediación laboral es aquella que se limita a proporcionar personal a la empresa usuaria encontrándose dicho personal bajo la dirección y supervisión directa de esta última y no de su empleador, a quien solo le queda el atributo de aplicar la facultad sancionadora.

Tercerización de servicios

15. El objeto de la ley es regular los casos en que procede la tercerización, los requisitos, derechos y obligaciones, así como las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalizan el uso de este método de vinculación empresarial.

16. El *outsourcing* puro, o *verdadero outsourcing, es* la tercerización de servicios principales que realiza una empresa (usuaria o principal) que contrata a otra que presta el servicio de tercerización, sin desplazamiento de trabajadores a la empresa contratante de dichos servicios.

17. A nivel de la OIT no existe un pronunciamiento definitivo sobre el tema, es decir, no se ha aprobado convenio alguno. El intento de hacerlo en la 86ª Reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo celebrada en Ginebra en Junio de 1998 no prosperó por falta de consenso.

18. La reciente Ley N° 29245 de 23 de junio de 2008, establece que constituyen tercerización de servicios, *entre otros*, los contratos de gerencia, conforme a le Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa (*outsourcing*), los contratos que tiene por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo, siendo una modalidad de la tercerización de servicios la subcontratación cuando las empresas que presten servicios de tercerización subcontraten, siempre y cuando la subcontratista cumpla con los requisitos establecidos en la ley.

19. Es el Reglamento en su artículo 1°, sobre definiciones, que contempla una definición coherente sobre la materia al definirla 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".

20. La ley no ha definido el ámbito al que se aplica la norma sobre tercerización de servicios o servicios de tercerización, con lo cual existía la duda si, además de comprender a las empresas del sector privado, también lo hacía respecto de las entidades del Estado, que en la realidad de los hechos no solo recurre a las empresas de intermediación laboral sino que terceriza algunos de sus servicios principales con las restricciones que establece la Constitución y las leyes de desarrollo respectivas. Sin embargo es el Reglamento el que se ha encargado de despejar toda duda sobre este tema, pues señala que "la tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia".

21. En consecuencia, conforme al Reglamento, la ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores se encuentren sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con *desplazamiento continuo* de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.

22. De la revisión efectuada de la doctrina, fundamentalmente nacional, se puede advertir, que se pretende limitar al outsourcing o tercerización de servicios a las *actividades principales pero periféricas o auxiliares de la empresa principal o usuaria*, indicándose de manera genérica que las actividades *nucleares* quedan reservadas para ser ejecutadas directamente por la empresa principal o usuaria. En otros términos esta doctrina estaría sosteniendo que las actividades esenciales no podrían ser tercerizadas.

23. Dicha doctrina ha tenido impacto en algunos pronunciamientos emitidos por el Poder Judicial, aún cuando, felizmente no existe criterio uniforme, pues en otros pronunciamientos se ha respetado el marco normativo que no establece limitaciones a la tercerización de actividades principales.

24. En consecuencia, salvo que la ley basada en norma constitucional establezca de manera expresa limitaciones a la tercerización por la naturaleza de las actividades que se

desarrollan, la decisión de tercerizar total o parcialmente las actividades productivas o de servicios depende del dueño del negocio, quien obviamente retendrá aquella actividad que considere importante a sus intereses, toda vez que si no reservara alguna es porque dejó de ser dueño del negocio; pero la actividad que retiene para sí responde única y exclusivamente a su decisión subjetiva y no puede ser impuesta ni determinada, dentro del marco constitucional y legal vigentes, ni por la ley ni por la Autoridad Administrativa de Trabajo y tampoco por decisión jurisdiccional. Así lo debería establecer la Corte suprema de la República en resolución con carecer vinculante a fin de otorgar la seguridad jurídica que requiere el desarrollo de las actividades de las empresas que tienen este tipo de vinculación.

25. El artículo 9° de la ley estableció que "La empresa principal que contrate la tercerización de 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 devengadas por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral". Lo cierto es que el Decreto Legislativo N° 1038, publicado al día siguiente de la ley, hizo eco parcial de los reclamos empresariales, restringiendo el ámbito de la solidaridad únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por *norma legal*, excluyendo a los de origen convencional o unilateral (art. 3°).

26. La solidaridad entre las empresas principales o usuarias de los servicios de tercerización y estas últimas, lo que persigue es que las primeras pongan especial cuidado cuando se vinculan con empresas que le van a prestar tales servicios a fin de contratar aquellas que sean realmente formales y por ende cumplidoras de sus obligaciones en general y las laborales y de seguridad social en particular, pues al fin y al cabo lo que tutela la ley es el derecho de los trabajadores desplazados a fin de que no vean vulnerados los derechos antes mencionados.

27. El artículo 7° del Reglamento desarrolla el tema de la responsabilidad solidaria establecida en la ley y lo extiende, pues señala que esta responsabilidad alcanza no solo al empresario principal, sino al contratista y al subcontratista. Adviértase que la ley solo se refiere a la empresa principal y a la empresa tercerizadora, mas no a los subcontratistas que puede utilizar la empresa tercerizadora para cumplir los servicios de tercerización a favor de la empresa principal. Esta *ampliación* de la responsabilidad solidaria por una norma de jerarquía menor a la ley, podría ser cuestionada judicialmente porque ya hemos visto que la solidaridad solo puede ser establecida por acuerdo expreso entre las partes o por ley.

Actuaciones inspectivas

28. La Inspección del trabajo es un servicio público a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden socio laboral y de la seguridad social, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, orientar y asesorar técnicamente en dichas materias, todo ello de conformidad con el Convenio N° 81 de la Organización Internacional de Trabajo, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13284, de 15 de diciembre de 1959.

29 Con fecha 28 de septiembre de 2007 se expidieron las directivas N° 002 y 003-2007/MTPE/2/11.4 por la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo, la primera se titula "Directiva Nacional para la Ejecución del Programa Nacional de Fiscalización de las Unidades de Producción de las Empresas" y la segunda "Lineamientos para la Obtención de Información y Verificación de Empresas Contratistas y Subcontratistas en el Desarrollo de Inspecciones del Trabajo a Nivel Nacional", las mismas que deberían unificarse y actualizarse teniendo en cuenta las nuevas disposiciones dictadas sobre la materia. Igualmente se debe actualizar el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo en estas materias.

Octubre 2008

ALCANCES Y LÍMITES DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO. LOS CRITERIOS PARA EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN EL PERÚ

FERNANDO GARCÍA GRANARA[1]

1. PRESENTACIÓN

El análisis de los alcances y límites de la inspección requiere de un enfoque integral de los diferentes factores que inciden en su funcionamiento y efectividad. Entre otros, la base normativa de su institucionalidad (estructura, funciones, procedimiento y sanciones), la gestión administrativa de la organización y los recursos asignados, un estatuto que brinde seguridad al personal de la inspección, la actuación de los inspectores de trabajo en la aplicación de la legislación, la generación de una jurisprudencia administrativa que brinde información y previsibilidad acerca de los criterios de la inspección y una cooperación interinstitucional en la que puedan participar los actores sociales.[2]

(1) Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Técnico Principal del Proyecto de Fortalecimiento del Servicio Civil de la Inspección del Trabajo para Honduras y El Salvador de la Organización Internacional del Trabajo. Las opiniones vertidas en el presente documento son de naturaleza personal y no comprometen a la OIT.

(2) "*El establecimiento de una cooperación interinstitucional y de una colaboración multilateral es inherente a la propia noción de sistema de administración. Conforme al planteamiento sistémico de toda función que apunte a lograr un todo que sea mayor que la suma de sus partes, la eficacia de la inspección dependerá en buena medida de su capacidad para funcionar en interacción con el entorno socioeconómico en cuyo seno se ejerce*". **CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO**. 95° Reunión. 2006. **Inspección del Trabajo**. Ginebra. 2006. página 57. No obstante, existe una separación de funciones en la Administración Pública, que marca una diferencia de objetivos y de actuación incluso con los interlocutores sociales.

Tan importante como la reforma normativa y las instituciones jurídicas que incorpora a la legislación interna, es la gestión administrativa de la inspección y el cuerpo de inspectores que la va a aplicar.

Este es precisamente el fundamento de la idea de sistema y de su funcionamiento integrado, "*como concepto holístico coherente pero al mismo tiempo flexible que contiene elementos como integración administrativa, integración de procedimientos, e integración técnica (de carácter multidisciplinario)*[3]" y recoge uno de los cambios trascendentes que ha incorporado la Ley General de Inspección del Trabajo (LGIT) desde octubre de 2006, según la cual el sistema integrado de inspección es un sistema único, polivalente e integrado a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo[4]. Ya el Convenio 81 de la OIT, Convenio relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio, ratificado por el Perú a través de la Resolución Legislativa N° 13284 (1/2/1964) reconoce que todo miembro de la OIT que haya ratificado el Convenio "*deberá mantener un sistema de inspección del trabajo*".

En efecto, la LGIT creó el Sistema de Inspección del Trabajo, *"constituido por el conjunto de normas, órganos, servidores públicos y medios que contribuyen al adecuado cumplimiento de la normativa laboral (...) y cuantas materias le sean atribuidas"*(Art. 1°) con principios ordenadores que le son propios, es decir, comprende diferentes elementos que deben operar en conjunto. Al tiempo de crear el SIT, se modificó sustancialmente el procedimiento de inspección distinguiendo entre la investigación a cargo del inspector de trabajo y el procedimiento sancionador que instruye la administración para la revisión y pronunciamiento sobre la infracción y la respectiva sanción. Es en la etapa de investigación en la que se reflejan las facultades del inspector de trabajo, su autoridad y decisión para la calificación jurídica de los hechos verificados, incluyendo la atribución de asignar plazos, o dictar medias inspectivas luego de la calificación de la infracción. En términos legales, el inspector de trabajo tiene la atribución para calificar un hecho, dictar medidas inspectivas, requerir su cumplimiento por el empleador y proponer una sanción.

La inspección constituye uno de los ejes centrales en una política pública de cumplimiento laboral y de tutela a través de la vigilancia y del asesoramiento técnico a empleadores y trabajadores para la prevención de riesgos y de incumplimientos. Aunque su competencia es de carácter administrativo – se convierte en judicial cuando se revisa ex post la decisión administrativa - los casos sometidos a su decisión originan un pronunciamiento sobre la aplicación de la ley al caso concreto, convirtiéndose así en un canal de atención de los reclamos y en un verdadero mecanismo de prevención y solución de conflictos laborales. Los trabajadores pueden recurrir al Poder Judicial antes o después de la inspección, sea con una acción directa en vía de demanda judicial o en una revisión de las decisiones administrativas en el procedimiento de inspección a través de una acción contencioso administrativa.

(3) ALBRACHT, Gerd. Sistemas integrados de inspección del trabajo: la estrategia de la OIT. En Educación Obrera. Los grandes desafíos mundiales de la inspección del trabajo. Ginebra. OIT. N| 140-141, Julio – diciembre. 2005. Página 73.

(4) Como se recoge en el artículo 1 y en el Título I sobre el "Sistema de Inspección del Trabajo" en la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, del 22 de julio de 2006, en vigencia a partir del de octubre de 2006. En el mismo sentido, el artículo 18 de la LGIT señala que "*el sistema de inspección del Trabajo se organiza con sujeción a los principios de sistema único, polivalente e integrado en dependencia directa de la Autoridad Central de Inspección.*"

Como consecuencia de esta autoridad y actuación, la inspección se convierte en un poderoso instrumento de prevención, de conocimiento de la realidad laboral, de acercamiento del Estado a los actores sociales, de solución de irregularidades, al tiempo que su efectividad brinda legitimidad a la legislación sustantiva que aplica y a través de la visita tiene una influencia directa en las relaciones laborales[5]. Desde esta perspectiva, la inspección es un mecanismo de orientación, de control del cumplimiento, de tutela y de solución de conflictos.

El presente trabajo se dirige a destacar un aspecto de la reforma de la inspección en el Perú, básico en la determinación de sus límites y alcances en el curso de casi dos años de su aplicación[6]: los criterios del inspector de trabajo en el ejercicio de sus facultades de supervisión y calificación del cumplimiento laboral.

En primer lugar, se revisará la atribución legal de decisión de los inspectores de trabajo en la investigación, pues además de las facultades que establece el Convenio N° 81, la LGIT reconoce determinadas atribuciones a los inspectores de trabajo tanto en la visita de inspección como en la determinación de las medidas inspectivas que dependen del criterio del inspector y cuyo ejercicio incide directamente en la efectividad y reconocimiento de la inspección. En realidad, la decisión del inspector tiene un marco legal y al mismo tiempo una gran dosis de calificación personal, sin perjuicio del procedimiento sancionador que se inicie una vez concluida la investigación. En nuestra opinión, aunque los inspectores tienen flexibilidad en su actuación, hay diferentes aspectos que influyen y a los que deben ajustar su decisión: (i) las facultades legales que le han sido reconocidas, (ii) el modelo generalista que le atribuye una competencia general a la inspección y al inspector, (iii) los principios rectores de la inspección con base en la Constitución, en el Convenio 81 y en la propia LGIT, (iv) los requisitos lógicos y legales de las actas de infracción en relación con los hechos comprobados; y (V) la actuación e instrucciones de la Autoridad Central de Inspección (vi) la división territorial de competencias de modo que los inspectores requieren unificación de criterios e instrumentos idóneos para tal fin.

En segundo lugar, las estadísticas desde el inicio de la aplicación de la LGIT muestran la progresiva utilización de las mayores facultades de los inspectores y ponen en evidencia que la inspección del trabajo es recurrida por determinados tipos de reclamos utilizándose la inspección para la solución del conflicto o de situaciones irregulares o de prevención de conflictos con la presencia del inspector de trabajo. En la práctica, la inspección es un mecanismo de prevención y solución de conflictos en sede administrativa.

(5) De mejora "*inmediata*" a través de la visita del centro de trabajo como un momento único de control de la norma laboral en sus diferentes aspectos, califica con precisión **VEGA RUIZ**, Maria Luz. Administración del Trabajo: Asegurar la gobernanza a través de la aplicación de la ley en América Latina. El papel central de la inspección del trabajo. Inédito. En proceso de publicación. Organización Internacional del Trabajo. 2008.

(6) La LGIT entró en vigencia en octubre de 2006. La preparación y programación de actividades del nuevo sistema de inspección, la puesta en práctica de un programa de estadísticas en Lima y en algunas regiones, así como la creación de sistema de estadísticas a nivel nacional requirió los meses de octubre y noviembre de 2006. Las primeras inspecciones de aplicación de la nueva ley fueron de asesoría técnica a partir de noviembre de 2006.

2. EL FORTALECIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE INSPECCIÓN Y DE LA ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO

La inspección representa una atribución estatal de control administrativo del cumplimiento de la ley, que *"se materializa, en general, en el establecimiento de contactos, de vínculos, de la Administración con la realidad, en la que aquella adopta una conducta activa de comprobación de la adecuación del ser al deber ser, esto es, orientada a la supervisión de aquella realidad"*(7). Como tal se ejerce un servicio público, como lo reconoce el Convenio N° 81, Convenio sobre la Inspección del Trabajo en la industria y el comercio; el Convenio N° 129, Convenio relativo a la inspección del trabajo en la agricultura y se desarrolla a través de los Ministerios de Trabajo en concordancia con el Convenio N° 150.

Estas competencias se encuentran incorporadas en la legislación interna de los países convirtiéndose en políticas públicas asumidas por cada Estado en los Ministerios de Trabajo, que están sujetas a las prioridades del Estado, a los recursos asignados a los Ministerios para el cumplimiento de estas funciones.

En tal sentido, las experiencias de mejora de los sistemas de inspección se vinculan directamente al fortalecimiento de las instituciones del Estado y al mejoramiento de los servicios públicos que se brinda a los ciudadanos. A la inversa, un Estado que no tiene un servicio público eficiente no goza de credibilidad y está sujeto a la crítica ciudadana. Por ello, en estos casos, el fortalecimiento de la inspección va indisolublemente ligada al fortalecimiento de la institucionalidad, del servicio público y de los Ministerios de Trabajo.

En efecto, las experiencias de reforma del Estado que se han producido en nuestros países tienen una incidencia directa en la inspección del trabajo, sea con la reorganización de las instituciones y procedimientos, la reducción de personal y redefinición de sus funciones, incidiendo en la determinación de políticas de inspección, en su organización y eficacia.

En la actualidad, la inspección del trabajo ha cobrado una notable importancia a nivel mundial. Hay una variedad de razones que sustentan las experiencias de reforma y de fortalecimiento de los sistemas de inspección en los países de América y en el mundo, y a su vez generan nuevos requerimientos a la inspección en cuanto a su función, competencia y actuación.

En America, expresa JATOBA, *"existen diversos procesos y experiencias de modernización de los sistemas de inspección del trabajo en el continente que reflejan una preocupación generalizada"* de modernización. Y agrega, que *"cada una de ellas responde a puntos de partida, estados de desarrollo económico y social, historias y contextos absolutamente distintos y por ende experiencias cuyo valor dependerá respecto del avance logrado sobre su propia performance, mas que en términos comparativos."*(8)

(7) **GONZALES BIEDMA, Eduardo.** La inspección del trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral. ARANZADI Editorial. España. 1999. página 34.

(8) Pasa revista a las experiencias de Argentina, Canadá, Chile, Costa Rica, Estados Unidos, México, República Dominicana y Venezuela. **JATOBA, Vera.** Inspección del Trabajo en el marco de la modernización de la Administración del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. N° 148. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Proyecto CIMT-OIT.

Las reformas en los sistemas de inspección se vinculan a los cambios producidos en la organización del trabajo y en la legislación sustantiva y procesal del trabajo, la apertura comercial de los mercados y economías nacionales, los tratados de libre comercio, generan nuevas políticas y respuestas estatales en cuanto a la inspección del trabajo y en general al cumplimiento laboral que se incorpora como fundamento de una política laboral, económica y de desarrollo social.

Por otro lado, diferentes acuerdos comerciales celebrados por Estados Unidos de América contienen capítulos laborales en los que se acuerda la garantía de los derechos mínimos laborales internacionalmente reconocidos y la fiscalización de la legislación laboral para garantizar la aplicación de la legislación interna y que esta no sea utilizada como un mecanismo de promoción del comercio o la inversión a través de la reducción de la protección laboral.(9)

La experiencia del CAFTA DR ha generado en Centroamérica diferentes compromisos estatales y medidas concretas y progresivas dirigidas a promover una cultura de cumplimiento de las normas laborales y fortalecer la administración del trabajo(10), en la que la modernización de la inspección del trabajo aparece como un elemento central. Esta obligación también se incorpora en los Tratados de Libre Comercio de Chile, Singapur, Jordania, Marruecos.(11)

Hay además nuevos retos de la inspección que deben tener una respuesta rápida, originados, como indica VON RICHTHOFEN en el crecimiento de nuevas tecnologías, nuevos riesgos laborales, la fragmentación del mercado de trabajo que se aprecia en la organización económica y en la estructura empresarial como por ejemplo en la subcontratación de servicios, y una debilidad de los actores sociales generada por la apertura del comercio y la reducción de la actividad sindical, todos ellos dentro de un contexto de globalización(12). En realidad, la globalización marca un cambio tan radical que las instituciones jurídicas y sociales deben ser redefinidas para atender los efectos que origina, especialmente por la necesidad de garantizar la atención de la protección social.

En un contexto de cambios en el mundo del trabajo, que van a continuar se hace necesario como lo plantea la OIT "aumentar la protección de los trabajadores, lo cual requiere a su vez un reconocimiento específico de las responsabilidades mas complejas de la inspección del trabajo y de la necesidad de definir el alcance de las necesidades de los trabajadores, el mandato y las prioridades. Es también fundamental que la inspección sea

(9) Al respecto, nos remitimos a nuestro trabajo Cumplimiento Laboral y Comercio Internacional. A propósito del Tratado Libre Comercio. Ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. SPDTSS. 2004. página 93 y siguientes.

(10) Como se establece en el documento conocido como Libro Blanco: "La Dimensión Laboral en Centroamérica y la República Dominicana. Construyendo el progreso: Reforzando el cumplimiento y potenciando las capacidades". Se identificaron como prioridades regionales y recomendaciones en cuanto a la organización y recursos de los Ministerios de Trabajo, la Administración de la Justicia Laboral, Género y Discriminación, peores formas de trabajo infantil y fomento de una cultura de cumplimiento.

(11) A título de información sobre los contenidos de los TLCs véase GARCIA, Fernando. Obra citada. Página 92-93.

(12) **VON RICHTHOFEN, Wolfang.** La inspección del trabajo. Guía de la Profesión. Colección Informes OIT. N° 65. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid 200. páginas 91 y siguientes.

fuerte e imparcial, esté informada, adecuadamente dotada de recursos, organizadas y dirigida y capaz de adaptarse a los cambios y capacitada para cumplir con su cometido." (13)

Más aún otro de los desafíos de la inspección del trabajo es la supervisión de las relaciones laborales en la informalidad, de modo que pueda ser reconocida la protección de derechos laborales y de seguridad social, problemática que no es exclusiva de la materia laboral sino que comprende falta de formalidad de otras reglas, incluyendo las tributarias, comerciales, etc.(14) En el campo de la formalidad laboral la inspección y la administración del trabajo deben extender su actuación, de modo que "*servicios de inspección deben tener la competencia funcional y organizarse de tal manera que cubran la vigilancia del cumplimiento de todas las disposiciones legales*,(15) relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión".

3. EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE LOS INSPECTORES DE TRABAJO

El Perú no ha sido la excepción a las experiencias de reformas y fortalecimiento de la inspección del trabajo y de la Administración del Trabajo. No se originan en estricto por la celebración del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y el Perú, aprobado en diciembre de 2007, aunque este originará un requerimiento de cumplimiento efectivo de las normas laborales que debe impulsar la inspección del trabajo y al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo(16).

Los cambios centrales comprenden todos los aspectos que conforman el sistema de inspección: la distinción entre la actuación de investigación y el procedimiento sancionador, el reconocimiento de la función de asesoría técnica de la inspección, el establecimiento de un estatuto de los inspectores de trabajo, una gestión administrativa y una nueva organización de la inspección (planificación, publicidad, información estadística, entre otros). Precisamente la existencia de un nuevo procedimiento de inspección determina una actuación diferente y mayores facultades de los inspectores de trabajo, por lo que algunas de estas adquieren relevancia y aplicación con el nuevo procedimiento de inspección.

En efecto, el Convenio No 81, Convenio relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio reconoce que todo miembro de la OIT que haya ratificado el Convenio *"deberá mantener un sistema de inspección del trabajo"*. Establece que el sistema de inspección estará encargado de velar por el *"cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores"*, así como *"facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir con las disposiciones legales"*. Recoge facultades de los inspectores de trabajo incluyendo las atribuciones para adoptar medidas de aplicación inmediata en caso de peligro para la vida y salud de los trabajadores (Art. 13), además de la constitución de una

(13) Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª reunión, 2006. Obra citada. Página 123.
(14) Como anota DAZA, el sistema de inspección debidamente dotado de recursos, debe extender sus actuaciones a todos los establecimientos, en todos los sectores, para hacer realidad los derechos de los trabajadores. **DAZA PEREZ, José Luis.** Economía Informal, trabajo no declarado y Administración del Trabajo. Documento N° 9. Dialogue. Junio 2005. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Página58.
(15) Obra citada. Página 59.
(16) Véase nuestro artículo TLC y cumplimiento Laboral. Análisis Laboral. AELE. Enero 2008.

autoridad central (Art. 4), un estatuto de los inspectores (artículo 6°) y reconoce la facultad discrecional de los inspectores de trabajo de advertir y aconsejar, en vez de iniciar un procedimiento. (Art.17.2). Estas atribuciones ya se encontraban reconocidas en el Convenio 81 por lo que han sido aplicables a partir de su ratificación por el Perú en 1960.

La LGIT contiene un conjunto de atribuciones que consolida las facultades contenidas en el Convenio 81 y aquellas que se derivan de la aplicación del nuevo procedimiento de inspección. Como expresan TOYAMA y UGAZ, la LGIT *"contiene un elenco abierto de facultades y prerrogativas de los inspectores que tienen su fuente en el Estado Social de nuestro sistema jurídico y que importa la necesidad del Estado de intervenir en las relaciones laborales dado el carácter, además, protector o tuitivo del Derecho Laboral"*.(17)

En adición a este fundamento, las mayores atribuciones, la flexibilidad en la decisión que tiene el inspector y la autoridad en la decisión de medidas inspectivas, no proviene exclusivamente del Convenio 81 sino del procedimiento de inspección en el que en la investigación debe calificarse la infracción y la apertura que tiene la LGIT en un modelo generalista que se basa en la actuación del inspector de trabajo para la calificación de la infracción. En este sentido, la aplicación de estas facultades depende del criterio del inspector que debe sustentar debidamente su decisión. No obstante, las medidas inspectivas solo estarán sujetas a una revisión y eventual cuestionamiento en el procedimiento sancionador, es decir, una vez concluida la investigación y cuando el inspector extienda el acta de infracción.

3.1. Las facultades de los inspectores de trabajo.- Una primera referencia a las facultades de los inspectores de trabajo proviene de su reconocimiento expreso en el aludido Convenio 81. Las facultades reconocidas en el Convenio 81 son de ingreso libre a los establecimientos, ingreso de día y de noche a cualquier lugar en el que exista un motivo razonable para someterlo a inspección, la realización de cualquier prueba, investigación o examen que consideren necesario para cerciorarse de que las disposiciones legales se observan estrictamente, incluyendo interrogatorios, presentación de libros y documentación, colocación de avisos, tomar muestras de substancias y materiales (Artículo 12).

Estas facultades han estado contempladas en la legislación peruana con el Decreto Supremo N° 004-96-TR, sigue en la LGIDT y también la LGIT (artículo 5°). No obstante, la LGIT tiene particularidades con relación al interrogatorio a cargo del inspector que puede realizarlo de la forma que estime más conveniente a efectos de guardar la confidencialidad y evitar las represalias del empleador, habilitando la entrevista individual con el trabajador y sin presencia del empleador. Además se detalla la documentación que puede ser objeto de petición al empleador.

Una comparación de las facultades del inspector de trabajo partiendo del Convenio 81 y en las normas vigentes en el Perú desde el Decreto Supremo N° 004-96-TR, la Ley General de Inspección y Defensa del Trabajador (Decreto legislativo N° 910 del 17.03.01) como en la actual Ley General de Inspección del Trabajo, Ley N° 28806, muestra un reconocimiento de las mismas facultades a los inspectores en concordancia con el Convenio 81. No obstante, la LGIT, además desarrollar en detalle las facultades ya establecidas, regula

(17) Comentando el artículo 5° de la LGIT sobre facultades del inspector. **TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y UGAZ OLIVARES, Mauro.** Comentarios a la Ley General de Inspección del Trabajo. Análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica. Lima. Junio 2008. Página 61.

concretamente la aplicación de las medidas inspectivas que se aplican en el nuevo procedimiento de inspección.

3.2. Las facultades del inspector vinculadas al procedimiento de inspección.- En el procedimiento de inspección se habilita al inspector, en su caso, una vez finalizadas las diligencias inspectivas, a adoptar, cualesquiera de tres medidas, además de otras de aplicación inmediata. Estas medidas dependen de la decisión del inspector y que algunas de ellas encuentran referencia directa en el Convenio 81 y en la legislación anterior, pero es la primera vez y con ocasión del nuevo procedimiento de inspección, que puede examinarse en conjunto su aplicación y actuación:

- *Aconsejar y recomendar* la adopción de medidas para promover el mejor y más adecuado cumplimiento de las normas sociolaborales. En realidad, esta es una medida que ya se encontraba prevista en el Convenio 81 cuando se indica que los inspectores de trabajo tendrán la facultad discrecional de advertir y de aconsejar, en vez de iniciar o recomendar un procedimiento (Art. 17.2. Convenio 81). Adviértase que corresponde al inspector decidir de modo discrecional entre una advertencia y recomendación y el inicio de un procedimiento.
- La *advertencia* al sujeto responsable, en vez de extender acta de infracción, cuando las circunstancias del caso así lo ameriten, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores, facultad que se encontraba prevista en el Convenio 81 (Art. 17.2) y por tanto en la legislación nacional. En este caso, se verifica una infracción pero el inspector decide no extender un acta de infracción e iniciar un procedimiento sancionador sino hacer una advertencia, que puede ser nuevamente objeto de revisión. La ley establece como criterio para la advertencia que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores.
- El *requerimiento* al sujeto responsable para que en un plazo determinado adopte medidas en orden al cumplimiento de la normativa, o realice modificaciones que sean precisas en las instalaciones, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la salud o la seguridad de los trabajadores. Aquí se trata de dos supuestos: la infracción en la normativa socio laboral y en las disposiciones de seguridad y salud en el trabajo.

Con mayor desarrollo el Reglamento de la LGIT regula los supuestos a que se refieren estas tres medidas, e incluso establece un mecanismo de seguimiento e instrucción a cargo de la Autoridad Central de Inspección (arts. 18, 20 y artículo 21). En el caso de las medidas de requerimiento, el reglamento precisa que son órdenes dispuestas para el cumplimiento de las normas socio laborales y de seguridad y salud en el trabajo. Con la modificación introducida por el Decreto Supremo Nº 019-2007-TR (1/9/2007), se establece que estas medidas pueden consistir en una orden de registro en planillas, se abone las remuneraciones y beneficios laborales pendientes de pago, se establezca que un contrato de trabajo sujeto a modalidad es a plazo indeterminado y la continuidad de un trabajador cuando corresponda, la paralización o prohibición inmediata de trabajo o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. En este artículo se recogen supuestos de la aplicación concreta de las atribuciones del inspector de trabajo, que reflejan una calificación jurídica

de los hechos, la aplicación de la ley y la aplicación del principio de primacía de la realidad, cuando corresponda.

Así, la norma reglamentaria de setiembre de 2007 refuerza las facultades del inspector recogidas de modo general en la LGIT y delimita supuestos concretos de órdenes del inspector, que deben ser ejecutadas pues las medidas de requerimiento (también las de advertencia) no son susceptibles de impugnación salvo en el procedimiento sancionador que se inicia luego de concluida la investigación. (Art. 20 Rgto).

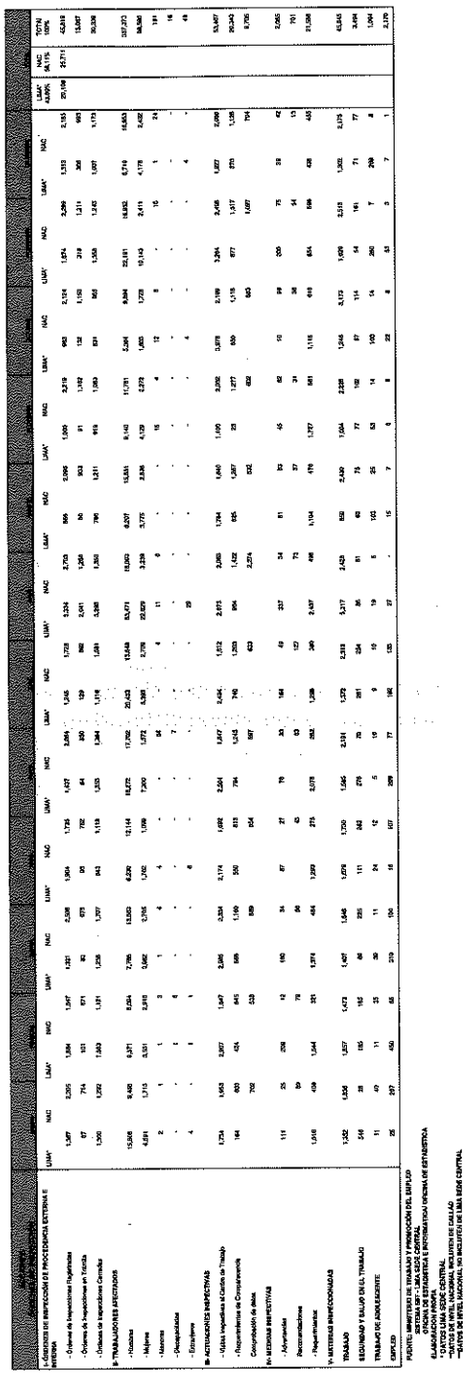
Luego de la aplicación de alguna de estas medidas el inspector puede iniciar al procedimiento sancionador mediante la extensión de las actas de infracción o de infracción por obstrucción a la labor inspectiva. Según el artículo 17 del Rgto de no haberse atendido la medida inspectiva, se extenderá el acta de infracción, que está constituida por un informe de las actuaciones respectivas que debe cumplir requisitos. No obstante, el acta de infracción es posterior a la decisión y aplicación de las medidas inspectivas.

El procedimiento precisamente se divide en la etapa de investigación en la que el inspector investiga, comprueba y puede ordenar las medidas inspectivas y la etapa del procedimiento sancionador, en la que no participa el inspector, pero que por las actuaciones y órdenes dictadas se predetermina el curso del expediente. En efecto, en el procedimiento sancionador deberán tomarse en consideración las comprobaciones efectuadas, las pruebas, y el informe del inspector que precisamente debe hacer un recuento y una sustentación de los fundamentos de las decisiones y órdenes dispuestas.

Adviértase entonces como a través de las medidas el inspector decide el tratamiento del caso particular y califica los hechos producidos. Lo que interesa advertir es cuales son los criterios de esa calificación con los que cuenta el inspector, pues la ley y el reglamento solo establecen atribuciones y reglas generales.

Cuadro N° 1

ÓRDENES DE INSPECCIÓN POR MESES, SEGÚN ACCIONES
2007



Cuadro N° 2

ÓRDENES DE INSPECCIÓN POR MESES, SEGÚN ACCIONES
I SEMESTRE 2008

(CIFRAS PRELIMINARES)

ENERO		FEBRERO		MARZO		ABRIL		MAYO		JUNIO		TOTAL		
ACCIONES DE INSPECCIÓN	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA* 42.18%	NAC 58.82%	TOTAL
I- ÓRDENES DE INSPECCIÓN DE PROCEDENCIA EXTERNA E INTERNA															
- Órdenes de Inspecciones Registradas	1,824	2,001	2,187	1,829	1,666	2,160	1,208	2,256	1,411	2,116	1,389	2,536	9,885	12,990	22,845
- Órdenes de Inspecciones en Trámite	292	1,400	875	1,091	511	1,667	315	1,509	260	1,543	722	1,965			11,531
- Órdenes de Inspecciones Cerradas	1,531	894	1,492	705	1,355	833	993	894	1,151	764	667	1,092			12,333
II- TRABAJADORES AFECTADOS															
- Hombres	22,220	11,500	10,937	8,388	8,667	9,948	3,407	13,764	19,923	20,555	4,402	21,324			155,345
- Mujeres	11,507	1,628	8,603	1,006	4,012	1,481	2,090	4,960	5,283	4,492	1,222	3,456			49,955
- Menores	19	-	-	14	27	18	8	19	-	26	29	43			199
- Discapacitados	-	1	-	2	9	-	-	-	-	-	-	1			13
- Extranjeros	-	1	-	1	27	-	-	-	-	-	3	1			33
III- ACTUACIONES INSPECTIVAS															
- Visitas Inspectivas al Centro de Trabajo	6,082	2,150	4,394	1,849	3,845	2,606	4,005	2,096	3,832	2,338	2,825	2,852			36,977
- Requerimientos de Comparecencia	1,825	1,424	1,215	1,243	1,008	1,361	1,230	1,341	682	1,807	875	1,709			16,390
Comparación de datos		604		593		625		601		1,047		1,027			5,497
IV- MEDIDAS INSPECTIVAS															
- Advertencias	59	45	17	45	41	61	6	55	35	84	-	126			584
Recomendatorios		19	-	15		69		42		62		47			229
- Requerimientos	1,184	997	978	997	912	495	809	474	372	537	309	553			7,356
V- MATERIAS INSPECCIONADAS															
TRABAJO	1,750	2,205	2,213	2,145	1,937	2,274	1,481	1,879	1,583	2,201	1,587	2,156			23,412
SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO	436	297	523	350	273	361	183	348	249	229	219	242			3,630
TRABAJO DE ADOLESCENTE	606	33	674	29	844	96	345	30	255	35	497	71			3,666
EMPLEO	25	2	19	-	32	-	13	70	62	-	25	125			393

FUENTE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO
SISTEMA SIIT - LIMA SEDE CENTRAL
OFICINA DE ESTADISTICA E INFORMATICA/ OFICINA DE ESTADISTICA
ELABORACION PROPIA
* DATOS LIMA SEDE CENTRAL
**DATOS DE NIVEL NACIONAL, NO INCLUYEN LIMA SEDE CENTRAL

3.3. Utilización práctica de las medidas inspectivas

De las tres medidas inspectivas, la más utilizada por los inspectores es la de requerimiento, seguida de la advertencia, y en tercer lugar la recomendación.

Como se aprecia en el Cuadro N° 1, Ordenes de inspección, Año 2007, solo en el año 2007 se aplicaron 24,384 medidas inspectivas de las cuales 21,598 han sido requerimientos, lo que representa un 88.57% del total, mientras que las medidas de advertencia llegaron a 2,085, lo que representa 8.55% del total y las recomendaciones a 701, que representan un 2.88 % del total.

Esta tendencia se mantiene en el primer semestre de 2008 (enero–junio) como se aprecia en el Cuadro N° 2, Ordenes de inspección, I semestre del 2008. El total de medidas inspectivas llega a 8,068 y se mantiene la aplicación mayoritaria de requerimientos que llegan a 7,258 representando un 89.96% del total, quedando la advertencia con 584 (7.24%) y la recomendación con solo 226 casos, o sea un 2.80%.

La medida inspectiva de recomendación tiene utilización marginal (2.88 en el 2007 y 2.80 en el 2008). Ello no debe confundirse con la función de orientación y asesoramiento técnico que se realiza de modo independiente. Empero, no es posible hacer generalizaciones con esta información, pues bien puede deberse a la concurrencia de incumplimientos de las empresas que solo llevarían a hacer requerimientos, dejando de lado la recomendación que se orienta a una asesoría y de acercamiento al empleador.

aplicaron 24,384 medidas inspectivas, es decir, un 53.22 % de observaciones. En el primer semestre de 2008 esta tendencia se reduce, pues de las 22,485 órdenes de inspección, se aplicaron 8,068 medidas inspectivas, es decir, 35.88% de observaciones. Con estos datos, puede adelantarse que el nivel de infracciones calificada por la inspección del trabajo es alto (53.22% en el 2007 y 35.88% en el 2008). Es necesario contar con un procesamiento de esta información en detalle a efectos de contar con datos precisos y actuales sobre la actuación de la inspección, tarea que debe asumir la Autoridad Central.

De otro lado, los niveles de observación se relativizan cuando se comparan las actuaciones inspectivas (visitas de inspección y requerimiento de comparecencia) con las medidas inspectivas (advertencia, recomendación y requerimiento). En el año 2007, las actuaciones inspectivas llegaron a 73,750 (53,407 visitas y 20,343 comparecencias) originando 21,588 requerimientos por infracción, es decir, un 29.27%de observaciones; mientras que en el año 2008, los actuaciones inspectivas han sido 52,367 (36,977 visitas y 15,390 comparecencias) y 7,258 requerimientos, es decir un 13.86% de infracciones.

3.4. Las medidas de inmediata aplicación

El Convenio 81 establece la adopción de medidas de aplicación inmediata aplicación inmediata, en caso de peligro inminente para la salud o seguridad de los trabajadores. (Art. 13.2.b.). En concordancia con esta atribución, la LGIT establece como facultad del inspector "*ordenar la paralización o prohibición inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores*". (Art. 5.6). Por su parte, el artículo 15 de la LGOT establece que la inmediata paralización o la prohibición de trabajos o tareas, puede ser ordenada cuando *a juicio del inspector*, la inobservancia sobre prevención de riesgos implique un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, conforme a los requisitos y procedimientos del reglamento. (Art. 15. LGIT).

Precisa el reglamento que estas órdenes serán "*inmediatamente ejecutadas; sin perjuicio de los derechos que correspondan a los trabajadores afectados*". (art. 21.2 rgto). Según esta misma disposición, deben identificarse los hechos comprobados, la gravedad e inminencia, el sujeto responsable y los trabajos cuya paralización o prohibición se ordena, como requisitos de procedencia de la orden.

Esta facultad ya existía en la LGIDT pero la LGIT la incorpora con una regulación especial tanto en la Ley como en el reglamento. No se aprecia información sobre las medidas de aplicación inmediata en la estadística.

4. El sistema generalista de inspección: su recepción en la LGIT.

4.1. Los sistemas de inspección y su competencia.- En términos generales, pueden distinguirse tres sistemas de inspección: los generalistas, especialistas y de equipos multidisciplinarios.

Los generalistas "*configuran sistemas en los que los inspectores gozan de un amplio mandato" y dentro de este grupo," los servicios de inspección del trabajo tienen atribuidas amplias competencias, que abarcan no solo la salud y seguridad en el trabajo, sino también la jornada de trabajo, las vacaciones y otros asuntos conectados con la*

protección social de los trabajadores como las condiciones de los trabajadores y el empleo ilegal"[18]. En este tipo de inspección, "*se privilegia la aplicación de decisiones administrativas más que la asesoría o la capacitación y se centra en el conocimiento de leyes y reglamentos*"[19].

Por su parte, los sistemas de especialistas, "*pretende describir aquellos sistemas que abordan fundamentalmente una sola de estas funciones principales de la inspección del trabajo – normalmente, la salud y la seguridad en el trabajo y el entorno laboral.*"[20]

El tercer sistema comprende a los equipos multidisciplinarios sobre la base de la seguridad y salud en el trabajo que se extiende a otros aspectos específicos de condiciones de trabajo, en el que "*prima la concertación y el asesoramiento técnico y las decisiones jurídicas aparecen solo en caso de resistencia manifiesta. Este modelo reposa en la responsabilidad de los actores sociales, muchas veces con autoridad central de carácter tripartita*"[21].

4.2. Sin perjuicio de la clasificación anterior, puede identificarse un esquema sancionador o un esquema de conformidad.- Así, "*mientras que los modelos de corte sancionador se ocupan fundamentalmente de las infracciones o violaciones punibles de las reglas y reglamentaciones, los sistemas de conformidad garantizan las compatibilidades con las disposiciones legales (..), sin recurrir necesariamente a métodos formales de control de la aplicación..*" [22]. La clasificación permite establecer los rasgos y características principales de cada sistema, y en nuestra opinión, estos rasgos determinan una organización de la inspección y un marco de actuación a los inspectores.

PIORE y SCHRANK distinguen entre el modelo latino y el modelo estadounidense: "*Dos son las diferencias fundamentales: en primer lugar, el modelo latino es un sistema general (o unificado) de inspección laboral; y en segundo lugar, se plantea de entrada el incumplimiento de una manera conciliadora y tutelar. El modelo de los Estados Unidos es impreciso y punitivo*". [23]

Como se advierte, el sistema determina una actuación del inspector, pues en un sistema generalista, el inspector requiere un mayor conocimiento de la legislación aplicable, por tanto, un perfil y una capacitación acorde con esta exigencia y una actuación de calificación que supone un criterio que depende del inspector. En este sentido, explican PIORE y SCHRANK que la principal ventaja del modelo francolatino es la flexibilidad pues los inspectores tienen una gran discrecionalidad, que presenta dos facetas: "*dados el ámbito de aplicación y complejidad del código de trabajo, resulta imposible que los inspectores apliquen el aparato normativo de manera literal; se ven obligados, en consecuencia, a decidir qué disposiciones aplican y en qué circunstancias" y además por la "libertad del inspector para elaborar un plan de cumplimiento que se vaya aplicando poco a poco.*"[24]

(18) VON RICHTHOFEN. Obra citada. Páginas 71-73.
(19) JATOBA. Obra citada. Página 18.
(20) VON RICHTHOFEN. Obra citada. Página 71.
(21) JATOBA. Obra citada. Pagina 18.
(22) Von Richthofen. Obra citada. Página 72.
(23) **PIORE, M.J. y SCHRANK, A.** Gestión de la flexibilidad e inspección del trabajo en el mundo latino. En: Revista Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. 2008 Volumen 127. Página 7.
(24) PIORE y SCHRANK. Obra citada. Página 6.

Esta flexibilidad que deriva de la discrecionalidad de los inspectores, tiene un lado negativo pues "*resulta difícil vigilar y evaluar las decisiones de un modo que garantice la coherencia y la igualdad de trato entre distintas empresas y en momentos diferentes*"[25]. A ello se agregaría la dificultad para revisar el trabajo de un mayor número de inspectores[26] y de conocer en detalle el trabajo de cada una de las regiones en el Perú. Por ello, resulta importante establecer los criterios sobre los que se organizan y sustenta la decisión de los inspectores de trabajo.

Las apreciaciones antes referidas tienen una aplicación concreta en el régimen de inspección en el Perú, pues el inspector asume la calificación de las infracciones y la aplicación de las medidas inspectivas, de modo que son los inspectores en los que descansa su aplicación práctica.

4.3. El modelo generalista en la LGIT, la aplicación de la ley y la flexibilidad del inspector

En el caso peruano se acoge un modelo generalista al asignar competencia de la inspección para la vigilancia y exigencia del cumplimiento de todo tipo de normas en el orden socio laboral en un listado que comprende ordenación del trabajo y relaciones sindicales, prevención de riesgos laborales, empleo y migraciones, promoción del empleo y formación para el trabajo, trabajo infantil, prestaciones de salud y sistema previsional, trabajo de personas con discapacidad y otras que se encomiende a la inspección. En el modelo generalista la competencia es "*de verificación de condiciones de trabajo, seguridad e higiene ocupacional y en general todo tipo de normas laborales*"[27].

En efecto, la anterior ley estableció como objeto velar por el cumplimiento de las disposiciones legales en materia laboral y la LGIT amplía esta competencia a todo tipo de normas, incluyendo las de prestaciones de salud y del sistema previsional. [28] Esta regulación predetermina un requerimiento de mayor formación, actualización y unificación de criterios a nivel nacional por parte de los inspectores de trabajo. Es más, debe determinar un requerimiento del perfil del inspector para la convocatoria de puestos, pues la formación requerida comprenderá un mayor conocimiento de la legislación a aplicar, sin perjuicio del trabajo especializado.

En la visita de inspección, el inspector no solo debe mostrar conocimiento de la legislación sino que debe aplicarla en forma estricta con una dosis de flexibilidad para determinar el plazo y una previsión de cumplimiento. Como se ha hecho notar, los inspectores gozan de discrecionalidad, pero deben sujetarse a la aplicación de la ley, de los principios ordenadores de la inspección, pero sobre todo a la constatación de los hechos que precisamente determinan

(25) PIORE y SCHRANK. Obra citada. Página 9.
(26) Según información pública del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el número de inspectores a nivel nacional es de 444.
(27) JATOBA. Obra citada. Página 18.
(28) Como hace notar ABANTO REVILLA se amplia al "*cumplimiento de las normas referidas a la seguridad social en salud y pensiones relativas a la inscripción en los en los regímenes correspondientes (públicos o privados)..*". No obstante, el carácter generalista de la inspección tiene un enfoque diferente al concepto de sistema integrado. ABANTO REVILLA, César. Comentarios a la Ley General de Inspección del Trabajo. Obra Citada. Página 247.

la consecuente aplicación de la ley. Esta función de organización y unificación de criterios, en nuestra opinión, debe ser asumida directamente la Autoridad Central de Inspección y hacerla pública con participación de empleadores, trabajadores y otras organizaciones.

4.4. La función de asesoramiento técnico. Su regulación y aplicación

Dentro de las funciones que cumple la inspección generalista en el Perú se encuentra la de asesoramiento técnico que se suma a la de verificación y que con ocasión de la LGIT ha adquirido actividad a nivel nacional.

Según el Convenio 81, (Art 3°) la inspección se encarga de controlar el cumplimiento de la ley y cumplir una función de asesoramiento. El artículo 3° señala que el sistema de inspección estará encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión; facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera mas efectiva de cumplir las disposiciones legales y poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales.

Las dos primeras funciones de la inspección vigilancia y asesoría aparecen recogidas expresamente en el artículo 1 de la LGIT con algunas precisiones a la inspección del trabajo: se trata de un servicio público, con funciones de vigilancia del cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de la seguridad social, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, orientar y asesorar técnicamente en dichas materias, de conformidad con el Convenio 81. No obstante, estas funciones tienen dos orígenes: las actuaciones de orientación que tienen una finalidad de orientación y asesoramiento técnico y las actuaciones inspectivas son previas al procedimiento sancionador.

Esta distinción aparece desarrollada en las finalidades de la inspección (art. 3 LGIT) con respecto a la vigilancia y exigencia de cumplimiento de normas (3.1) y de orientación y asistencia técnica (3.2) con especial decisión en las micro y pequeñas empresas así como en la economía informal o no estructurada, información sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y a otros órganos de del sector publico

De los cuadros N° 3 y N° 4 se observa una utilización importante de las órdenes de inspección. A nivel nacional en el año 2007 se han dictado 18, 804 órdenes de inspección de orientación, mientras que en el año 2008 son 14,431.

En Lima Sede Central se han desarrollado 10,928 inspecciones en el 2007 (61.28 % del total) y 11,909 en el 2008 (82.52% del total) evidenciando una concentración en Lima Sede Central.

De otro lado, las materias prioritarias en la orientación han sido de Trabajo (14,615 en el 2007 y 3,809 en el 2008), seguidas de Seguridad y Salud en el Trabajo (3,192 en el 2007 y 2,033 en el 2008), del total de órdenes de inspección: 16,804 en el 2007 y 14,431 en el 2008. Así, las actuaciones de orientación en trabajo representaron 86.97% de las órdenes en 2007 y 26,39% en el 2008, mientras que las de seguridad y salud en el trabajo representaron un 18,99% en el 2007 y 14,08% en el 2008.

Cuadro N° 3

ÓRDENES DE ORIENTACIÓN POR MESES, SEGÚN ACCIONES
2007

ACCIONES / ÓRDENES DE ORIENTACIÓN	ENERO		FEBRERO		MARZO		ABRIL		MAYO		JUNIO		JULIO		AGOSTO		SETIEMBRE		OCTUBRE		NOVIEMBRE		DICIEMBRE		TOTAL		TOTAL
	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA* 61.28%	NAC 38.72%	100%
I- ÓRDENES DE INSPECCIÓN DE PROCEDENCIA EXTERNA E INTERNA	19	725	343	658	403	572	751	485	1,898	855	1,519	559	162	222	44	333	10	245	916	607	1,770	585	3,198	605	10,099	6,504	16,604
- Órdenes de Inspecciones Registradas	6	303	337	221	402	197	693	124	1,152	424	1,231	287	162	155	44	117	10	255	214	515	1,767	480	3,184	94			12,324
- Órdenes de Inspecciones en Trámite	14	343	6	380	1	425	58	371	714	481	185	275	-	168	-	281	-	116	2	177	3	173	14	537			4,731
- Órdenes de Inspecciones Cerradas																											-
II- TRABAJADORES COMPRENDIDOS	3	5,441	41	3,003	156	1,782	139	2,250	1,491	3,260	900	816	174	743	43	1,239	190	1,368	96	1,485	885	2,771	854	2,710			29,673
- Hombres	3	1,083	162	1,428	491	411	439	431	1,679	696	1,276	348	142	370	34	361	50	637	48	455	562	353	1,041	1,176			13,426
- Mujeres	-	2	3	1	5	2	8	-	40	72	38	10	-	1	1	15	-	3	5	5	-	5	9	15			243
- Menores	-	-	2	-	1	-	-	-	4	-	11	-	-	-	-	1	-	-	-	-	1	-	2	2			27
- Discapacitados	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	-	-	-	1	-	-	17	-	9	6			83
- Extranjeros																											-
III- MATERIAS DE ORIENTACIÓN	-	2,164	-	1,651	1	896	97	1,108	727	1,955	721	622	71	472	-	1,213	-	251	183	1,034	313	599	12	1,544			14,816
TRABAJO	19	102	10	264	-	412	1	441	2	111	-	73	114	85	44	847	-	114	215	89	347	166	184	150			3,192
SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO	-	72	-	14	-	32	-	47	-	144	-	208	45	28	-	83	-	23	184	32	431	16	10	10			1,435
TRABAJO DE ADOLESCENTE	-	-	-	-	-	-	-	74	2	724	-	728	16	64	7	41	-	1	1	5	-	9	1	80			1,744
EMPLEO																											-

FUENTE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO
SISTEMA SRT - LIMA SEDE CENTRAL
OFICINA DE ESTADISTICA E INFORMATICA/ OFICINA DE ESTADISTICA
ELABORACION PROPIA
* DATOS LIMA SEDE CENTRAL
**DATOS DE NIVEL NACIONAL INCLUYEN DE CALLAO
***DATOS DE NIVEL NACIONAL NO INCLUYEN DE LIMA SEDE CENTRAL

Cuadro N° 4

ÓRDENES DE ORIENTACIÓN POR MESES, SEGÚN ACCIONES
I SEMESTRE 2008

(CIFRAS PRELIMINARES)

ACCIONES / ÓRDENES DE ORIENTACIÓN	ENERO		FEBRERO		MARZO		ABRIL		MAYO		JUNIO		TOTAL		TOTAL
	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA* 82.52%	NAC 17.48%	100%
I- ÓRDENES DE INSPECCIÓN DE PROCEDENCIA EXTERNA E INTERNA															
- Órdenes de Inspecciones Registradas	2,152	61	372	307	2,710	333	2,324	391	2,574	703	1,777	737	11,909	2,522	14,431
- Órdenes de Inspecciones en Trámite	2,121	18	288	78	2,709	92	2,294	108	2,555	277	1,754	169			12,448
- Órdenes de Inspecciones Cerradas	31	39	66	216	1	213	30	252	19	393	23	535			1,938
II- TRABAJADORES COMPRENDIDOS															
- Hombres	1,578	604	795	2,825	831	1,821	2,362	2,868	16,109	5,392	794	2,943			41,124
- Mujeres	1,434	60	1,001	287	539	273	1,465	755	8,865	2,203	1,775	1,260			20,018
- Menores	15	1	-	37	7	7	17	14	14	7	17	54			190
- Discapacitados	5	-	-	-	1	-	14	-	24	1	1	-			46
- Extranjeros	11	-	-	-	1	-	1	-	-	-	7	2			22
III- MATERIAS DE ORIENTACIÓN															
TRABAJO	14	123	111	585	125	456	11	306	-	768	161	1,149			3,809
SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO	77	105	241	268	21	88	106	462	32	276	26	303			2,033
TRABAJO DE ADOLESCENTE	13	32	106	67	22	52	11	32	-	35	12	254			634
EMPLEO	1	-	-	56	-	47	-	13	-	29	7	85			238

FUENTE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO
SISTEMA SRT - LIMA SEDE CENTRAL
OFICINA DE ESTADISTICA E INFORMATICA/ OFICINA DE ESTADISTICA
ELABORACION PROPIA
* DATOS LIMA SEDE CENTRAL
**DATOS A NIVEL NACIONAL NO INCLUYEN LIMA SEDE CENTRAL

5. La autonomía técnica y funcional de los inspectores

Los principios ordenadores de la inspección se encuentran establecidos el artículo 2 de la LGIT. Los inspectores deben sujetarse al principio de legalidad, con el sometimiento a la Constitución Política, las leyes, reglamentos y demás normas vigentes y al de autonomía técnica y funcional, que garantiza su independencia frente a cualquier influencia exterior indebida. Este principio se encuentra previsto en el artículo 6 del C81, entendiendo que el personal de inspección debe tener garantía de estabilidad en el empleo, con independencia de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida.

Las garantías frente a influencias externas indebidas permiten al sistema de inspección asumir un manejo técnico sujeto al caso concreto y sin presiones al momento de decidir la calificación. Empero, la actuación del inspector no es autónoma en cuanto a los criterios o a las garantías de legalidad el procedimiento. Aunque se configura una discrecionalidad de actuación existe un marco jurídico, de organización y de sistema al que debe sujetarse el inspector de trabajo. Ello se aprecia con la vigencia del principio de jerarquía, que supone una sujeción a las instrucciones y criterios técnicos de la Autoridad Central, de los principios de eficacia, unidad de función y de actuación, lealtad, pues los inspectores de trabajo, además de observar todas las disposiciones legales que regulan la actividad inspectiva, deberán ejercer las funciones y cometidos que tienen atribuidos de conformidad con los principios. (art.2 LGIT).

Más aún otras disposiciones de la ley también dar un marco de ejercicio de atribuciones, como lo precisa el art. 6, según el cual las facultades para el desempeño de todos los cometidos de la función de inspección se realiza con sujeción a los principios y disposiciones de la ley y artículo 6 del C81.

Concretamente, en relación con la autonomía técnica y función, el art. 14 señala que esta no exime a los actuantes del cumplimiento de sus obligaciones y requisitos establecidos en la ley, en particular, el cumplimiento en plazo de las órdenes de inspección, el sometimiento al control y seguimiento de actuaciones por sus superiores y nuevamente, la obligación de adecuarse a los criterios e instrucciones aplicables. Así, la autonomía alude a la garantía de evitar la influencia externa indebida (término utilizado por el Convenio 81), sujetándose a los principios ordenadores y a las instrucciones recibidas.

En tal sentido, la existencia de estas disposiciones constituye una garantía para los inspectores; para los empleadores y trabajadores, y para el sistema en general, pero no constituye un supuesto de discrecionalidad en la actuación por parte de los inspectores.

6. El razonamiento del inspector la calificación de la infracción o del cumplimiento de la normativa. Los requisitos de las actas de inspección y las actas de infracción.

La investigación descansa en la actuación del inspector de trabajo. No obstante, el inspector investiga, califica y aplica la decisión convirtiéndose así en un funcionario estatal con poder de decisión. El sistema descansa en la actuación del inspector, en forma externa en la formación del inspector con la que viene reclutado al servicio y la que adquiere merced a la inducción, capacitación y formación en el curso del servicio, los principios de actuación de los inspectores, las previsiones legales que establecen un marco de actuación del inspector y obligaciones de carácter legal y por las instrucciones generales de la Autoridad Central de Inspección.

En tal sentido, "*los inspectores de trabajo (...) son potencialmente los funcionarios públicos que en mejores condiciones se encuentran para detectar situaciones en las que puedas necesario recurrir a soluciones jurídicas con objeto de obtener mayor protección en el trabajo*". (29)

A nuestro juicio, la verificación de traslada en la práctica a las constataciones de hechos realizadas por el inspector de trabajo en la visita de inspección o en las comparecencias, que se reflejan en los informes y actas de inspección e infracción como la propia ley lo establece. Este es un requisito legal y lógico que sustenta el procedimiento de investigación y el posterior procedimiento sancionador.

En primer lugar, la actuación inspectiva verifica hechos y atribuye una consecuencia legal a través de la calificación del inspector. En este sentido, el requisito lógico y jurídico de actuación del inspector es el registro y comprobación de hechos.

En segundo lugar, el acta de infracción debe contener los hechos constatados por el inspector que motivaron el acta, la calificación de la infracción que se impute con expresión de la norma vulnerada y la graduación de la infracción. (artículo 46 LGIT).

En tercer lugar, el contenido de la resolución que se dicte en el procedimiento sancionador debe "estar debidamente fundamentada, precisándose el motivo de la sanción, la norma legal o convencional incumplida y los trabajadores afectados (art. 48LGIT). Es decir,

(29) Inspección del Trabajo. Obra citada. Página

la resolución recoge los mismos requisitos que el acta de infracción y el acta de infracción. A más de lo señalado, las garantías constitucionales del debido proceso requieren de una motivación que "*permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria, sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes*". El TC sostiene que "*un acto administrativo dictado al amparo de una facultad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando solo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión, de modo que (...) motivar una decisión no solo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta – pero suficiente – las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada*" (30). Siendo así, la conclusión debe estar ajustada (lógica y jurídicamente) a los hechos constatados como exigencia constitucional y legal de la motivación de la Administración.

Coincidimos con TOYAMA, cuando señala que los inspectores deben señalar los hechos que constituyen infracción, porque de no hacerlo "*la calificación derivaría de su apreciación subjetiva y no de hechos objetivos y concretos*".(31)

La anterior es independiente de las garantías constitucionales de actuación de la administración y de las presunciones que puede refutar el contenido de la verificación.

7. El papel de la Autoridad Central de Inspección

El papel de la Autoridad Central adquiere en este enfoque una mayor importancia, pues es una instancia que debe controlar la actuación del sistema de inspección, incluyendo la dirección, supervisión y unificación de criterios de los inspectores de trabajo y de las resoluciones dictadas en el procedimiento sancionador. En este sentido, su acción es determinante en el establecimiento de los criterios a nivel nacional, no solo se actuación sino criterios de interpretación y aplicación de las normas legales.

A continuación, hacemos un recuento de estas atribuciones y responsabilidades de la Autoridad Central a fin de destacar su control, evaluación y establecimiento de líneas de actuación de los inspectores. Es decir, la Autoridad Central establece reglas para la aplicación de la norma en la inspección.

7.1. En primer lugar el SIT se organiza con sujeción a los principios de sistema único, polivalente e integrado en dependencia técnica directa de la Autoridad Central de Inspección del Trabajo. (Art 18 LGIT). En este caso, la Autoridad Central del Sistema de Inspección se ejerce por la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo a la que corresponde el ejercicio de las funciones de dirección, organización, coordinaciones, planificación, seguimiento y control de la actuación y el funcionamiento del sistema de inspección, según lo establece el artículo 19 de la LGIT.

7.2. En virtud del principio de jerarquía, la Autoridad Central establece las instrucciones y criterios técnicos interpretativos para el desarrollo de la función inspectiva, a nivel

(30) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. 4289-2004-AA/TC del 17 de febrero de 2005.

(31) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. La presunción de certeza del acta inspectiva y de inocencia del empleador. En. Revista Análisis Laboral. Julio, 2002. Página 56. En el mismo sentido, Toyama y Ugaz. Comentarios a la Ley General de Inspección. Obra citada. Página 67 y 68.

nacional como en las regiones. (artículo 2.5 LGIT). Este principio ordenador del sistema de inspección del trabajo, atribuye a la DNIT la responsabilidad de evaluar el funcionamiento y dictar las medidas correspondientes tanto a nivel de organización interna como a nivel de norma jurídica.

En este último supuesto, se han dictado cinco Directivas Nacionales en el año 2007: lineamientos para las actuaciones en contratos a plazo fijo (Directiva N° 001-2007), subcontratación (N° 002-2007), unidades productivas (N° 003-2007), procedimiento sancionador en caso de desplazamiento físico del inspector (N° 004-2007) e inspección en construcción civil (N° 005-2007). En el 2008 la Directiva sobre sanción a aplicar en caso de falta de entrega del boletín de información sobre afiliación pensionaria (N° 001-2008).

Las directivas tiene carácter vinculante para todo el sistema de inspección y para los supervisores, inspectores y auxiliares de inspección a nivel nacional, estableciendo reglas para la verificación, aspectos a comprobar, procedimiento a seguir y aplicación de criterios legales a los que debe ajustarse el inspector de trabajo, aunque limitadas a las materias que comprende la Directiva. Se trata a nuestro juicio, con independencia de los criterios jurídicos que asume, una manera práctica y general de establecer criterios vinculantes para todos los inspectores a nivel nacional, especialmente en aquellas materias en las que se requiere de especialización y la unificación de criterios de actuación y aplicación.

7.3. Además de estas Directivas y Lineamientos antes referidos, los inspectores de trabajo desarrollarán la totalidad de los cometidos que tienen atribuidos, bajo las directrices técnicas de la Autoridad Central y en dependencia orgánica directa de los directivos de la inspección territorial y, en su caso, supervisores del equipo a que pertenezcan.

7.4. La inspección debe procurar la colaboración de las diversas organizaciones del sector público y de organizaciones de trabajadores y empleadores. La información debe ser objeto de evaluación y publicidad por parte de la Autoridad Central, la que facilitará información sobre aspectos de interés general que se deduzcan de las actuaciones inspectivas, memorias de actividades y demás antecedentes, a las organizaciones sindicales y de empleadores.

7.5. La asignación de los inspectores.- Esta es una de las atribuciones que permite el desplazamiento de inspectores a otra región, a efectos de incrementar su número, complementar acciones, o realizar inspecciones especializadas o por encargo de la autoridad. La Autoridad Central puede disponer – y de hecho así ha sido aplicado – la realización de actuaciones fuera de los límites territoriales, ya sea mediante la agregación temporal de inspectores o mediante la asignación de actuaciones inspectivas a determinados inspectores. Esta atribución es vital para garantizar la presencia de inspectores y de las funciones de orientación y control en los lugares en los que existe un escaso numero de inspectores o que requieren de apoyo técnico y de recursos. No se conoce información pública sobre estas medidas y los efectos logrados, siendo necesaria la evaluación de su utilización pues generan la utilización de mayores recursos (pasajes, viáticos y trámites administrativos) y de tiempo de los inspectores, quienes deben dedicarse a estas funciones hasta concluir con la investigación. El sustento técnico es necesario en este tipo de tareas teniendo en cuenta que no se dirigen a sustituir la inspección del ámbito territorial sino a complementarlo o fortalecerlo.

7.6. Las normas reglamentarias de la LGIT también contienen referencias expresas a las atribuciones de la Autoridad Central respecto de la actuación de los inspectores y a la evaluación periódica de los criterios de aplicación de medidas inspectivas así como el ejercicio de las facultades inspectivas, expidiendo las Directivas correspondientes a adoptando las acciones correctivas necesarias.

7.7. Como se aprecia, la Autoridad Central de Inspección tiene reservado un papel de evaluación, instrucción, y planificación de la labor de los inspectores de trabajo, al que los inspectores deben seguimiento de acuerdo al principio ordenador de la jerarquía. Mas aún, tomando en cuenta que el SIT se organiza en función de una distribución de competencias por territorios (regionales y zonales) no solo existe necesidad de unificación de los criterios de actuación de los inspectores a nivel nacional sino de los funcionarios que resuelven los procedimientos de inspección, pues cada región conserva la atribución de resolver en primera y segunda instancia los casos sometidos a su revisión, de modo que es legalmente posible que una región pueda tener criterios jurídicos diferentes para resolver un caso. La función de la Autoridad Central debe incidir en estos casos a efectos de organizar en forma adecuada el SIT.[32]

8. Los resultados de la aplicación de la LGIT. Una revisión de las estadísticas

8.1. Una primera constatación (Véase cuadros 1 y 2) es la recurrencia de las órdenes de inspección en Lima Sede Central, que concentra prácticamente el 50% de las órdenes frente a todas las regiones a nivel nacional. Sin perjuicio de la diferencia de recursos y de personal de cada región la inspección es esencialmente centralizada y se realiza en la capital.

8.2. En cuanto a las actuaciones inspectivas, la LGIT estableció en adición a la visita, dos actuaciones: el requerimiento de comparecencia y la comprobación de datos. Especialmente la primera representa un cambio sustancial y una herramienta de efectividad y de mayor cobertura de la inspección pues no existe un desplazamiento físico del inspector sino la citación al empleador ante el Inspector actuante para aportar documentación y/o efectuar las aclaraciones pertinentes, mientras que en la comprobación de datos se requiere de la verificación de información en las entidades del sector público.

Como se observa en los cuadros 1 y 2, la visita sigue siendo la principal actuación inspectiva (53,407) con el 63,99% del total de las actuaciones en el año 2007 y 36,977 en el curso del presente año 2008, que representa un 64% del total.

El requerimiento de comparecencia representa en el año 2007 (20,343 requrimientos) un 24,37% del total de actuaciones y un 26,63%% en el curso del año 2008 (15,390 requerimientos). En 2008 su utilización debe ser destacada advirtiéndose un notable aumento entre el año 2007 en que comenzó a aplicarse y las actuaciones en el curso del año 2008, pues frente a los 20,343 requerimientos producidos en el año 2007 solo en el primer semestre del presente año de 2008 (enero – junio) se han realizado 15,390. Ello refleja la aplicación de la nueva regulación a partir de enero de 2007 y el aumento de su utilización en los meses siguientes.

(32) Se encuentra en revisión en la Comisión de Trabajo del Congreso de la República un proyecto de ley para la creación del recurso de revisión en instancia nacional a cargo de la Dirección Nacional de Inspecciones del MTPE. La evaluación debe ponderar el interés por la unificación de criterios y la duración del procedimiento sancionador cuya dilación afecta la eficacia de la inspección y la solución de conflictos.

No obstante, la estadística demuestra además que el requerimiento es más utilizado en las regiones que en Lima, en que la preferencia se inclina por la visita de inspección.

Llama la atención la poca recurrencia de la actuación de comprobación de datos o antecedentes que obren en el Sector Publico que es mínima. No existe información pero puede deberse a la necesidad de contar con mayor acceso a los datos del sector público, lo que requiere entonces de una mayor coordinación y trabajo conjunto con otros organismos del sector público. En este sentido, un trabajo integrado con el Seguro Social, o actuaciones en materia de control de algunos sectores (caso de la minería) podría ser aprovechado para una mayor presencia de la inspección y para la organización de un trabajo conjunto.

8.3. La información estadística vincula la inspección con peticiones que requieren ser canalizadas como consecuencia de la necesidad de solución de conflictos. En efecto, como se aprecia en los cuadros 5 y 6 las materias específicas de reclamos son: el despido arbitrario constituye la principal acción de la inspección, representando un % de todas las materias, seguida por contratos de trabajo con un % y primacía de la realidad con un . El rubro Otros, comprende los aspectos relativos a remuneraciones y aquellos que no se encuentras vinculados a las obligaciones derivadas de un contrato de trabajo. Esta información es general y dependería de la calificación del inspector del trabajo sobre el tipo de denuncia. Una denuncia en la que se van a revisar diferentes documentos o beneficios en una empresa podría ser calificada como otros, salvo que sea una materia concreta.

Ahora bien, la actividad central de la inspección se concentra en la verificación de reclamos vinculados al despido arbitrario y a la primacía de la realidad, en este último caso, con prioridad en el reconocimiento de un contrato de trabajo. En el año 2008 en despido arbitrario se presentó un 30,4% de actuaciones en materia de trabajo, mientras que un 11.4% en primacía de la realidad. No contamos con datos en detalle respecto de 2007. Se observa entonces que casi un 50% de la actuación inspectiva se concentra en despidos arbitrarios y calificación de contratos de trabajo, lo que deberá originar la puesta en práctica de planes y programas de verificación en materia de inspección[33], pero al mismo tiempo revisar el sistema de "atención" y solución de conflictos desde esta perspectiva.

En nuestra opinión, estos datos permiten establecer que el encauzamiento del reclamo laboral individual y colectivo encuentra en la inspección del trabajo un mecanismo de verificación y cumplimiento y que el sistema de solución de conflictos a través de la conciliación y del reclamo judicial debe abrir canales de información y solución en cuanto a estas materias.

8.4. Las estadísticas relativas al trámite de los expedientes sancionadores y al tipo de infracción sancionada por la Inspección del Trabajo se aprecia de los Cuadros 7 y 8.

En el año 2007 se tramitaron 3,238 expedientes sancionadores, mientras que el primer semestre de 2008 se ha tramitado 4,496 notándose un incremento sustancial en la dedicación

(33) La reforma del reglamento a través del D.S. 019-2007-TR en su artículo 6, segundo párrafo tuvo por objeto habilitar a los auxiliares de inspección, con prescindencia del número de trabajadores del empleador, se encuentran facultados para realizar actuaciones inspectivas, con la finalidad de verificar el despido arbitrario por negativa injustificada del empleador de permitir el ingreso al centro de trabajo o de labores, así como realizar actuaciones para el otorgamiento de la constancia de cese. Esta disposición evidencia una primera adecuación a la mayor recurrencia de la inspección para la revisión de casos de despido arbitrario.

a las resoluciones. Del mismo modo, mientras que en el 2007 se dictaron 1,330 resoluciones sancionadoras, en el 2008 se han dictado hasta junio 2,371.

Esta información – que refleja la actuación de la inspección en el expediente sancionador – evidencia una notable diferencia entre la actuación de comprobación o investigación (primera etapa del procedimiento) y el resultado del procedimiento sancionador. Es de advertir que frente al número de órdenes de inspección y las medidas inspectivas, las resoluciones sancionadoras representan un número menor, lo que puede reflejar dos supuestos absolutamente distintos: o los empleadores cumplen con subsanar los requerimientos laborales y se archiva el procedimento sancionador (o no se llega a iniciar) o hay un mayor tiempo de duración del trámite del procedimiento sancionador que requiere de personal y de análisis de las actas de infracción y de las pruebas del expediente administrativo. Esta es una información que no se desprende de la estadística y que ciertamente incide en el funcionamiento de la inspección.

8.4. En cuanto al tipo de infracción, los cuadros 7 y 8 muestran una distinción entre las infracciones leves (incumplimiento de obligaciones meramente formales), graves (actos contrarios a los derechos de los trabajadores o se afecte la labor inspectiva) y muy graves (afectación de derechos de especial trascendencia o trabajadores protegidos). Tanto en el año 2007 como en el año 2008 las infracciones graves son las mas sancionadas (2,231 en el 2007 que representan el 46,31% y 2,552 en el 2008 con un 43,5%). Las faltas muy graves representan un 29,99% en el año 2007 (1,444) y un 38% en el 2008 (2,228). Esta información pone en evidencia el tipo de infracción cometida, que es de mayoritariamente grave y muy grave comprendiendo más del 80% de las infracciones y debe originar una mayor dedicación en las materias objeto de infracción. Nuevamente, la información debe ser integrada al sistema de solución de conflictos.

9. A modo de balance y conclusión

Es necesario un enfoque integral de los elementos que conforman la inspección del trabajo para conocer su funcionamiento y su eficiencia. Las mayores facultades del inspector para la actuación y calificación requieren de la identificación de los hechos que determinan la aplicación de la ley, en concordancia con los principios ordenadores de la inspección.

El modelo generalista de inspección del trabajo en el Perú, caracterizado por la competencia para la verificación de todo tipo de normas laborales y de seguridad y salud en el trabajo incide en la actuación de los inspectores al abrir el campo de actuación y de conocimiento sobre las materias a verificar. Este modelo generalista brinda una flexibilidad de actuación a los inspectores en la verificación y en el plan de cumplimiento de las obligaciones laborales, e igualmente requiere de una motivación respecto de los hechos y de la conclusión sobre la infracción.

La actuación de los inspectores de trabajo se sujeta a los principios ordenadores y a una sujeción a instrucciones y directivas de la Autoridad Central que son complementarios a una autonomía técnica y funcional, que les brinda garantías de actuación frente a influencias externas indebidas. No obstante, el funcionamiento del SIT requiere que los criterios y el ejercicio de las facultades de los inspectores se unifiquen a nivel nacional y que sean de conocimiento público con el propósito de lograr eficiencia y previsibilidad sobre el cumplimiento.

Cuadro N° 5

NIVEL NACIONAL*
ÓRDENES DE INSPECCIÓN POR MESES, SEGÚN ACCIONES
I SEMESTRE 2008

ACCIONES / ÓRDENES DE INSPECCIÓN	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	TOTAL	%
V- MATERIAS INSPECCIONADAS								
TRABAJO								100%
- Despido Arbitrario	840	644	823	701	534	607	3,949	30.4%
- Contratos de Trabajo	374	429	324	334	392	400	2,253	17.3%
- Primacía de la Realidad	283	247	260	215	228	254	1,487	11.4%
- Trabajo Forzoso y Discriminación	2	3	6	23	2	38	74	0.6%
- Otros	806	822	1,061	605	1,045	899	5,238	40.3%
SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO								100%
- Seguridad y Salud en el Trabajo	164	137	224	237	132	169	1,063	60.6%
- Seguro Trabajo de Riesgo	133	113	157	111	97	73	684	39.2%
TRABAJO DE ADOLESCENTE								100%
-Autorización de Trabajo de Adolescente	33	28	64	30	33	40	228	86.4%
- Trabajo Infantil	-	1	2	-	2	31	36	13.6%
EMPLEO								100%
-Capacitación Modalidades Formativas	2	-	-	7	-	125	134	100%
- Empleo	-	-	-	-	-	-	-	0%

FUENTE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO
OFICINA DE ESTADISTICA E INFORMATICA/ OFICINA DE ESTADISTICA
ELABORACION PROPIA
* NO INCLUYE INFORMACIÓN DE LIMA (SEDE CENTRAL - SIIT)

Cuadro N° 6

LIMA SEDE CENTRAL
ÓRDENES DE INSPECCIÓN POR MESES, SEGÚN ACCIONES
I SEMESTRE 2008

ACCIONES / ÓRDENES DE INSPECCIÓN	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	TOTAL	%
V- MATERIAS INSPECCIONADAS								100%
TRABAJO	1,750	2,213	1,837	1,461	1,583	1,567	10,411	65.38%
SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO	436	523	273	163	249	219	1,883	11.82%
TRABAJO DE ADOLESCENTE	609	674	844	345	265	497	3,434	21.57%
EMPLEO	25	19	32	13	82	25	196	1.23%

FUENTE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO
OFICINA DE ESTADISTICA E INFORMATICA/ OFICINA DE ESTADISTICA
ELABORACION PROPIA

Cuadro N° 7

*NIVEL CENTRAL Y CALLAO

EXPEDIENTES SANCIONADORES POR MESES, SEGÚN ACCIONES
2007

ACCIONES / EXPEDIENTES SANCIONADORES	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SETIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	TOTAL
I- PROCEDIMIENTO SANCIONADOR													-
- Tramitados	41	104	173	285	225	164	328	316	380	397	409	384	3,238
- Recurridos	25	27	64	97	85	36	69	133	213	174	129	133	1,289
- Pendientes	22	29	56	80	109	108	184	208	196	182	218	178	1,681
II- RESOLUCIONES EMITIDAS													-
- Anulatorias	5	8	13	16	44	33	38	16	44	54	37	45	351
- Sancionadoras	65	117	109	199	189	116	146	111	222	181	159	196	1,930
III- Nº DE INFRACCIONES													-
- Leves	19	25	58	152	78	49	134	105	183	100	79	84	1,142
- Graves	21	39	54	107	104	73	69	133	203	159	216	149	2,231
- Muy Graves	11	29	92	117	191	89	159	155	141	169	118	226	1,444
IV- MULTAS IMPUESTAS													-
- Nº de Multas	89	85	135	168	217	236	203	132	225	223	176	214	2,102
- Importe de las Multas (S/.)	467,007	348,584	1,073,858	841,169	1,189,711	1,459,260	1,736,968	1,002,698	1,743,054	972,180	737,971	1,017,363	13,691,764
V- RECURSOS DE APELACIÓN													-
- Interpuestos	46	47	80	84	100	100	104	100	92	101	110	80	1,163
- Pendientes de Resolver	14	15	16	19	68	73	58	54	61	55	59	46	528
- Resueltos	44	32	58	69	49	86	46	71	30	110	113	82	844
VI- MULTAS, EJECUCIÓN Y COBRANZA (S/.)													-
- Multas Impuestas	131,587	40,319	609,285	69,807	497,911	638,141	570,913	258,776	721,193	452,416	216,884	189,802	5,847,149
- Multas Cobradas sin Intervención Coactiva	16,768	8,005	3	-	8,686	8,785	7,366	5,941	364,592	52,494	39,897	29,499	799,837
- Multas Cobradas Coactivas	44,860	66,056	-	144,960	160,000	251,076	41,016	10,272	13,156	227,972	346,750	117,664	2,013,664
- Multas Incobrables	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1

FUENTE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO
DIRECCIÓN REGIONAL DEL CALLAO
OFICINA DE ESTADISTICA E INFORMATICA/ OFICINA DE ESTADISTICA
ELABORACION PROPIA
*DATOS DE NIVEL NACIONAL NO INCLUYEN DE LIMA SEDE CENTRAL

Cuadro N° 8

EXPEDIENTES SANCIONADORES POR MESES, SEGÚN ACCIONES
I SEMESTRE 2008
(CIFRAS PRELIMINARES)

ACCIONES / EXPEDIENTES SANCIONADORES	ENERO		FEBRERO		MARZO		ABRIL		MAYO		JUNIO		TOTAL	%
	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC	LIMA*	NAC		
I- PROCEDIMIENTO SANCIONADOR														
- Tramitados	518	365	387	261	391	324	502	331	389	313	470	365	4,496	
- Recurridos	249	129	235	137	178	143	121	119	97	131	250	134	1,993	
- Pendientes	2	230	85	293	114	371	82	331	84	228	40	296	2,157	
II- RESOLUCIONES EMITIDAS														
- Anulatorias	23	15	23	35	32	29	49	42	41	48	23	70	427	
- Sancionadoras	175	184	186	189	126	226	183	289	148	229	197	240	2,371	
III- Nº DE INFRACCIONES														100%
- Leves	82	100	134	100	49	126	66	97	98	96	68	160	1,085	16.5%
- Graves	206	215	321	229	126	185	250	201	196	161	254	244	2,592	43.5%
- Muy Graves	182	246	253	221	89	199	148	225	127	177	185	165	2,218	39.6%
IV- MULTAS IMPUESTAS														
- Nº de Multas	174	250	186	262	126	218	183	297	149	261	187	295	2,593	
- Importe de las Multas (S/.)	1,100,901	1,108,143	908,334	1,571,163	530,595	1,301,750	955,159	2,377,209	817,424	1,633,790	1,155,065	1,855,261	15,187,809	
V- RECURSOS DE APELACIÓN														
- Interpuestos	91	101	89	111	85	100	114	121	85	110	109	133	1,250	
- Pendientes de Resolver	7	93	12	108	19	88	25	66	8	99	23	98	685	
- Resueltos	84	51	74	68	69	51	85	68	49	90	75	63	785	
VI- MULTAS, EJECUCIÓN Y COBRANZA (S/.)														100%
- Multas Impuestas	503,207	126,613	564,712	315,623	908,580	304,561	544,927	566,833	589,644	361,377	1,040,138	353,567	5,577,783	46.2%
- Multas Cobradas sin Intervención Coactiva	117,671	1,126	73,522	5,131	104,225	8,488	154,283	30,692	160,161	10,670	186,530	4,870	857,781	7.1%
- Multas Enviadas Para Cobranza Coactiva	573,200	122,246	452,826	83,318	933,862	6	1,114,757	189,785	1,012,583	1	1,042,408	4	5,637,119	46.65%
- Multas Incobrables	-	-	-	-	-	-	-	5,980	-	-	-	-	5,980	0.05%

FUENTE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO - SEDE CENTRAL
OFICINA DE ESTADISTICA E INFORMATICA/ OFICINA DE ESTADISTICA
ELABORACION PROPIA
* DATOS LIMA SEDE CENTRAL
**DATOS DE NIVEL NACIONAL NO INCLUYEN LIMA SEDE CENTRAL

La comprobación e investigación de los inspectores de trabajo se sujeta a la verificación de hechos y a un razonamiento jurídico que califique el incumplimiento. En este sentido, la flexibilidad con que cuenta el inspector no exime de la aplicación de la ley y de las reglas del SIT, que conjuntamente con los principios constitucionales y garantías del debido proceso se convierten en fundamentos de la actuación inspectiva. Este marco reduce la discrecionalidad el inspector pero igualmente su acción es determinante en la investigación, en la aplicación de las medidas inspectivas y en la elaboración de las actas de infracción que sirven de sustento para el procedimiento sancionador.

La inspección en el Perú, en el curso de dos años de entrada en vigencia de un nuevo sistema se ha convertido en un instrumento de prevención y de solución de conflictos, que debe ser considerado como tal en el ordenamiento jurídico, en forma paralela a la actuación administrativa de la conciliación y las demandas judiciales.

Es importante brindar publicidad a los resultados estadísticos, a la planificación y a la definición y unificación de criterios a nivel nacional, especialmente con la incorporación de más de 200 nuevos inspectores auxiliares en el 2007 y en el 2008. En este contexto, la colaboración interinstitucional, la formación permanente y la unificación de criterios adquieren relevancia para la efectividad de la inspección.

La información estadística refleja que la actuación inspectiva ha sido intensa en la parte de la investigación o comprobación, pero con una menor intensidad en la tramitación y conclusión de los procedimientos sancionadores, incluso ante la evidencia de que las principales faltas sancionadas han sido graves y muy graves.

Chiclayo, octubre 2008

PONENCIAS LIBRES

ALCANCES Y LÍMITES DE LA INSPECCIÓN EN MATERIA DE RELACIONES COLECTIVAS. LA LIBERTAD SINDICAL COMO OBJETO DE INSPECCIÓN

ERIC CASTRO POSADAS[1]

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años el Estado ha venido preocupándose por verificar el cumplimiento de la normativa sociolaboral, dado el alto grado de informalidad existente en el sector empresarial privado producto de la reforma legislativa radical aplicada en la década de los noventa. Ahora, y a diferencia de lo sucedido en aquellos años, el Estado ha comenzado a desplegar -con mucha mayor intensidad- su intervención sobre las relaciones labores, con el objetivo de brindar mayor protección a los trabajadores y las organizaciones sindicales.

Una de las primeras acciones que ponía en evidencia la intención del Estado de recuperar el espacio perdido fue la publicación, en el año 2001, del Decreto Legislativo No. 910, Ley General de Inspección de Trabajo y Defensa del Trabajo; cuyo objetivo principal era velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y convencionales en materia laboral, de promoción y formación para el trabajo, y de seguridad y salud en el trabajo.

Poco tiempo después, dicho Decreto Legislativo fue derogado parcialmente por la Ley No. 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, estableciendo una nueva regulación del Sistema de Inspección del Trabajo, una nueva composición, estructura orgánica, facultades y competencias.

---

(1) Abogado del Área Laboral de Miranda & Amado, Abogados. Asistente del curso de sistemas salariales y tributos laborales del Diploma de Derecho del Trabajo de la PUCP.

Efectivamente, de acuerdo a lo señalado por dicha norma, el Sistema de Inspección del Trabajo, es un sistema único, polivalente e integrado; constituido por el conjunto de normas, órganos, servidores públicos y medios que contribuyen al adecuado cumplimiento de la normativa laboral, de prevención de riesgos laborales, colocación, empleo, trabajo infantil, promoción del empleo y formación para el trabajo, seguridad social, migración y trabajo de extranjeros, y cuantas otras materias le sean atribuidas. Por su parte, la Inspección del Trabajo, fue considerada como aquel servicio público encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de la seguridad social, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, orientar y asesorar técnicamente en dichas materias.

Sin embargo, respecto de la vigilancia de los aspectos colectivos de la relación laboral, y particularmente de libertad sindical, el tema no estuvo tan definido, como se podrá apreciar a continuación.

II. LA POSIBILIDAD DE REALIZAR INSPECCIONES EN MATERIA DE RELACIONES COLECTIVAS BAJO EL AMPARO DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 910

Analizando lo establecido en el Decreto Legislativo No.910 podrá apreciarse que la facultad inspectiva en materia de relaciones colectivas no se encontraba expresamente regulada, con lo que se limitaba la labor de los inspectores de trabajo, quienes ante la falta reconocimiento expreso, preferían no realizar su labor vigilancia respecto de la libertad sindical.

En efecto, uno de los argumentos para no efectuar labor inspectiva sobre dicha materia tenía su fundamento en lo señalado en el numeral 5 del inciso a) de su artículo 5°, el cual señalaba que la Inspección de Trabajo debía verificar el cumplimiento de las normas laborales de cualquier nivel o rango, así como las convencionales y el desenvolvimiento de las relaciones de trabajo, tales como:

> *"Las relaciones colectivas, que comprenden los conflictos colectivos, la convención colectiva de trabajo, incluidos los acuerdos adoptados en trato directo, conciliación o mediación, los laudos arbitrales y resoluciones administrativas de trabajo, entre otras"*

La lectura del referido numeral podía llevar a concluir que, respecto a los aspectos colectivos de la relación laboral, las facultades de los inspectores se restringían -únicamente- a los conflictos colectivos y a los aspectos relacionados con la negociación colectiva, no contando los inspectores con facultades respecto de libertad sindical. Esta posición adquiría mucho mayor sustento si se tenía en cuenta además que el artículo 19° de la Ley tampoco consideraba como infracción a la normativa sociolaboral la afectación a la libertad sindical; consecuentemente, toda sanción por dicho concepto podría implicar una afectación al principio de legalidad.

Así las cosas, resultaba complicado que los inspectores pudieran verificar el cumplimiento de la normativa laboral respecto de la libertad sindical, por lo cual su campo de acción se limitó a conflictos colectivos y los aspectos referidos a la negociación colectiva.

III. LA INSPECCIÓN EN MATERIA DE RELACIONES COLECTIVAS SEGÚN LO SEÑALADO EN LA LEY NO. 27803.

Pese a la importancia del tema y a los importantes cambios introducidos, la Ley General de Inspección de Trabajo, tampoco estableció de forma expresa la facultad de los inspectores de verificar el respeto de la libertad sindical; sin embargo, la generalidad del nuevo artículo permitía suponer que, de alguna manera, la limitación de la norma anterior había sido superada.

Efectivamente, la regulación respecto de la libertad sindical fue establecida de forma bastante genérica, toda vez que la norma se limitaba a señalar que, en materia de relaciones laborales se consideraba como una infracción administrativa el incumplimiento de las disposiciones legales y convencionales, individuales y colectivas; por lo cual, dada la generalidad de la norma, podría entenderse que los inspectores ya se encontraban facultados para realizar actuaciones inspectivas respecto a la libertad sindical.

Con la entrada en vigencia del Reglamento de la Ley 27803, la posibilidad de realizar inspecciones respecto a la libertad sindical, terminaba siendo aún más evidente, por que se estableció como infracción muy grave en materia de relaciones de trabajo, la discriminación de un trabajador por el libre ejercicio de su derecho a la libertad sindical; así como también la realización de todos aquellos actos que pudieran impedir la libre afiliación a una organización sindical, tales como el uso de medios directos o indirectos para dificultar o impedir la afiliación a una organización sindical o, promover su desafiliación; y por ultimo la trasgresión a las garantías reconocidas a los trabajadores y representantes de los sindicatos en formación.

No obstante ello, mediante Decreto Supremo No. 019-2007-TR, publicado con fecha 1 de septiembre de 2007, se modificaron dichos puntos con la intención de mejorar las disposiciones de la Ley General de Inspecciones, estableciendo en su artículo 25° como infracciones muy graves, las siguientes:

> *"25.10 La realización de actos que afecten la libertad sindical del trabajador o de la organización de trabajadores, tales como aquellos que impiden la libre afiliación a una organización sindical, promuevan la desafiliación de la misma, impidan la constitución de sindicatos, obstaculicen a la representación sindical, utilicen contratos de trabajo sujetos a modalidad para afectar la libertad sindical, la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga, o supuestos de intermediación laboral fraudulenta, o cualquier otro acto de interferencia en la organización de sindicatos".*
>
> (...)
>
> "25.12 La discriminación de un trabajador por el libre ejercicio de su actividad sindical, esté contratado a plazo indeterminado, sujetos a modalidad, a tiempo parcial, u otros".

Como se puede apreciar entonces, con dichas modificaciones el Estado buscó brindar una mayor protección a la libertad sindical, pero también, como lo señala Juan Carlos Cortez[2],

(2) Cortez Carcelén, Juan Carlos. ¿Eran necesarias las modificaciones al Reglamento de la Ley de Inspecciones?. En: Actualidad Jurídica. Tomo 166. Año 2006, Septiembre. Pág. 20.

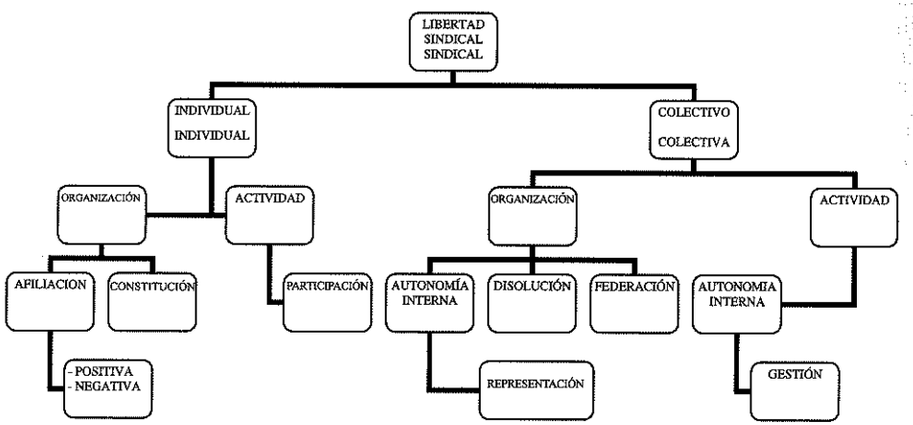
buscó facilitar la aprobación por parte de Estados Unidos del Tratado de Libre Comercio, dada la preocupación de las autoridades de dicho país por los supuestos incumplimientos de la normativa laboral.

Así las cosas, la facultad para realizar inspecciones en materia de relaciones colectivas y, particularmente, respecto de la libertad sindical, quedaron claramente establecidas, generándose a una serie de inspecciones sobre la materia

IV. LA LIBERTAD SINDICAL

Para Alfredo Villavicencio[3] la libertad sindical es un derecho complejo, relacionado con sujetos individuales como a sujetos colectivos, que incluye derechos de hacer como de no hacer, frente a diversos sujetos y que además "está preñado de un componente evolutivo que incorpora, condiciona y matiza permanentemente importantes facultades a su contenido".

Para Javier Neves[4] la libertad sindical tiene dos elementos, la titularidad de los derechos que comprende y, el contenido de estos. De esta manera, se puede observar que este derecho tiene un aspecto individual (que corresponde a cada trabajador) y otro colectivo (que le corresponde a la organización sindical); cada uno de los cuales, a su vez, tiene un aspecto de organización y otro de actividad; los cuales son combinables entre sí, teniendo como resultado el siguiente cuadro:



Este derecho se encuentra reconocido en diversos artículos de nuestra Constitución, como por ejemplo en su artículo 28°, en el que se establece el deber del Estado de cautelar su actuación democrática y garantizar su ejercicio.

Por su parte, el artículo 2.13 reconoce el derecho de toda persona a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin

(3) Villavicencio Ríos, Alfredo. La Libertad Sindical en el Perú. Documento de Trabajo OIT. Pág. 26.
(4) Neves Mujica, Javier. Materiales de Enseñanza de Derecho Colectivo de la Pontificia Universidad Católica. Pag. 5

autorización previa y con arreglo a ley. Estas organizaciones, precisa, no pueden ser disueltas por resolución administrativa.

Así también, en el artículo 2° del Convenio 87 de la OIT, se señala que los trabajadores y los empleadores sin ninguna distinción y si autorización previa, podrán constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes, así como afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar sus estatutos. Por su parte, el Convenio 98 establece en su artículo 1° que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación que pretenda menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

Una vez definida la libertad sindical y los diversos aspectos que la comprenden, pasaremos a analizar la inspección de trabajo en materia de libertad sindical respecto de dos sus aspectos, los cuales consideramos son más recurrentes en las relaciones laborales: (i) la forma de contratación de trabajadores como mecanismo de vulneración de la libertad sindical y, (ii) el cese por motivos sindicales.

V. INSPECCIONES EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL

Tomando en cuenta lo establecido en el cuadro antes referido, es posible notar que la inspección en materia de relaciones colectivas cuenta con un campo de acción bastante amplio, ya que no solo permitiría verificar el cumplimiento de la normativa laboral sobre aspectos individuales, sino también sobre los colectivos de la libertad sindical.

Uno de estos aspectos de la libertad sindical individual se encuentra relacionado con su lado organizativo, y se refiere a la afiliación de uno o más trabajadores al sindicato, el cual podría llegar a ser un motivo condicionante para continuidad de la relación laboral.

En efecto, en muchas oportunidades los empleadores no renuevan los contratos de trabajo sujetos a modalidad alegando el cumplimiento del plazo establecido, cuando en el fondo, la no renovación del contrato fue producto de la afiliación del trabajador al sindicato. Esta es una forma –aunque indirecta- de impedir la afiliación de los trabajadores a una organización sindical.

Es por esta razón que el Ministerio de Trabajo, a través de la Directiva No. 001-2007-MTPE/2/11/4, buscó poner mayor énfasis en la verificación de los contratos a plazo fijo y su incidencia en la libertad sindical; analizando su duración, evolución y las causas que sustentan la contratación, las cuales pueden ser causas de desnaturalización de los contratos de trabajo de acuerdo a nuestra legislación.

Otro aspecto en el que también incidió dicha Directiva fue en la realización de un análisis comparativo con respecto a los contratos de trabajo a plazo indeterminado y la verificación de la existencia o no de una organización sindical.

De la misma forma, respecto a la verificación de los aspectos relacionados a la libertad sindical propiamente dicha, los inspectores debían analizar la evolución del personal en los dos últimos años y las acciones del personal que considere o afecte a los dirigentes sindicales y las sanciones impuestas por el empleador en los seis meses anteriores a los que se realiza la visita inspectiva.

En ambos supuestos, el inspector que compruebe la existencia de una afectación a la libertad sindical, ya sea por la forma de contratación del personal o por el cese de trabajadores, obviamente, requerirá al sujeto inspeccionado para que dentro de un plazo determinado, *adopte las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones en materia de relaciones colectivas*; tal y como lo señala también, el artículo 18.2 del Reglamento de la Ley de Inspecciones.

Ahora bien, en caso la empresa no acreditara dentro del plazo razonable "la reparación" de los actos que, de acuerdo al trabajo realizado por el Ministerio, habrían vulnerado la normativa sobre libertad sindical, la autoridad inspectiva tendría que proponer la sanción correspondiente. Sin embargo, un hecho que llama mucho la atención es que en los requerimientos no se precisa cuáles son aquellas "medidas necesarias" que garantizarían el cumplimiento de las disposiciones vulneradas y que permitirían al empresario cumplir con el requerimiento efectuado.

Por ello nos preguntamos si, en supuestos como los antes descritos, los inspectores tendrían la facultad de exigir la reposición de un trabajador despedido ó la continuación de labores de un trabajador que ha dejado de prestar servicios por vencimiento de su contrato como única "medida necesaria" para garantizar el cumplimiento de la normativa laboral; toda vez que, si las empresas no cumplen precisamente con ello luego de efectuado el requerimiento, el Ministerio emite un acta de infracción por incumplimiento de la normativa laboral.

VI. LA POSIBILIDAD DE LOS INSPECTORES PARA ORDENAR LA REPOSICIÓN Y/O LA CONTINUACIÓN DE LABORES EN CASO DE AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL.

Si analizamos las facultades concedidas a los inspectores en el artículo 5° de la Ley se podrá apreciar que ninguna establece –de forma expresa- la posibilidad de ordenar la reposición de los trabajadores que vieran afectados su derecho a la libertad sindical; ya que, según establece la norma, simplemente estarían facultados para aconsejar y recomendar, advertir y requerir que el sujeto responsable adopte medidas en orden al cumplimiento de la normativa laboral.

Sin embargo, el artículo 20.3 del Reglamento de la Ley, incorporado también por el artículo 2° del Decreto Supremo No. 019-2007-TR en el contexto de aprobación del TLC, estableció que las medidas de requerimiento pueden ordenar al empleador que, en relación con un trabajador y siempre que se fundamente en el incumplimiento de la normatividad legal vigente, se establezca que el contrato de trabajo sujeto a modalidad es a plazo indeterminado y la continuidad del trabajador cuando corresponda.

En tal sentido, si tomamos en cuenta lo establecido en la parte final de dicho artículo, podría concluirse en principio que, el Ministerio de Trabajo sí tendría la facultad para ordenar la continuación de labores, entendiéndose a esta, a la posibilidad de requerir que un trabajador siga prestando servicios para su anterior empleador en casos en los que se considere que ha existido una vulneración de su derecho constitucional a la libertad sindical. Sin embargo, somos de la opinión que, a pesar a lo establecido en el artículo 20.3, los inspectores no podrían ordenar la reposición ni la continuación de labores de un trabajador; ya que esto en concreto, es un reconociendo de derechos a favor de estos, lo cual es potestad exclusiva de los jueces de acuerdo a lo establecido a los artículos 138° y 139.1 de la Constitución.

En efecto, de acuerdo a lo a establecido en el artículo antes referido, la potestad jurisdiccional, es decir –el poder de de administrar justicia- emana del pueblo y es ejercida por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. Esta es una potestad exclusiva de la función jurisdiccional, que no puede ser realizada por una autoridad inspectiva ya que terminaría afectando la separación de poderes del Estado.

Para Marcial Rubio[5] la potestad de administra justicia puede ser entendida como la capacidad de los jueces de *decir Derecho* a través de sus sentencias. En esta misma línea se encuentra Juan Monroy Gálvez[6] para quien, el poder jurisdiccional o, más precisamente, la jurisdicción:

> *"(...) es el poder-deber del estado destinado a solucionar un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible y promoviendo a través de ellas el logro de una sociedad con paz social en justicia"*

Ello se encuentra directamente relacionado también con la exclusividad de la función jurisdiccional que para Juan Monroy[7], implica:

> *"(...) que nadie puede irrogarse en un Estado de derecho la función de resolver conflictos de interés con relevancia jurídica, sea en forma privada o por acto propio. Esta actividad le corresponde al Estado a través de sus órganos especializados, este tiene la exclusividad del encargo. El principio significa, además, que si una persona es emplazada por un órgano jurisdiccional, debe someterse necesariamente al proceso instaurado contra él. Es más, para cuando el proceso acabe, dicha persona estará también obligada a cumplir con la decisión que se expida en el proceso del cual formó parte".*

Así las cosas, si los requerimientos efectuados por el Ministerio de Trabajo consisten en la adopción de medidas necesarias para cumplir con la normativa específica y en, caso de no cumplirlas los empleadores serían pasibles de una sanción. Esta situación en el fondo, importa el reconocimiento de un derecho a favor de los trabajadores, una labor de juzgamiento que no puede ser realizada por el Poder Ejecutivo por ser labor exclusiva del Poder Judicial; ya que para ello cuenta con características, garantías y principios propios de su función.

Debe tenerse en cuenta además que el acto discriminatorio –generalmente- es ocultado a través de una causa justa de despido, por lo que la actividad probatoria adquiere un alto grado de complejidad.

En los procesos laborales, esta situación es atenuada por los jueces a través de la facilitación de la carga probatoria a favor de los trabajadores y de la labor constructiva y valorativa de los elementos subjetivos y objetivos presentes en el caso concreto; situación que no podría darse en los procedimientos inspectivos porque ello importaría conceder potestad jurisdiccional al Poder Ejecutivo y esta situación, de acuerdo a lo señalado por

(5) Rubio Correa, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Fondo Editorial PUCP. 1999. Tomo V. Pág. 23.
(6) Monroy Gálvez, Juan. La Formación del Proceso Civil Peruano. Palestra Editores, Segunda Edición. Página 256.
(7) Monroy Gálvez, Juan. Introducción al proceso civil. Temis y De Belaunde y Monroy, 1996. Pág. 81.

Eduardo Couture[8], nos llevaría a que los ciudadanos quedaran privados de la garantía de su revisión por los jueces, ya que solo hay y debería haber, revisión judicial de los actos administrativos.

No podría alegarse con ello que, el hecho de no permitir la reposición de trabajadores traería como consecuencia un despojo de contenido a las normas sobre inspección del trabajo y generaría un estado de indefensión en los trabajadores; ya que estos siempre tendrán la vía judicial para reclamar sus derechos, pudiendo incluso utilizar las actas infracción como elemento que permita sustentar su posición, al contar con la verificación de un hecho por parte de una autoridad competente.

En tal sentido, consideramos que los requerimientos efectuados por los inspectores de trabajo referidos a la adopción *de medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones en materia de relaciones,* no podrían estar dirigidos a obtener la reincorporación de los trabajadores; ya que ello significaría la subrogación del Ejecutivo en las labores exclusivas del Poder Judicial y la afectación de la separación de poderes del Estado.

VII. CONCLUSIONES

Como se podrá apreciar entonces, el Ministerio de Trabajo ha cambiado su estado pasividad por uno de actividad inspectiva intensiva, en la cual ha comenzado a verificar el cumplimiento de la normativa laboral sobre aspectos antes no fiscalizados como es la libertad sindical.

Si bien consideramos válida esta nueva actitud del Ministerio, creemos también que esta debe realizarse respetando la separación de poderes establecida en la Constitución y evitando no interferir, ni mucho menos, atribuirse potestades que son exclusivas de los jueces.

Por su parte, los trabajadores siempre tendrán la vía judicial abierta, vía que cuenta con garantías y principios para cautelar su derecho; lo cual es la garantía máxima que el Estado brinda a los individuos.

(8) Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Civil. Buenos Aires: De Palma. 3era Edición. Pág. 31.

EL NUEVO MODELO DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN PERÚ

ADOLFO CIUDAD REYNAUD[1]

1. LA IMPORTANCIA DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

El respeto y el cumplimiento efectivo de las normas sobre derechos laborales y, muy especialmente, sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, ha sido adoptado por sus constituyentes como uno de los cuatro objetivos estratégicos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a nivel mundial y ratificado a escala regional en la XVI Reunión Regional Americana de la OIT celebrada en Brasilia en mayo de 2006.[2] Para el logro de tal objetivo, de hacer respetar y cumplir efectivamente la legislación laboral, resulta absolutamente indispensable encarar la modernización y el fortalecimiento de los sistemas nacionales de inspección del trabajo y de la administración de justicia.[3]

La inspección del trabajo es uno de los instrumentos básicos para hacer realidad el derecho de todos los ciudadanos a condiciones de trabajo decentes, por lo que el reforzamiento y modernización de las inspecciones de trabajo se convierte en un objetivo esencial para garantizar un alto nivel de protección laboral. Tiene también gran importancia en la difícil tarea de incorporar a la formalidad a la gran cantidad de trabajadores que laboran en la informalidad, tratando de generalizar el trabajo decente en todos los sectores económicos y para todas las personas que trabajan.

(1) Especialista Principal en Legislación Laboral, Administración del Trabajo y Diálogo Social de la Oficina Subregional de la OIT para América Central, Haití, Panamá y República Dominicana. Las opiniones vertidas en el presente documento son de naturaleza personal y no comprometen a la OIT.

(2) OIT, **Trabajo decente en las América: una agenda hemisférica**, 2006-2015, Informe del Director General, Juan Somavia, XVI Reunión Regional Americana, Brasilia, Oficina Internacional del Trabajo, mayo de 2006 (el subrayado es nuestro).

(3) Respecto de la administración de justicia véase CIUDAD REYNAUD, Adolfo, *"Necesidad de una reforma profunda del Derecho Procesal del Trabajo"*, en Libro Homenaje a Luis Aparicio Valdez, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Socia, Lima, 2008.

La globalización o mundialización de la economía viene incorporando incesantemente cambios en la manera de trabajar de las personas, así como en los peligros a los que enfrenta el trabajo, afectando gravemente la salud y la vida de las personas. Por esto es de suma importancia mejorar la protección de las personas en el trabajo y garantizar su derecho a un entorno laboral que sea sano y seguro.

No cabe duda que la mejora y fortalecimiento de los sistemas de inspección del trabajo tienen una gran importancia para la prevención y solución de los conflictos de trabajo, puesto que permiten informar, orientar y asesorar a empleadores y trabajadores para actuar con observancia de las normas legales que regulan las relaciones de trabajo; de otra parte, permite elevar el grado de cumplimiento de la legislación laboral a través de la vigilancia y sanción de conductas infractoras o transgresoras, dentro del marco del respeto de las garantías de legalidad y del debido proceso.

Un sistema de inspección del trabajo adecuadamente organizado y dotado de las facultades y atribuciones suficientes, así como de los recursos humanos y materiales necesarios, contribuirá a la disminución de los conflictos laborales al ser detectados en los centros de trabajo mismos, aún antes que exista reclamación alguna, con lo que estos se pueden solucionar aún antes que se hayan materializado.

Las normas internacionales de la OIT, en especial el Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), el Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969, y el Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, de 1947, así como las Recomendaciones núms. 81, 82 y 133, han establecido los criterios generales que debieran observar los sistemas de inspección del trabajo nacionales en lo que respecta a su integración como sistemas unificados, polivalentes e integrados, así como a su competencia, funciones, estructura, personal, recursos materiales, métodos generales de inspección y trámite y sanción de las infracciones de la legislación laboral. En síntesis, en tales normas internacionales se sientan los criterios básicos del sistema de inspección por un lado, y del sistema sancionador por otro.

II. LOS SISTEMAS DE INSPECCIÓN Y SANCIONADOR

En efecto, los citados Convenios núms. 81 y 129 de la OIT imponen a los Estados Miembros que los hayan ratificado, la obligación de mantener un ***sistema de inspección*** encargado de velar por el adecuado cumplimiento del ordenamiento jurídico laboral que garantice la protección de los derechos de los trabajadores (arts. 1 y 3 del Convenio 81 y artículos 3 y 6 del Convenio 129).

Así mismo imponen la obligación de articular un ***sistema sancionador*** para reprender las conductas contrarias a las normas por cuyo cumplimiento deben velar los inspectores de trabajo, que de acuerdo con las prácticas nacionales puede ser administrativo o judicial (arts. 17 y 18 del Convenio 81 y arts. 22 y 24 del Convenio 129); aunque la tendencia generalizada a nivel mundial y en América Latina en concreto es que sea de naturaleza administrativa.

En consecuencia, los Estados Miembros que hayan ratificado los Convenios de OIT sobre Inspección del Trabajo deberán disponer de un adecuado marco jurídico sobre inspección del trabajo para hacer efectiva la función pública de vigilancia y control, que no solo ha de estar integrado por las normas ordenadoras del sistema de inspección (sus funciones,

facultades, organización, composición y estructura, métodos de actuación o régimen jurídico de los inspectores), sino también por el conjunto de normas que regulen su sistema sancionador. Conviene además, que ambos sistemas, aunque deben estar debidamente articulados, sean distintos e independientes, separando las funciones de inspección de las competencias sancionadoras.

El ***sistema de inspección*** es la primera fase en la que se investigan los hechos a través de diligencias de investigación, mediante actuaciones inspectivas, que en estricto no son un procedimiento administrativo sino una fase previa al procedimiento sancionador.

En tanto que el ***sistema sancionador*** tipifica las infracciones, sus correspondientes sanciones y el procedimiento para su imposición garantizando los principios de seguridad jurídica y eliminación de la arbitrariedad de los poderes públicos que afectan los derechos de empleadores y de trabajadores. Además, ese sistema sancionador debe observar rigurosamente los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad y proporcionalidad de las sanciones, entre otros, propios del Derecho sancionador.

III. EL SISTEMA DE INSPECCIÓN PREVIO A LA LEY 28806

El Decreto Legislativo 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, así como las diversas normas precedentes, se basaban en un modelo distinto en el que se confundían la fase de investigación con la de sanción, no independizando el sistema de inspección del sistema sancionador. El resultado fue que ni se investigaba bien ni se garantizaba tampoco al administrado el debido proceso y su derecho de defensa; un sistema híbrido y ecléctico que mezclaba y confundía ambos sistemas.

A este problema se refirió en el año 2005 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), en su observación sobre la aplicación del Convenio 81 en Perú, cuando señaló respecto del Decreto Legislativo 910, sus modificatorias y su reglamento que:

> "La Comisión toma nota sin embargo, de que algunas disposiciones de la ley y del Reglamento vigentes ya citados, no son conformes ni con el principio de libre acceso de los inspectores previsto en la nueva legislación ni con las disposiciones pertinentes del artículo 12 del Convenio.

El artículo 40, b) del Reglamento prescribe como condición imperativa para la visita de inspección, la presencia en el establecimiento del empleador o de su representante, en defecto de la cual, el inspector del trabajo está obligado a aplazar su visita y de notificar la próxima fecha al empleador. Además, el artículo 40, f) del mismo Reglamento obliga al inspector del trabajo a hacerse acompañar, a todo lo largo de la diligencia, por el empleador y los trabajadores, excepto durante los interrogatorios.

La Comisión señala a la atención del Gobierno los desarrollos que dedicó en su Estudio general sobre la inspección del trabajo, de 1985 (párrafos 168 y siguientes) a la importancia que debería acordarse al derecho de libre acceso de los inspectores a los establecimientos así como a su derecho de ***libre control*** en el transcurso de las visitas.

Por lo que se refiere a la obligación del inspector de estar acompañado por el empleador y los trabajadores durante toda la diligencia de inspección, ella no puede sino entrabar la

libre expresión y la espontaneidad de los trabajadores y por consiguiente, ***comprometer la eficacia del control***. De otra parte, el Convenio es explícito sobre este punto en su artículo 12, párrafo 2, que prescribe el derecho del inspector del trabajo de faltar a su deber de advertir de su presencia al empleador o a su representante al efectuar una visita de inspección, si lo considera preferible para el la eficacia del control.

La Comisión solicita en consecuencia al Gobierno que persevere en sus esfuerzos con el fin de extender el alcance del derecho de libre acceso y de libre control de los inspectores en los establecimientos de su jurisdicción, en conformidad con la letra y el espíritu del Convenio y que adopte, a estos efectos, medidas que garanticen la ***supresión de los obstáculos legislativos*** y reglamentarios al ejercicio de dichos derechos, a saber: la exigencia de la autorización expresa de la autoridad central de inspección para proceder a una visita, cualquiera que sea el motivo; la obligación de aplazar la visita en caso de ausencia del empleador o de su representante, así como la obligación de acompañamiento del inspector por el empleador y los trabajadores en el transcurso de las diligencias de inspección. La comisión espera que el Gobierno comunique informaciones a este respecto a la OIT." (4)

Un claro ejemplo del tipo de sistema de inspección imperante en el país con anterioridad a la drástica e importante reforma del 2006, es el artículo 17° del Decreto Legislativo 910. En efecto, esta norma señalaba como requisito mínimo de las actas de inspección la identificación de las partes intervinientes (inciso e), la manifestación de las partes (inciso f), y la firma de las partes (inciso i), con lo que se pretendía garantizar el derecho de defensa de las partes; pero además, el numeral 3 de ese mismo artículo señalaba que "El acta puede ser impugnada, dentro de tercer día hábil de realizada la inspección", con lo que se restringía considerablemente la capacidad de investigación del inspector de trabajo. Se trataba en definitiva de un modelo de inspección del trabajo que debía llevarse necesariamente con audiencia de partes.

Así, no solo no podía investigar si no estaban presentes las dos partes, sino que además, toda su investigación podía ser dejada sin efecto, anulada, por la impugnación simple y llana, sin ninguna exigencia o fundamentación. Debe recordarse que, incluso, la legislación anterior al Decreto Legislativo 910, exigía que para la impugnación proceda debía dejarse constancia de disconformidad en el acta de inspección por parte de quién posteriormente quería utilizar ese recurso. Pero este artículo 17° al no exigir tal condición debilitó aún más la capacidad de investigación de los inspectores de trabajo, confundiéndose la etapa de investigación con la etapa sancionatoria, en donde sí cabe ejercitar el derecho de defensa. Todo esto, sin duda, instituía un sistema que comprometía la eficacia del control de la inspección, como señaló acertadamente la CEACR en sus comentarios sobre la legislación precedente.

Pero de otra parte, conforme se desprende del análisis de los artículos 17° y 18° del referido Decreto Legislativo, la lógica del sistema era que con el incumplimiento de la normativa advertida durante la diligencia de inspección, el siguiente paso consistía en que el Subdirector de Inspección procedía a imponer la multa, cabiendo apelación ante el superior. Recién en la apelación, ya con una multa impuesta, el empleador podía defenderse aportando pruebas y ejerciendo su defensa. El sistema tampoco garantizaba el derecho al

(4) CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) Perú (ratificación: 1960) Publicación 2005, en http: ILOLEX. Lo resaltado en negrita es nuestro.

debido proceso, ni el derecho de defensa de los administrados, pues a los empleadores se les imponía multas sin darles previamente la oportunidad de defenderse y ni siquiera de exponer sus puntos de vista. Un sistema ineficaz e injusto.

¿Se imagina alguien que con ese sistema de necesaria audiencia de partes y de impugnación del acta de inspección irrestricta se podría combatir las relaciones de trabajo encubiertas en numerosas contratistas y subcontratistas, o el trabajo oculto de la economía informal, o en general el trabajo no declarado? La respuesta es obvia.

IV. EL NUEVO SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO DE LA LEY Nº 28806

El país necesitaba de una modernización y un cambio profundo del sistema, dejando atrás un sistema de inspección y de sanción obsoletos vigente desde la década de los sesenta y que el Decreto Legislativo 910 simplemente mantuvo. Las nuevas realidades exigían un sistema más ágil y eficaz, que a su vez proteja a los administrados contra los posibles excesos de la administración.(5)

La nueva Ley General de Inspección del Trabajo de 19 de julio de 2006 transformó radicalmente el sistema peruano de inspección del trabajo al diferenciar claramente la fase de investigación de la fase de la sanción, diferenciando las facultades necesarias para la investigación y constatación de la existencia de infracciones, de las facultades otorgadas para adoptar medidas inspectivas a fin de garantizar el cumplimiento de las normas vulneradas. Y de otra parte, la nueva ley distingue la fase o etapa sancionadora, adaptando en realidad lo que la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, había ya establecido para toda la administración pública, como veremos más adelante.

La nueva ley, en estricto, no otorga nueva facultades inspectivas, sino que recoge, ordena, sistematiza, actualiza las facultades que ya estaban reguladas en el Decreto Legislativo 910, así como en el Convenio 81 de la OIT ratificado por el país, y que por tanto ya formaban parte del derecho nacional.

En lo que respecta a la fase de investigación o instrucción, esto es, la diligencia de inspección, una de las novedades significativas es el otorgamiento de facultades para exigir la presencia del sujeto inspeccionado en las Oficinas públicas de la inspección. El artículo 11° introduce como modalidad de actuación de la inspección, además de la visita de inspección a los centros y lugares de trabajo, el requerimiento de comparecencia del sujeto inspeccionado ante el inspector actuante para aportar documentación y/o efectuar las aclaraciones pertinentes. Adicionalmente, otra modalidad de actuación de la inspección es la comprobación de datos o antecedentes que obren en el Sector Público.

Pero además de lo expresado, en lo que constituye una de las novedades más significativas de la nueva ley, es lo que se refiere a las actuaciones inspectivas, esto es a la forma en que se practica la inspección, o dicho de otro modo, a la forma como se realiza la

(5) El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de Perú contó con el asesoramiento técnico de la OIT para la reforma de todo el sistema a través del Proyecto de Cooperación Técnica "Fortalecimiento de la Administración del Trabajo – FORSAT", financiado por la cooperación española, así como de la Oficina Subregional de la OIT para los Países Andinos.

investigación. Ya no es aquel esquema estrecho y encorsetado de inspección con necesaria audiencia de partes y con derecho de impugnación sin expresión de causa, sino un modelo de investigación más amplio y flexible que el anterior, conforme se desprende del artículo 13° de la nueva ley.

En primer término habría que indicar que la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG) constituyó un esfuerzo por repensar el Derecho Procesal Administrativo desde una doble perspectiva: a) el principio de eficiencia en los cometidos públicos; y, b) el resguardo de los derechos de los administrados. Esto implica, para la inspección del trabajo, hacer eficiente la investigación o inspección, pero resguardando el derecho de los empleadores a no sufrir excesos de la administración y asegurar su debido proceso y derecho de defensa.

V. LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

En términos genéricos para la LPAG la fase de instrucción del procedimiento tiene por objeto que la autoridad a cargo de un expediente acopie los elementos necesarios para lograr su convicción de la verdad material indispensable para decidir el derecho aplicable al caso. Se trata entonces de formar la fundamentación que servirá de insumo a la futura resolución a emitirse por la autoridad.

Son dos principios administrativos fundamentales esenciales que caracterizan a la instrucción: la oficialidad y la verdad material.

Los actos de instrucción en puridad comprenden dos tipos diferentes de actuaciones procedimentales: aquellas dirigidas a aportar datos al expediente y aquellas que constituyen actividad probatoria.

Por la primera actividad de aportación de datos, se incorporan al procedimiento y al expediente determinadas informaciones, datos preexistentes al caso, que serán evaluados por la autoridad en su momento. Son tales la solicitud de documentos a las autoridades y la solicitud de información a los administrados.

Por la segunda actividad, que es la propiamente probatoria, se trata de aquellos medios que permiten demostrar la veracidad de las informaciones y documentos aportados, tales como testimoniales, declaraciones, visitas a los centros de trabajo, peritajes, entre otros.

La nueva ley de inspección peruana dispone que las actuaciones de investigación o comprobatorias deberán realizarse en el plazo que se señale en cada caso concreto, sin que con carácter general puedan dilatarse más de treinta (30) días hábiles, salvo que la dilación sea por causa imputable al sujeto inspeccionado. Así mismo dispone el artículo 13° de la nueva ley que podrá autorizarse la prolongación de las actuaciones comprobatorias por el tiempo necesario hasta su finalización.

Esto supone un drástico cambio respecto del modelo anterior en que la inspección se realizaba en un solo acto (recuérdese que el numeral 2 de artículo 17° del Decreto Legislativo 910 establecía que el acta debía contener el lugar y fecha, así como la hora de inicio y hora de término), no imaginando investigaciones exhaustivas de la administración de varios días o semanas o un mayor tiempo con el objeto de analizar situaciones complejas.

Luego de finalizadas las actuaciones de comprobación, según la nueva ley vigente, los inspectores actuantes emitirán un informe interno sobre las actuaciones realizadas y sus resultados, y adjuntando la expediente las copias de los documentos obtenidos.

Finalizada la investigación el inspector puede disponer de medidas de recomendación y asesoramiento, pero puede también, cuando compruebe la existencia de una infracción requerir al sujeto responsable de su comisión la adopción, en un plazo determinado, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas. Estos requerimientos, conforme lo señala el artículo 14° de la nueva ley, deben entenderse siempre sin perjuicio de la extensión del acta de infracción que debe extenderse en el modelo oficial.

Conforme se aprecia del artículo 46° de la nueva Ley General de Inspección, las actas de infracción reflejarán: a) los hechos constatados; b) la calificación de la infracción que se impute, con expresión de la norma vulnerada; c) la graduación de la infracción, la propuesta de sanción y su cuantificación; d) en los supuestos de existencia de responsable solidario, se hará constar tal circunstancia, la fundamentación jurídica de la responsabilidad y los mismos datos exigidos para el responsable principal.

Debe notarse que esta acta de infracción es extendida únicamente por el inspector de trabajo; ya no se requiere de la firma de ambas partes ni de la consignación de las manifestaciones de las partes, ni menos está prevista la posibilidad de impugnación de la misma, pues se parte del entendiendo que se está en la fase de investigación, de instrucción y no en la de sanción. No se ha impuesto ninguna sanción todavía, solo se ha estado investigando y culminan las investigaciones con una propuesta de sanción. Como se señaló anteriormente, en estricto todavía no se ha iniciado procedimiento alguno, solo se está investigando, acopiando hechos y pruebas con el objeto que la administración adopte un acto administrativo de imputación de cargos, que como se verá, da inicio al procedimiento sancionador donde sí cabe hacer uso de todos los medios de defensa que el debido proceso admite.

VI. LA FASE DE SANCIONATORIA

Esta mayor libertad de investigación de parte del inspector de trabajo se ve ampliamente compensada con las prescripciones del Capítulo IV del Procedimiento Sancionador, que entre sus principios generales incluye la observación del debido proceso y la pluralidad de instancia. La idea es que las partes gocen de todos los derechos y garantías inherentes al procedimiento sancionador, de manera que les permita exponer sus argumentos de defensa, ofrecer pruebas y obtener una decisión por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo debidamente fundada en hechos y en derecho.

Nótese que esta posibilidad de defensa se otorga antes que la administración haya sancionado y dispuesto la obligación de cumplir determinada normativa por parte del empleador. En otras palabras, no hay multa ni sanción, solo imputación de cargos y propuesta de sanción, que el administrado puede rebatir, desmentir, aclarar, dentro de un amplio plazo.

En efecto, el proceso sancionador está constituido por normas que tienen por objeto disciplinar desde el nivel legal los criterios a aplicar y las actuaciones administrativas que deben cumplir todas las entidades para poder ejercer la potestad sancionadora que se les confía.

La nueva ley de inspección recoge uno de los principios ordenadores del procedimiento sancionador que ya había establecido la Ley de Procedimiento General Administrativo, como es el de ***legalidad***. Solo por una norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad. (Art. 230°, inciso 1).

También recoge otro de los principios del procedimiento sancionador de la LPGA, como el de ***tipicidad***, esto es, solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.

Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

De igual forma, la nueva ley de inspección recoge el otro ***principio de proporcionalidad de las sanciones***, mediante el cual la asignación de sanciones debe ser en función de la gravedad, tanto por la naturaleza del deber infringido (si se afecta la vida de un trabajador la sanción será mayor), o la entidad del derecho afectado (por ejemplo, si se lesionan de derechos fundamentales).

Por esto, la nueva ley clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves, en forma expresa, directamente, sin que quepa un margen de discreción por parte del inspector al momento de investigar y de los funcionarios que posteriormente aplican la sanción y ordenan que cumplan con subsanar las infracciones por las que fueron sancionados (artículo 48°, numeral 2 de la nueva ley).

También se han establecido criterios generales de graduación de las sanciones, en función de la gravedad de la falta cometida, número de trabajadores afectados y otros criterios para su graduación, de manera que exista una proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

Así mismo se ha establecido la cuantía de las sanciones según se trate de infracciones muy graves, graves y de infracciones leves. De igual forma se han regulado los criterios para la reducción de la multa, o cuando se realicen actuaciones de advertencia o recomendación. También se ha establecido que la inspección que detecta infracciones no necesariamente debe conducir a la imposición de una sanción pecuniaria, sino que en vez de iniciarse un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias así lo aconsejen y siempre que no se deriven daños ni perjuicios directos para los trabajadores, se debería poder advertir o recomendar.

Como se puede apreciar de la nueva ley, se ha establecido una especie de catálogo de infracciones, tanto por incumplimiento de normas sustantivas en cada materia, como por la obstrucción a la labor inspectiva.

Estas prescripciones aplican el ***principio de responsabilidad*** de los funcionarios públicos que establece que estos deben actuar solo conforme a ley y responden por sus actos, lo que implica una obligación de reparar y satisfacer, a consecuencia de sus actos.

Finalmente, la nueva ley general de inspección al regular por primera vez en el país un amplio y adecuado sistema sancionador, aplica otro de los principios que la LPAG estableció con carácter general para toda la administración pública nacional: el ***sometimiento a debido proceso*** (art. IV, numeral 1.2 del Título preliminar de la LPAG). Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho de exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en el derecho.

El principio del debido proceso constituye una garantía general de los ciudadanos que ha sido introducida al Derecho administrativo primero por la jurisprudencia, derivándola del derecho natural y de los tratados internacionales en derechos humanos, y que luego ha sido recogida por la LPAG, y ahora, a su vez, por la nueva Ley General de Inspección.

En efecto, por un parte, el Capítulo III de la nueva Ley General de Inspección observa estos principios, tanto en lo que respecta a criterios de graduación de las sanciones, como en la cuantía y aplicación de las mismas, así como para los casos de reducción y reiterancia.

Y de otra parte, en el Capítulo IV, relativo al procedimiento sancionador, se establece que este se inicia de oficio, a mérito de las actas de infracción por vulneración del ordenamiento jurídico sociolaboral, así como de las Actas de Infracción u obstrucción a la labor inspectiva (artículo 45°, inciso a).

Una vez que la Autoridad Administrativa de Trabajo dispone el inicio del procedimiento sancionador, se produce la notificación al sujeto responsable del Acta de Infracción, en la que constan los hechos que se imputan ***a título de cargo***, la calificación de las infracciones que tales hechos puedan constituir y la expresión de las ***sanciones que se les pudiera imponer***. Recién se produce la imputación de cargos, respecto de los cuales el administrado, o el empleador, debe de responder (artículo 45°, inciso b).

Luego de notificada el acta de infracción el sujeto o sujetos responsables tienen un plazo de quince días hábiles (en la prácticas tres semanas), para presentar los descargos que estimen pertinentes ante el órgano competente para instruir el procedimiento (artículo 45°, inciso c). Otra opción que tenía el legislador era el de disponer la realización de una audiencia en la que con aplicación del principio de oralidad se permitiera el ejercicio de defensa; no obstante esta alternativa requiere de medios materiales (salas de audiencia) y de mayor capacitación de la administración y de los administrados. Pero estimo que hubiera sido deseable pues de esa forma no solo el empleador, sino el trabajador o el sindicato hubieran podido dar su opinión respecto de un acto administrativo que les afecta directamente.

Esta es la fase donde el imputado tiene derecho a exponer sus argumentos. Es la etapa que consiste en el derecho de exponer las razones para sus pretensiones y defensas antes de la emisión de los actos que se refieran a sus intereses y derechos, a hacerse patrocinar como lo considere conveniente. Proscribe la posibilidad que se dicten actos administrativos sin previo procedimiento donde se convoque el parecer de los administrados.

Implica también el derecho a ofrecer y producir pruebas, esto es, el derecho a presentar material probatorio, a exigir que la administración produzca y actúe los ofrecidos por el administrado en tiempo hábil, y a contradecir aquellos que la Administración considere relevante para resolver el asunto. Complementariamente, implica la facultad de controlar el ofrecimiento y la producción de la prueba –tanto la suya como de la propia administración- y a contestarla oportunamente, cuando ello convenga a sus intereses.

En este tema la nueva Ley General de Inspección va más allá aún pues reafirma el impulso oficial de la administración pública del trabajo, al establecer la facultad de la Autoridad Administrativa para practicar de oficio las actuaciones y diligencias necesarias para el examen de los hechos, con el objeto de recabar los datos e información necesaria para determinar la existencia de responsabilidad de sanción (artículo 45°, inciso d). Lógicamente esta alternativa solo debe utilizarse cuando la autoridad no tenga todos los elementos de juicio necesarios para tener convicción respecto de la infracción supuestamente cometida.

Luego de concluido el trámite anterior, recién se dicta la resolución correspondiente en forma fundamentada, precisándose el motivo de la sanción, la norma legal o convencional incumplida y los trabajadores afectados.

Se trata pues del ***derecho a obtener una decisión motivada y fundada*** en derecho, pues todos los administrados tienen el derecho a que las decisiones de las autoridades respecto a sus intereses hagan expresa consideración de los principales argumentos jurídicos y de hecho, así como de las cuestiones propuestas por ellos en tanto hubieren sido pertinentes a la solución del caso.

La violación de las normas sustantivas y formales establecidas en el procedimiento administrativo para garantizar el debido proceso, no son subsanables, ni en sede administrativa ni en sede judicial. Por el contrario, deriva en una causal de nulidad del acto administrativo así emitido. La ley protege al administrado de cualquier estado de indefensión que puede producirse en su perjuicio.

Otro aspecto sumamente importante digno de ser resaltado es que el artículo 48°, numeral 2, establece que la resolución que se expida debe contener expresamente tanto en la parte considerativa y resolutiva el mandato de la Autoridad Administrativa de Trabajo, dirigido al sujeto o sujetos responsables, para que cumplan con subsanar las infracciones por las que fueron sancionados. De manera que el procedimiento no está destinado fundamentalmente a sancionar con multas a los infractores, sino a que se cumpla la obligación legal incumplida o trasgredida. La multa es solo un instrumento para que se cumpla la obligación. Adicionalmente, la nueva ley dispone que la resolución consentida o confirmada tiene mérito ejecutivo respecto de las obligaciones que contiene.

Por otra parte, se da cumplimiento al ***principio de la pluralidad de instancia***, al disponer el artículo 49° que el único medio de impugnación previsto en el procedimiento sancionador es el recurso de apelación, que debe interponerse dentro del tercer día hábil posterior a su notificación. Contra el auto que declara inadmisible o improcedente el recurso se puede interponer queja por denegatoria de apelación, dentro de segundo día hábil de notificado.

Finalmente, como se puede apreciar se respeta otro principio de la LGPA, esto es, el ***principio de separación de competencias*** pues los funcionarios que instruyen o que investigan no son los mismos que imponen las sanciones.

En la LGPA la instrucción del procedimiento está claramente diferenciada del procedimiento sancionador. El art. 159 (que se ocupa de la instrucción del procedimiento) se ubica dentro del Título II de la ley referido al "procedimiento administrativo", en tanto que el procedimiento sancionador está regulado en el Título IV dentro de los procedimientos especiales.

La fase de instrucción o investigaciones está separada del procedimiento sancionador. Los actos de instrucción son aquellos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución.

En la fase del procedimiento sancionador se aplica la facultad que dispone la administración para establecer la existencia de infracciones administrativas y las consecuencias de los administrados, pero respetándose los principios de la potestad sancionadora administrativa.

En efecto, la nueva Ley General de Inspección dispone que en la fase de instrucción o investigación es el inspector de trabajo que recoge la información y propone una sanción y el cumplimiento de determinadas normas laborales a título de cargo. En tanto que corresponde a la Subdirección de Inspección o a otras autoridades que hagan sus veces, la expedición de resolución como primera instancia, constituyéndose como segunda y última instancia la Dirección de Inspección Laboral o la que haga sus veces, agotando con su pronunciamiento la vía administrativa (artículo 41°).

7. Otras innovaciones de la nueva Ley General de Inspección

Finalmente es conveniente aclarar que nos hemos referido solo a una de las principales novedades de la nueva Ley General de Inspección, más esta no es la única, aunque a nuestro juicio lo que expresamos en esta ponencia implica un cambio del modelo de inspección vigente en nuestro país desde hace décadas.

No obstante, otros temas sumamente relevantes que introduce la nueva ley son, entre muchos otros, la creación de un Sistema nacional de Inspección del trabajo, único para todo el país coordinado con la descentralización territorial de competencias, así como la creación de una Autoridad Central del Sistema de Inspección del Trabajo.

Un tema que debe revisarse es la imperiosa necesidad de la existencia de una Orden de Inspección previa al inicio de las actuaciones de investigación. Este tema ha sido observado acertadamente por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.[6]

Punta Leona, 30 de setiembre de 2008

(6) Véase CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre la Inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) Perú (ratificación: 1960), Publicación: 2008; en http: www.ilolex.com.

FISCALIZACIONES LABORALES Y DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO[1]

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU[2]

La notable importancia de los procesos inspectivos reflejada en un nuevo sistema normativo, la mejor calificación de los inspectores de trabajo, la activa política del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a favor de la inspección laboral así como la preferencia de los trabajadores y sindicatos por las fiscalizaciones laborales son aspectos relevantes que no pueden dejar de tenerse en cuenta en las actuales relaciones de trabajo.

El énfasis por las fiscalizaciones laborales forma parte de la política del actual gobierno para fortalecer el sistema de fiscalización laboral y mejorar las condiciones de trabajo. Para ello, el Ministerio de Trabajo (MT) ha tomando varias medidas adicionales: se ha triplicado el número de inspectores, hay un notorio incremento de la fiscalización y actuaciones inspectivas[3], se aprecia una voluntad de aplicación más estricta de las leyes laborales, se está dando publicidad a la lista de empleadores morosos a través de la página web del MT, se cuenta con un mayor presupuesto, hay inspecciones en lugares de difícil acceso (minería, petróleo), integrales (cadenas de establecimiento), zonales (intensivas en ciertas provincias), etc. Más todavía, el MT ha sido percibido como la entidad que mejor protege derechos laborales (encuesta PUCP, mayo 2007).

---

(1) Agradecemos a los miembros del Área Laboral de Miranda & Amado Abogados: mucho de los temas de este artículo son fruto de sus reflexiones e investigaciones aunque la responsabilidad de las valoraciones realizadas corresponden al autor.

(2) Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Profesor Asociado de la PUCP. Profesor de la UDEP, ESAN y UPC. Magíster en Derecho Constitucional.

(3) En los últimos tres semestres, el crecimiento de las inspecciones salta a la vista en la cantidad de actuaciones inspectivas: 67,717 (2007-I), 62,968 (2007-II), 71,560 (2008-I). Fuente: Dirección de Inspecciones Laborales del Ministerio de Trabajo.

Las fiscalizaciones laborales son piezas claves dentro de cualquier sistema de relaciones de trabajo. Cada vez más están adquiriendo mayor importancia cualitativa a tal punto que la consecuencia laboral más importante derivada del TLC con EEUU son las inspecciones de trabajo. El TLC con EEUU obliga al Estado a velar por el efectivo cumplimiento de las obligaciones laborales, esto es, debemos contar con un mayor y mejor sistema inspectivo laboral. Entonces, se exige contar con mayor presupuesto e infraestructura, un sistema de fiscalización integrado, moderno y con políticas que apunten al efectivo ejercicio y respeto de los derechos laborales fundamentales.

La Ley General de Inspección del Trabajo (en adelante LGIT), Ley No. 28806, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 019-2006-TR (en adelante el Reglamento), representan una adecuación del sistema jurídico peruano a las directrices de la OIT (Convenio No. 81) en materia inspectiva así como la actual regulación administrativa. En líneas generales, las normas son equilibradas pues, por un lado, confieren mayores facultades al inspector de trabajo para realizar sus funciones y, por otro, introducen un procedimiento que puede permitir a las empresas una subsanación voluntaria, además contiene normas que garantizan mejor la observancia de un debido proceso y diferencia las etapas de inspección y de sanción.

A través de este artículo queremos referirnos al delicado equilibrio entre las facultades previstas en la LGIT de los inspectores de trabajo y el debido proceso, destacando especialmente a la presunción de inocencia. La apreciación del valor probatorio de las actas de inspección, supone un necesario análisis entre dos principios centrales: la presunción de certeza de lo señalado por el inspector en un acta inspectiva (las normas indican que tiene valor de "instrumento público") y la presunción de inocencia que tiene el empleador (principio de origen penal pero que se aplica al Derecho Administrativo). La conciliación de estos dos principios debería recaer en el debido proceso que, ejercido de manera adecuada, es el instrumento de ponderación de estos dos valores.

1. FACULTADES DE LOS INSPECTORES DE TRABAJO

El elemento clave y esencial en todo proceso inspectivo son las facultades inspectivas dentro de la etapa de investigación. Las facultades brindan, de un lado, el marco adecuado para la configuración de la presunción de certeza de las actas inspectivas y, de otro lado, ejercitadas de manera razonable, debieran constituir en una garantía para la tutela de los valores constitucionales (debido proceso, derecho de defensa y presunción de inocencia, intimidad, etc.).

La LGIT y el Reglamento contienen un elenco abierto de facultades y prerrogativas de los inspectores que tienen su fuente en el Estado Social de nuestro sistema jurídico y que importa la necesidad del Estado de intervenir en las relaciones laborales dado el carácter, además, protector o tuitivo del Derecho Laboral[4]. Naturalmente, como veremos más adelante, estas facultades no son absolutas pues deben ser ejercidas de manera razonable y sin que se aprecie una afectación a los derechos fundamentales de las personas.

(4) Sobre el tema, puede verse ANDRADE GARCIA, Javier. "Nueva Ley General de Inspección del Trabajo". En: Revista de TRABAJO No. 04 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Lima, 2006, pp. 11 y ss.

Las facultades que gozan los inspectores representan un desarrollo de los lineamientos contenidos en el Convenio 81 de la OIT sobre inspección laboral. En las siguientes líneas, detallamos las facultades de los inspectores de trabajo que se recogen en el artículo 5 de la LGIT.

1. Libre ingreso

La fiscalización laboral exige presencia física en el centro de trabajo, es la facultad más relevante de cualquier proceso inspectivo que debe tener un inspector laboral (numeral 1 del artículo 5 de la LGIT). Dada la naturaleza de la relación de trabajo, es indispensable que los inspectores puedan ingresar al centro laboral sin mayor limitación que el respeto del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio personal. Seguidamente, desarrollamos los principales aspectos de esta facultad.

Libre Ingreso	Descripción
Ingreso libre	No se requiere de alguna autorización para ingresar al centro de trabajo, la calidad de inspector –con la credencial respectiva- es suficiente para el ingreso y permanencia en el centro de trabajo. Ciertamente, se debe contar con un motivo razonable relacionado con la función inspectiva (Convenio 81 de la OIT, Art. 12.1.b).
Falta de aviso previo	Especialmente para detectar los casos de simulación o fraude, la inexistencia de un pre aviso o notificación previa es un elemento esencial en el proceso inspectivo. Esto es importante porque en nuestro país probablemente el principio más inobservado sea la primacía de la realidad que exige una constatación física de los servicios inspectivos.
Oportunidad	Los inspectores pueden ingresar a cualquier hora al centro laboral; inclusive, puede elegir el momento más oportuno en relación a la falta laboral que se desea detectar.
Lugar	No necesariamente el centro de trabajo es el lugar de la inspección, puede ser cualquier ubicación donde se ejecuta la relación de trabajo o sea necesaria la comprobación de sus actividades.
Domicilio personal	En el caso que el domicilio personal coincida con el laboral, será necesario tener la aceptación del empleador o un requerimiento judicial en caso de negativa (ello en atención al principio constitucional de la inviolabilidad del domicilio[1]).
Comunicación al empleador	Como regla, se debe comunicar inmediatamente al empleador y, si este no se encuentra, a cualquier directivo o representante de la empresa. En forma excepcional y justificada, puede dejarse de comunicar si la citación laboral afectaría el éxito del proceso inspectivo[2].
Comunicación al trabajador	Igualmente, en la visita inspectiva, el inspector debe comunicar al sindicato y trabajadores de la visita que realizará.

2. Comitiva inspectiva

El inspector puede estar acompañado de los trabajadores, sus representantes, técnicos o peritos, otros inspectores, inspectores auxiliares o cualquier otra persona debidamente facultada, para el cabal desarrollo de la visita inspectiva (numeral 2 del artículo 5 de la LGIT)[5]. Lo expresado no significa que los trabajadores puedan acompañar al inspector desde el MT al centro laboral y viceversa (podrían afectar los principios de equidad, transparencia e independencia) sino que debieran encontrarse fuera o dentro del centro de trabajo.

(5) A título ejemplificativo, el Convenio OIT No. 81 describe algunas categorías de peritos: especialistas en medicina, ingeniería, electricidad y química (Art. 9).

3. Investigaciones, exámenes y pruebas

La inspección en el trabajo debe contar con pruebas y constataciones específicas que permitan formar una convicción adecuada al inspector sobre el cumplimiento o no de las obligaciones laborales (numeral 3 del artículo 5 de la LGIT). No basta, en nuestra opinión, con una fiscalización que apunte a meras declaraciones de los inspectores, es necesaria que las conclusiones de una inspección laboral sean debidamente respaldadas y, por ello, la LGIT recoge una serie de prerrogativas y facultades.

En este caso, no estamos ante meras facultades sino ante obligaciones del inspector dentro del proceso inspectivo en tanto que las investigaciones, exámenes y pruebas, permiten respaldar debidamente las actas inspectivas; el inspector podrá escoger los medios más idóneos pero no puede eximirse de investigar y respaldar sus afirmaciones y conclusiones con los medios probatorios adecuados.

La visita inspectiva es vital para el proceso inspectivo, es el punto de conexión entre el proceso inspectivo y la realidad[6]. La actuación inspectiva debiera ser completa e incluir la mayor cantidad de actuaciones que permitan a los inspectores de trabajo tener pleno conocimiento de los hechos, si bien no existe un mínimo de actuaciones cuando menos debería tener una visita inspectiva, una comparecencia y una comprobación de datos[7].

El contenido de lo expuesto, se encuentra detallado en el siguiente cuadro resumen (de manera general, estas facultades también se encuentran descritas en el Art. 12 del Convenio OIT No. 81).

Diligencias	Descripción
Información	Todo aquello que se relacione con el proceso inspectivo puede ser requerido por el inspector, tanto a trabajadores como empleadores. El requerimiento comprende datos personales, razón de su presencia, explicación de hechos y situaciones, etc. Ciertamente, este requerimiento tiene como límite a la razonabilidad del pedido (información justificada, relacionada con temas laborales y el objeto de la inspección, etc.).
Presencia física	El inspector puede solicitar la presencia del empleador y/o sus representantes o encargados de los trabajadores, y de cualquier otra persona cuya presencia pudiera ser relevante para la actuación inspectiva.
Declaraciones	Las declaraciones de parte o terceros pueden ejecutarse en presencia de todos los sujetos relacionados con el proceso inspectivo o en privado cuando sea necesario (eventual amenaza o coacción del empleador) y brindando la garantía de confidencialidad del caso.
Documentación	El inspector puede solicitar todo tipo de documentación relacionada con el objeto de la inspección tales como libros, archivos, registros, programas informáticos, declaraciones, boletas de pago, aportes tributarios y sociales, etc. Esta documentación puede ser presentada en copia o directamente en las citaciones inspectivas.
Otras facultades	La toma de muestras, mediciones, fotografías, filmaciones, imágenes, croquis, etc. también es viable siempre que exista una comunicación al inspeccionado o representantes.

(6) GONZÁLES BIEDMA, Eduardo. La inspección de trabajo y el control de la aplicación de la norma Laboral. Aranzadi, Sevilla, 1999, p.172.
(7) LOAIZA, Silvana & ESPINOZA, Frank. "Las actuaciones inspectivas de investigación o comprobatorias". En: Revista de TRABAJO No. 05. Revista del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Lima, diciembre de 2007, p. 44.

Sobre las obligaciones de los representantes del empleador, cabe indicar que si bien existe la posibilidad de oponerse a brindar una declaración (derecho constitucional a no declarar contra sí mismo), ello no supone que, en virtud de la obligación general de colaboración con la justicia, se pueda negar a proporcionar documentación e información solicitada por el inspector de trabajo[8].

4. Información y datos

En general, los inspectores pueden solicitar todo tipo de información y datos o antecedentes que tengan relevancia para la función inspectiva (numeral 4 del artículo 5 de la LGIT). En esta línea, por ejemplo, pueden los inspectores solicitar datos de edad, sexo, etc. de los trabajadores para levantar una estadística en un determinado sector económico.

2. MEDIDAS INSPECTIVAS

Tras el proceso de investigación y el término de las diligencias de investigación, los inspectores de trabajo pueden ordenar una serie de medidas al empleador, trabajador, o terceros de ser el caso dentro del proceso inspectivo (numeral 5 del artículo 5 de la LGIT).

De cara al trabajador, la más importante medida es, sin duda, la subsanación de la irregularidad y el cumplimiento de las obligaciones laborales. En relación al proceso inspectivo en sentido general, lo más relevante es la facultad de iniciar el proceso sancionador (toda una novedad dentro del proceso inspectivo en general) pero el proceso inspectivo no debe culminar u orientarse en la sanción al empleador sino al cumplimiento de las obligaciones laborales, brindando una oportunidad para que el empleador pueda, ante el requerimiento o llamada de atención de los inspectores de trabajo, subsanar cualquier incumplimiento. En esta línea, LOAIZA & ESPINOZA indican que *"la principal función que deberían cumplir las medidas inspectivas, es la de otorgar una oportunidad a los sujetos inspeccionados para que puedan dar cumplimiento a las infracciones detectadas, en lugar de que sean sancionados"*[9].

Es importante advertir que las medidas que reseñaremos a continuación, no son excluyentes pues pueden acumularse, según las circunstancias específicas de cada caso. Ciertamente, estas medidas pueden ordenarse en función a cada infracción de tal manera que, dentro de un mismo proceso inspectivo se pueden verificar requerimientos, advertencias, órdenes de paralización, etc. para diferentes incumplimientos de las normas socio laborales.

Medidas	Comentarios
Consejo y recomendación	El inspector puede brindar recomendaciones y sugerencias sobre la mejor manera de cumplir con las obligaciones sociolaborales, de tal manera que la labor promotora, pedagógica y de difusión del Derecho Laboral se desprenden de esta atribución. Esta es la típica medida aplicable para las visitas orientadoras pero consideramos que debería ser la regla en todos los procesos inspectivos[3].

(8) Al respecto, puede verse AA.VV. (VAZQUEZ, Ignacio: Coordinador). Op. Cit., p. 55.
(9) LOAIZA, Silvana & ESPINOZA, Frank. Ob. Cit., p. 44.

Medidas	Comentarios
Advertencia	Estamos ante casos donde, dentro del proceso inspectivo, se verifica un incumplimiento de las obligaciones sociolaborales pero que fue subsanado por la empresa antes de la visita inspectiva (por ejemplo, un pago extemporáneo de las gratificaciones) o dentro del proceso inspectivo cuando los inspectores sugieren el cumplimiento de las normas socio laborales. En este supuesto, la empresa subsana alguna irregularidad, y se cursa una advertencia a la empresa para evitar futuros incumplimientos.
Requerimiento	Importa la necesidad de exigir, dentro del proceso inspectivo, el cumplimiento de una obligación sociolaboral dentro de un plazo determinado e individualizando al sujeto responsable de tal acción. Esta medida también se produce dentro del proceso inspectivo, no pertenece al proceso sancionador. En caso de cumplimiento del requerimiento, se otorga la libertad al inspector para decidir si inicia o no un proceso sancionador.
Adecuación en seguridad y salud	En materia de seguridad y salud en el trabajo se prevé las mismas obligaciones y alcances jurídicos que el requerimiento señalado anteriormente. En este caso concreto, se requiere del retorno del inspector al centro laboral para apreciar el cumplimiento laboral.
Inicio de proceso sancionador	Si se detecta una infracción al término del proceso de inspección, el inspector levanta un acta de infracción que genera el inicio del proceso sancionador
Paralización	La paralización de actividades o prohibición de las mismas es una atribución que se relaciona con la prevención laboral cuando se aprecia un riesgo grave e inminente sobre la seguridad y salud de los trabajadores[4]. Esta es la facultad para ordenar un "*no hacer*" más relevante que tiene el inspector de trabajo, un control directo sobre la gestión empresarial.
Seguro de riesgo	Cuando se trata de empleadores que realizan actividades de riesgo y, por tal razón, están comprendidas dentro del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, los inspectores pueden coordinar con las compañías de seguros, ESSALUD, ONP o EPS según sea el caso para que implementen las medidas comprendidas en este sistema de seguridad social
Comunicaciones	Si, con ocasión de la fiscalización laboral, se aprecian incumplimientos que tienen incidencia en la Seguridad Social, el inspector debe comunicar sobre tales hechos.
Otras medidas	Cualquier otra medida que coadyuve al cumplimiento de las obligaciones laborales puede implementarse. Así, a este nivel, se hace referencia a planes de formalización que importa una asistencia en el tiempo del MT en aras del cumplimiento de la legalidad; la organización de cursos de capacitación; la colocación de carteles a empresas que incumplen sistemáticamente; etc.

3. FACULTADES DEL INSPECTOR Y DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

1. Sistema inspectivos y los inspectores de trabajo

Dentro del proceso inspectivo, los supervisores inspectores, los inspectores de trabajo y los inspectores auxiliares tienen la competencia exclusiva para desarrollar las funciones de inspección de acuerdo con las atribuciones y limitaciones descritas en las normas legales (artículo 6 de la LGIT y artículo 6 de su Reglamento), y están regidos por el principio de

unidad funcional que importa una "*organización generalista, con estructuras propias del principio de especialización funcional (unidades especializadas y equipos)*"[10].

El ejercicio de esta facultad importa que existe una independencia y autonomía técnica y funcional de los inspectores y supervisores inspectores a frente a cualquier influencia política, social o de cualquier tipo[11], así como la posibilidad de que exista una organización interna, para distribuirse en forma independiente y formar equipos de trabajo de la manera más eficiente posible[12].

El sistema de inspecciones propone una estructura organizacional con inspectores que ejercen una "*función profesionalizada de inspección*"[13], y que tiene como cabeza de grupos a los Supervisores Inspectores. Estos funcionarios lideran y son responsables por la gestión y actuación de los inspectores e inspectores auxiliares a su cargo. Luego, tenemos a los inspectores de trabajo que debieran ser el mayor grupo dentro de un sistema inspectivo pues son quienes realizan naturalmente las actuaciones inspectivas. Finalmente, los inspectores auxiliares son los pilares de la estructura inspectiva y el inicio de la carrera de inspector de trabajo.

2. Debido proceso administrativo

Naturalmente, el debido proceso –tradicionalmente concebido como una garantía jurisdiccional- es un principio que también le asiste a los trabajadores y empresas, que tiene eficacia dentro de las relaciones laborales así como en las relaciones de estos con la administración. En suma, estamos ante derechos fundamentales, "*derechos de la persona, que están impregnados por la relación laboral*"[14].

La Constitución destaca, en su artículo 139 una lista de garantías de la administración de justicia y que son aplicables al proceso administrativo. En torno a este tema, se ha señalado lo siguiente[15]: "*La motivación del acto administrativo deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados y que sean relevantes respecto del caso específico, y además con la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a las anteriores justifican el caso adoptado.*"

El Tribunal Constitucional (TC) en reiteradas ocasiones ha señalado que el proceso administrativo también se rige por estas garantías de administración de justicia. Así, ha dispuesto que (Expediente No. 330-2004-AA/TC) *"Sobre la base de la Constitución que señala, en su artículo 139, inciso 3, como principio de todo proceso "la observancia del debido proceso", en las normas de procedimiento administrativo (artículo IV punto 1.2, de*

(10) EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE. La inspección del trabajo 2007-2008. Ed. Fracis Lefebvre. Madrid, 2007, p. 106.
(11) En la misma línea, el Art. 3.2 del Convenio 81 de la OIT indica que "*Ninguna otra función que se encomiende a los inspectores del trabajo deberá entorpecer el cumplimiento efectivo de sus funciones principales o perjudicar, en manera alguna, la autoridad e imparcialidad que los inspectores necesitan en sus relaciones con los empleadores y trabajadores*".
(12) GARCIA RUBIO, Amparo. "La inspección de trabajo …". Op. Cit.. p. 89.
(13) GONZALES BIEDMA, Eduardo. Ob. Cit., p. 51.
(14) SAGARDOY, Juan. Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Ed. Aranzadi. Navarra, 2005, p. 13.
(15) GUZMAN NAPURÍ, Christian. Preguntas & Respuestas sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima. Ediciones Legales. Año 2002, pp. 54-55.

la Ley del Procedimiento Administrativo General) se ha venido a entender el principio del debido procedimiento, el mismo que significa que "los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho (...).".

En otra ocasión, el TC ha mencionado lo siguiente:

> *"El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada- de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.)".* (STC 04289-2004-AA, fundamento 2)[16].

Como puede apreciarse, el máximo intérprete de la Constitución ha ratificado la vigencia del debido proceso. Al ser este un derecho fundamental, se aplica también a todo procedimiento administrativo, por lo cual en los procesos administrativos debe respetarse este derecho de todo particular.

El artículo 6 de la Ley de Procedimiento Administrativo General recoge las implicancias del debido proceso y la motivación como requisito de validez del acto administrativo, indicando expresamente lo siguiente:

> *"6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.*
>
> *6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.*
>
> *6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto".*

A lo expuesto, es necesario agregar que el artículo 44 de la LGIT, la observancia del debido proceso es un principio del procedimiento administrativo sancionador que implica, entre otros elementos, el derecho a *"obtener una decisión por parte de la Autoridad Administrativa debidamente fundada en hechos y en derecho*". Ahora bien, de acuerdo con el artículo 16 de la LGIT, "*Las Actas de Infracción por vulneración del ordenamiento jurídico*

(16) En la misma línea (Expediente 02167-2007-PA/TC), el TC ha resuelto que *"el debido proceso en sede administrativa importa un conjunto de derechos y principios que constituyen las garantías indispensables con las que cuenta el administrado frente a la Administración".*

sociolaboral, así como las actas de infracción por obstrucción a la labor inspectiva, se extenderán en modelo oficial y con los requisitos que se determinen en las normas reguladoras del procedimiento sancionador. Los hechos constatados por los inspectores actuantes que se formalicen en los actas de infracción observando los requisitos que se establezcan, se presumen ciertos sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados. El mismo valor y fuerza probatoria tendrán los hechos comprobados por la Inspección del Trabajo en que se formalicen las medidas inspectivas que se adopten".

De esta forma, tenemos el reconocimiento del principio de certeza o validez de las actuaciones inspectivas. Así, la apreciación del valor probatorio de las actuaciones de inspección, supone un necesario análisis entre dos principios centrales: la presunción de certeza de lo señalado por el inspector en las actuaciones inspectivas que se sostiene a través de las diligencias e investigaciones realizadas y la presunción de inocencia que tiene el empleador (principio constitucional de origen penal pero que se aplica al Derecho Administrativo, y por supuesto, al proceso inspectivo laboral).

3. Debido proceso y presunción de inocencia del empleador

Como hemos visto, la LGIT otorga al inspector facultades para realizar cualquier investigación, disponer la entrega de documentos, requerir la presencia de funcionarios y de cualquier otra actuación que permita revisar adecuadamente el cumplimiento de las obligaciones sociolaborales. Más todavía, las afirmaciones del inspector, en tanto son funcionarios públicos, merecen fe, son documentos públicos que tienen un valor probatorio tanto dentro del proceso inspectivo como en otras instancias –como el Poder Judicial-[17].

Todas las facultades descritas se concretan en las actuaciones de inspección. El informe inspectivo (cualquiera sea el contenido de las medidas ordenadas) y las demás actuaciones inspectivas gozan de una presunción de veracidad[18] y que se deriva del carácter especial del Derecho Laboral: la llamada "fugacidad" y urgencia de los hechos que motivan una inspección laboral suele importar que se tenga que conferir una presunción legal de validez a las afirmaciones del inspector (por ejemplo, el trabajo de un extranjero que solamente puede ser apreciado por una constatación directa del inspector, ante la ausencia de otros medios probatorios). Ciertamente, a lo dicho, habría que incorporar la labor de los inspectores que deben actuar con objetividad, razonabilidad y equidad.

Sin embargo, no puede dejar de admitirse que el inspector –como cualquier otro acto humano- puede excederse en sus funciones o simplemente no ejercerlas e incorporar en las actuaciones inspectivas hechos y situaciones que no necesariamente corresponden con la realidad. He aquí, la actuación de un principio límite: la presunción de inocencia del empleador que se deriva del debido proceso. Como se ha dicho, "solo podrá ser considerarse que la actividad inspectora es válida y eficaz cuando los actos de constatación se lleven a cabo con pleno respeto de derechos fundamentales"[19].

(17) GARCÍA RUBIO, Amparo. Op. Cit., pp. 517-518.
(18) Al respecto pueden verse: AA.VV. (Ignacio Vázquez: Coordinador). La inspección de trabajo y seguridad social. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999; GARCIA, María. La presunción de certeza de las actas de inspección de trabajo y Seguridad Social. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999; GONZALEZ BIEDMA, Eduardo. Ob. Cit.
(19) GARCIA RUBIO, Amparo. Op. Cit., p. 307.

Así, la LGIT ha dotado a los inspectores de trabajo de una serie de facultades destinadas a hacer más efectiva su labor. Pero, a la vez que establece dichas facultades, la nueva normativa refuerza y hace explícitos principios y garantías que resguardan la legalidad y arreglo a derecho de la actuación de los inspectores. Cabe dejar bien en claro, que estos principios y garantías se agregan a los ya consagrados por nuestra Constitución Política cuya titularidad corresponde a todas las personas, incluyendo las personas jurídicas.

Más concretamente, la normativa de inspecciones señala que las actuaciones de la administración (vale decir, el procedimiento de inspección y la actuación del propio inspector) se rigen por el principio constitucional de legalidad (recogido en el artículo 2.1 de la LGIT) y de otro lado, se ha referido al derecho de los administrados de obtener una decisión debidamente fundada en hechos y en derecho (artículo 44 de la LGIT). En tal sentido, toda actuación del inspector deberá sujetarse a la Legalidad, reduciéndose sus facultades discrecionales únicamente a los aspectos en los que la LGIT lo permite expresamente.

La actuación de los inspectores no debe vulnerar la garantía constitucional de la presunción de inocencia. Esta garantía, está consagrada en el artículo 24, literal e), de nuestra Constitución[20] y de conformidad con la interpretación y aplicación que ha realizado el Tribunal Constitucional en innumerables casos –inclusive para meros actos entre particulares-[21], nadie puede ser sujeto de sanción penal o administrativa si previamente el ministerio público o, cuando la administración, no ha demostrado la responsabilidad del administrado. Como se aprecia, la presunción de inocencia resulta aplicable a todo ejercicio de la potestad de sanción que ejerce la Autoridad Administrativa de Trabajo, y ella demanda que previo al ejercicio de dicha potestad la autoridad demuestre fehaciente e indubitablemente que se ha incurrido en una infracción.

Esta presunción de inocencia, como se ha dicho, se identifica como una verdad interina de inculpabilidad, que se mantiene hasta el momento en que logre acreditarse mediante los medios probatorios pertinentes la vinculación del imputado en una causa criminal a los hechos declarados probados[22].

Ahora bien, esta exigencia de señalar los hechos o pruebas en general que configuran las infracciones es más intensa todavía cuando se trata de la aplicación del principio de la primacía de la realidad para determinar la existencia de una relación laboral (artículo 2.2 de la LGIT). Es claro que para aplicar cualquiera de las presunciones legales relativas contenidas en la ley, es necesario que en forma previa se acrediten los hechos sobre los cuales se aplicará la presunción. Si ello no se cumpliera, la autoridad inspectiva no podría nunca aplicar la presunción[23].

(20) El artículo 2, inciso 24, acápite e) de la Constitución Política, prescribe que : "*Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*".

(21) Sobre la presunción de inocencia, el TC ha dispuesto (Expediente No. 0238-2002-AA-TC): "*Toda sanción, ya sea penal o administrativa, debe fundarse en una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, la carga de la prueba corresponde al que acusa, este debe probar el hecho por el cual acusa a una determinada persona, proscribiéndose sanciones que se basan en presunciones de culpabilidad. Así la presunción de inocencia, constituye un límite al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, en sus diversas manifestaciones*".

(22) SEMPERE NAVARRO, Antonio. "Principios del Derecho Sancionador". En: Varios autores. Derecho Sancionador Público del Trabajo. Editorial Colex, Madrid, 2001, p.123.

(23) Curiosamente, el Código Tributario confiere una cuestionable presunción laboral a la SUNAT. Así, el 72-D indica que, cuando se compruebe que una empresa ha omitido registrar trabajadores en planillas pero no se cuenta con elementos probatorios para acotarla, se podrá presumir el monto de las remuneraciones y los periodos laborados por el trabajador. El monto de las remuneraciones será, sucesivamente, el mayor que se registre, el correspondiente a un compañero que realiza la misma función, el aplicable a un trabajador de otra compañía del sector con similar volumen de operaciones o, en su defecto, la remuneración mínima vital. El período mínimo de acotación será 6 meses y para un trabajador a plazo fijo 3 meses. Solo si la empresa demuestra claramente que las remuneraciones y períodos son diferentes, se dejará sin efecto la presunción.
Los jueces laborales y los inspectores de trabajo no tienen esta prerrogativa. Ellos sí deben sustentar de manera adecuada las remuneraciones y períodos sin que sea posible aplicar las simples reglas de presunción descritas. Más todavía, si por la presunción la SUNAT ordena el pago de tributos laborales, el Ministerio de Trabajo no podría imponer una multa ni mucho menos el trabajador cobrar sus beneficios sociales pues cada entidad del Estado es autónoma y la actuación tributaria no es vinculante.

De lo anterior surge fácilmente la pregunta: ¿Se encuentran facultados los inspectores de trabajo para calificar una infracción sin señalar los hechos que la constituyen ni fundamentar sus conclusiones? La respuesta es no; porque de hacerlo la calificación derivaría de su apreciación subjetiva y no de hechos objetivos y concretos. Permitirle al inspector calificar en base a su solo criterio si se configura o no una infracción sería otorgarle una facultad discrecional que la ley no le atribuye y que sería contraria al principio de legalidad que debe regir la actuación de la inspección del trabajo.

Por ejemplo, si se toman declaraciones sobre la existencia de un vínculo laboral, se debería incluir la firma de las partes que hicieron tales declaraciones dentro del informe inspectivo o contar con cualquier otro medio probatorio que sostenga dicha prueba. De lo contrario, la presunción de veracidad de las actuaciones inspectivas solamente se extiende al hecho de que se tomaron declaraciones pero no sobre el contenido de las mismas[24].

Queda claro entonces que los inspectores de trabajo deben respaldar los hechos constatados antes de calificar una infracción y que la sola mención de los hechos no es suficiente para calificar la infracción, se debe sustentar con pruebas y documentos que pudieran servir de sustento a sus afirmaciones pues estamos ante un servicio público y ante un acto administrativo que es una manifestación de la administración pública[25] y, como tal, debe sujetarse al ordenamiento jurídico. Reiteramos, la Constitución garantiza a presunción de inocencia y ubica a la sujeción a la ley como un principio que rige la actuación del inspector.

Finalmente, la carga probatoria sobre la existencia de infracciones sociolaborales recae en la administración tras el reconocimiento del principio de presunción de inocencia[26]. En esta línea, la presunción de certeza de las actuaciones inspectivas no importa una reversión de la carga probatoria[27], deben tener un límite, y este es el derecho fundamental de las personas, concretamente, la presunción de inocencia del empleador. Entonces, la presunción de inocencia resulta ser un instrumento administrativo que tiene un carácter limitado y excepcional.

Así, ante un conflicto probatorio, las actuaciones inspectivas debiera ser una prueba relevante –pues goza de la presunción de certeza- pero no determinante –pues

(24) Al respecto, puede verse AA.VV. (VAZQUEZ, Ignacio: Coordinador). Op. Cit., p. 55.

(25) MARTIN JIMENEZ, Rodrigo. Los actos administrativos laborales y su control jurisdiccional. CES. Madrid, 2001, pp. 22 y ss.

(26) GARCIA RUBIO, Amparo. "La presunción…". Ob. Cit., pp.37-38.

(27) AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, Antonio). Derecho sancionador público del trabajo. Ed. Colex. Madrid, 2001, p. 361.

existe la presunción de inocencia-; en esta línea, la administración –y en su caso, el Poder Judicial- tendrá que apreciar todas las pruebas en conjunto (libre valoración de las pruebas, incluyendo las aportadas por las partes dentro del proceso) para obtener un criterio que respalde la emisión de una resolución dentro del proceso administrativo sancionatorio.

4. Criterios del Ministerio de Trabajo

El MT emitió el Oficio Circular No. 386-2008-MTPE/2/11.4, "Lineamiento que establece los criterios técnicos en la declaración de nulidad de las actas de infracción (Nulidades de oficio)", donde también ha considerado que la contravención al debido proceso y, más precisamente, a la falta de motivación es causal de nulidad del acta de infracción. Así, de acuerdo al referido Oficio Circular, el Acta de Infracción será nulo cuando:

- Se extiendan como consecuencia de un procedimiento inspectivo que contravenga las disposiciones legales que lo regulan.
- Falta identificación del sujeto responsable.
- No hay constatación de hechos, salvo cuando se imputa impedimento de ingreso al centro de trabajo.
- Falta calificación de las infracciones o hay omisión de los preceptos y normas que se estiman vulneradas.
- Falta propuesta de sanción y/o cuantificación, así como su graduación con expresión de los criterios utilizados para dichos efectos.
- No hay expresión de los fundamentos fácticos y jurídicos de la responsabilidad que se imputa a los sujetos responsables.
- Falta la identificación del inspector o de los inspectores del trabajo que extiendan el acta de infracción o la falta de suscripción de la misma.

Existe un criterio administrativo en el MT en torno a este tema. Hemos encontrado varias resoluciones que disponen la observancia del debido proceso dentro de los procedimientos administrativos. Así, por ejemplo, la Resolución Sub Directoral No. 091-2007-SDILDLG/PAS, indicó lo siguiente:

> "Que, a través del Acta de Infracción a las Normas Sociolaborales, los Inspectores de Trabajo, recomiendan laboralizar a un grupo de trabajadores destacados (...) sin embargo se advierte del mismo que no realizan un análisis objetivo, ni describen la actividad principal de la usuaria, con el objeto de diferenciarla de las desarrolladas por los trabajadores destacados por las contratistas; además, tampoco llevan a cabo un análisis casuístico y técnico de las labores desarrolladas por el personal destacado a lo largo de la cadena productiva de la usuaria, ya que la sola manifestación de los trabajadores resulta insuficiente para concluir con una opinión acertada en tal sentido tales omisiones, impiden la aplicación correcta del principio de primacía de la realidad, vulnerando de esta manera el derecho constitucional a la presunción de inocencia y

> al debido proceso, razón por la que la nulidad formulada por la recurrente, en este extremo igualmente debe ampararse"[28].

De otro lado, y en estrecha vinculación con el deber de motivación, tenemos la Resolución Sub Directoral No. 321-07-MTPE/2/12.320 que declara la nulidad del procedimiento:

> "Asimismo, los Inspectores del Trabajo (...) requieren de manera genérica al sujeto inspeccionado a efectos de que subsane las obligaciones en materia de relaciones colectivas, intimidad y dignidad y garantice el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores, no precisando claramente cuáles son las materias a subsanar, ni enmarcando los hechos que constituirían incumplimientos en un tipo previsto en alguna norma sustantiva concreta, expresando de manera literal que la subsanación está referida a 'materias de los derechos constitucionales de los trabajadores".

Un desarrollo expreso de la presunción de inocencia del empleador como un derecho en sede constitucional y el desarrollo sobre sus alcances para declarar la nulidad de un acta puede verse en esta resolución (Resolución Sub Directoral No. 936-08-MTPE/2/12.320):

> "(...) la presunción de veracidad de las actas de inspección laboral prescritas en los artículos 16° y 47° de la Ley N° 28806, tienen su limite en la presunción de inocencia del empleador, el cual es un derecho reconocido constitucionalmente, asimismo se debe considerar la presunción de inocencia, como un criterio en la interpretación de la norma, ya que la condiciona; no pudiendo interpretarse una norma sin tomar en cuenta que la persona a la cual se le está aplicando dicha norma en un primer momento es inocente y es la autoridad estatal mediante la actuación de la prueba dentro de un debido proceso, quien deberá realizar el análisis respectivo a fin de desvirtuar esta presunción".

Finalmente, la exigencia de contar con pruebas idóneas más que simples declaraciones de los trabajadores para determinar la nulidad de un acta de infracción se desarrolla en esta resolución (Resolución Sub Directoral N° 048 - 08-MTPE/2/12.320):

> "Que (...) no se han determinado con exactitud las infracciones observadas en el Acta de Infracción de la referencia, estando a que de los antecedentes se desprende que solo se han tomado en cuenta manifestaciones de las personas entrevistadas, por lo cual no se ha explicado de qué forma se llega a la convicción respecto de las fechas de ingreso de este personal, de igual forma respecto de sus ingresos y jornada laboral a efectos de considerar la existencia de los elementos constitutivos de una relación de carácter laboral; asimismo, de acuerdo a los hechos detallados y a las cartas dirigidas (...),no se agotó la posibilidad de efectuar sus indagaciones en la dicha empresa (...) por lo cual no se ha precisado fehacientemente si existe una relación de carácter laboral entre las personas entrevistadas y la entidad inspeccionada"[29].

(28) En la misma línea, se ha detallado que "*Que (...) se tiene que el inspector del trabajo comisionado no ha consignando de manera precisa los hechos constatados que motivaron la propuesta de infracción consignada en al acta de infracción materia de autos, referida a la razón por la cual llegó a concluir que el sujeto inspeccionado no acreditó haber otorgado el descanso semanal a favor de denunciante*" (Resolución Sub Directoral No. 404-2008-MTPE/2/12.310).

(29) En la misma línea, se ha indicado que "*Que (...) si bien es cierto concluyen en la inobservancia de la empresa inspeccionada respecto de los requisitos impuestos por la Ley N° 27626 – Ley que regula la actividad de*

4. REFLEXIONES FINALES

La atención adecuada a los requerimientos inspectivos y evitar actos de obstrucción son la regla número uno ante una fiscalización en el centro de trabajo. Por ejemplo, impedir inspecciones califica como un delito. Además, recordemos que los inspectores de trabajo son funcionarios públicos cuyas actuaciones están bañadas del principio de veracidad o presunción de licitud de sus actos, declaraciones y constataciones.

Las inspecciones tienen un límite esencial: la presunción de inocencia. Este principio constitucional no solo se aplica a los juicios, se extiende a los procesos administrativos y las relaciones entre particulares. Así, las afirmaciones contenidas en las actas y resoluciones deberían tener respaldo en pruebas objetivas (documentos, testigos, constataciones, etc.).

La actuación probatoria más importante se produce al inicio de los procesos inspectivos, cuando las partes brindan sus manifestaciones y el respaldo de cada una de ellas, el inspector recoge las pruebas que serán el sustento para sus actas y las posteriores resoluciones. Los esfuerzos mayores de las partes para demostrar sus afirmaciones deben concentrarse en esta etapa y no tanto en las impugnaciones posteriores.

De otro lado, el derecho de defensa importa que se pueda presentar todas las pruebas, documentos, etc. que permitan respaldar las posiciones de cada una de las partes. Los inspectores de trabajo son el punto de equilibrio de los naturales conflictos en el trabajo, y debe concederse igualdad de oportunidades para audiencias, tiempos de defensa, plazos, inmediación, etc. a trabajadores y empleadores. Por ello, las partes deben exigir que las actuaciones inspectivas sean ajustadas a la realidad constatada, equilibradas y justas; de lo contrario, estaremos ante actos nulos.

La función inspectiva tiene un papel trascendental en las relaciones de trabajo del país, y por ello es necesario que todos colaboremos para la recta aplicación de las normas y la adecuada interpretación de sus preceptos pues, antes que nada, nos encontramos ante derechos fundamentales que representan el principal interés de cualquier estado democrático.

las empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores, a efectos del destaque del personal detallado en el Acta de Infracción (...), se debe considerar que conforme se aprecia de los actuados únicamente se ha remitido a las manifestaciones otorgadas (...), sin tomar en consideración ni evaluar la documentación que en su oportunidad se le exhibió, por lo cual, mal pueden los Inspectores actuantes sustentar las conclusiones de las presentes actuaciones únicamente en manifestaciones de las personas entrevistadas, sin señalar cuáles han sido los medios de prueba o investigación utilizados para determinar la existencia de las infracciones señaladas" (Resolución Sub Directoral N° 370-08-MTPE/2/12.320).

LA INSPECCIÓN LABORAL EN LIMA: SUGERENCIAS PARA SU MEJORÍA

DANIEL ULLOA MILLARES[1]

El servicio de inspección del trabajo en Perú se encuentra regulado por el Convenio 81 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), norma ratificada por nuestro país el 1 de febrero de 1960; la ley 28806 (ley general de inspección del trabajo, publicada el 22 de julio de 2006, en adelante "la ley") y por su reglamento, aprobado por decreto supremo 19-2006-TR modificado por decreto supremo 19-2007-TR (en adelante "el reglamento") publicados el 29 de octubre de 2006 y el 1 de setiembre de 2007, respectivamente.

El presente artículo desea resaltar los principales problemas existentes en el servicio de inspecciones de Lima así como plantear algunas soluciones. Todo ello generado desde el punto de vista de un usuario del sistema y bajo el precepto constitucional de que vivimos en una república "democrática, social, independiente y soberana"[2] cuyo deber primordial es, entre otros, "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos"[3].

I. SOBRE LA INFRAESTRUCTURA EXISTENTE

Señala el artículo 11 del Convenio 81 OIT antes citado:

"Artículo 11

1. La autoridad competente deberá adoptar las medidas necesarias para proporcionar a los inspectores del trabajo:

(1) Abogado. Profesor de derecho laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad San Ignacio de Loyola.
(2) Artículo 43 de la constitución política de 1993.
(3) Artículo 44 de la constitución política de 1993.

a) oficinas locales debidamente equipadas, habida cuenta de las necesidades del servicio, y accesibles a todas las personas interesadas;

b) los medios de transporte necesarios para el desempeño de sus funciones, en caso de que no existan medios públicos apropiados.

2. La autoridad competente deberá adoptar las medidas necesarias para reembolsar a los inspectores del trabajo todo gasto imprevisto y cualquier gasto de transporte que pudiere ser necesario para el desempeño de sus funciones."

Asimismo, el artículo 30 de la ley indica:

Artículo 30.- Locales y medios materiales

El Sistema de Inspección del Trabajo dispondrá de oficinas y locales debidamente equipados de acuerdo con las necesidades del servicio.

Los recursos informáticos del Sistema de Inspección comprenderán los sistemas lógicos y físicos necesarios, así como las conexiones informáticas y el sistema de comunicaciones entre la Autoridad Central del Sistema de Inspección y sus órganos territoriales. La actividad del Sistema de Inspección del Trabajo será objeto de tratamiento informatizado a partir de una base de datos nacional, única e integrada, para garantizar su homogeneidad y explotación estadística.

La base de datos informatizados del Sistema de Inspección y sus aplicaciones de explotación, radicarán en la Oficina de la Autoridad Central, a la que corresponderá su gestión, desarrollo y modificación, con la finalidad de garantizar los deberes de secreto profesional y confidencialidad así como los principios de sistema único e integrado prescritos en la presente Ley.

Si visitamos el inmueble en el que actualmente laboran los inspectores de Lima (ubicado en la Av. Arenales 1302) al cual también deben acudir los empleadores si es que son citados por algún requerimiento de comparecencia, lo cual depende del arbitrio de cada inspector, veremos que lo previsto en las normas antes citadas no se cumple: no hay espacio suficiente para la labor de atención al público, los inspectores no tienen computadoras apropiadas ni mucho menos máquinas portátiles asignadas, no tienen teléfonos (por lo que toda comunicación debe ser realizada con sus propios bienes y pagada con sus ingresos), toda la revisión se realiza con calculadora, papel y lapicero, etc.

Respecto del inmueble actual se podría decir que es una ubicación temporal, debido a que la sede principal del ministerio de trabajo y promoción del empleo todavía se encuentra en reparación por los daños generados por el terremoto de julio de 2007. Empero, las limitaciones existentes hacen que a veces el usuario tenga que esperar a que quede libre una mesa previamente ocupada (a pesar que ha llegado a tiempo) o realizar la comparecencia en una mesa compartida, la misma que no tiene un tamaño adecuado para presentar la información que se debe llevar. Todo esto, además de las condiciones de las sillas y la ventilación del local, no responde al concepto de un local *debidamente equipado*.

Del mismo modo, las condiciones de trabajo internas tampoco son buenas: la dependencia a las nuevas tecnologías obliga a que existan computadoras con una adecuada protección contra virus que puedan aceptar información actual (el Windows Vista no es aceptado en muchas máquinas) y que permitan además que la información presentada por el

empleador en otras inspecciones sea accesible para evitar que se prepare y remita información que se puede obtener de la propia entidad, cumpliéndose así lo establecido en el artículo 40 de la ley del procedimiento administrativo general, ley 27444:

"Artículo 40.- Documentación prohibida de solicitar

40.1 Para el inicio, prosecución o conclusión de un procedimiento, las entidades quedan prohibidas de solicitar a los administrados la presentación de la siguiente información o la documentación que la contenga:

40.1.1 Aquella que la entidad solicitante posea o deba poseer en virtud de algún trámite realizado anteriormente por el administrado en cualquiera de sus dependencias, o por haber sido fiscalizado por ellas, durante cinco (5) años anteriores inmediatos, siempre que los datos no hubieren sufrido variación ni haya vencido la vigencia del documento entregado. Para acreditarlo, basta que el administrado exhiba la copia del cargo donde conste dicha presentación, debidamente sellado y fechado por la entidad ante la cual hubiese sido suministrada."

Lamentablemente esto no ocurre. En general un inspector de trabajo solicita al empleador información que ya ha sido presentada en procedimientos de revisión previos de naturaleza ordinaria (denominados "operativos"), especialmente cuando el nuevo requerimiento se origina por la existencia de una denuncia específica presentada por algún trabajador o por el sindicato. Esto también ocurre cuando se debe presentar la planilla, documento esencial para el cálculo de la mayoría de los beneficios sociales objeto de los "operativos" antes citados[4].

Esta deficiencia se vuelve actualmente más notoria por la existencia de la planilla electrónica, la misma que debe ser impresa para cada inspección a pesar que la información ya fue presentada a la administración tributaria y que podría ser entregada en algún medio magnético portátil (por ejemplo un disquete, un *CD* o un *USB)*. Nada de esto existe y superar una inspección resulta ser muchas veces engorroso, a pesar que uno se encuentre sin falta alguna.

II. SOBRE LA LABOR ENCARGADA Y LAS CONDICIONES REMUNERATIVAS

El ministerio de trabajo y promoción del empleo señala en su página web (http://www.mintra.gob.pe/inspecciones.php) que tiene en su nómina, entiéndase de Lima, 18 supervisores, 108 inspectores y 100 auxiliares. Como puede deducirse, cada grupo cumple funciones distintas. En efecto, si bien los supervisores están facultados normativamente para desempeñar en su integridad todas las funciones de inspección, generalmente ellos no realizan visitas sino que se encargan de revisar la labor efectuada por el grupo de inspectores y auxiliares que tienen a su cargo (aproximadamente diez), verificando cada actuación de inspección. Sobre los auxiliares, el reglamento señala en su artículo 4 que ellos pueden realizar actuaciones de inspección siempre que formen parte de un equipo de trabajo. Si ello no ocurre, solamente pueden atender denuncias sobre despido arbitrario, actuaciones para

(4) Tales como las gratificaciones legales, la compensación por tiempo de servicios o la participación en las utilidades.

el otorgamiento de la constancia de cese al trabajador o funciones de vigilancia y control de las normas en empresas de hasta diez trabajadores.

Esta previsión limita el alcance de atención que pueda tener el servicio de inspección, aunque ello se puede justificar en la inexperiencia que podemos entender posee este colectivo, así como por el respeto de la organización interna establecida en el artículo 26 de la ley, el cual prevé que el ingreso a la inspección del trabajo se efectúa como inspector auxiliar, siendo exigible dos años de permanencia como tal para poder acceder en concurso interno a la condición de inspector de trabajo. Luego, para ser supervisor se necesitan tres años de funciones como inspector. Todo ello se encuentra precisado en el reglamento de la carrera del inspector del trabajo, aprobado por decreto supremo 21-2007-TR publicado el 27 de setiembre de 2007.

La categoría supone grandes diferencias entre la naturaleza de las labores y la responsabilidad de cada miembro. Empero, ello no se ve reflejado en la cuantía de las contraprestaciones, las mismas que prevén cantidades muy cercanas entre ellas. Así, según lo establece el decreto supremo 220-2006-EF, publicado el 31 de diciembre de 2006, la escala remunerativa aplicable en este sector actualmente vigente es la siguiente:

Categoría	Remuneración máxima (nuevos soles)
Supervisor inspector	3300
Inspector	3000
Inspector auxiliar	2500
Conciliador	2400
Defensor laboral de oficio	2400
Consultor	2400
Liquidador	2200

Como se trata de una remuneración máxima, ella comprende todos los beneficios que pueda percibir el trabajador. Así, si tiene hijos y por tanto, derecho a la asignación familiar legal, la remuneración mensual ordinaria percibida se reduce para adecuarse al máximo establecido. Gran tema a discutir y resolver será si dicha remuneración máxima puede excluir también a los beneficios que puedan provenir de alguna negociación colectiva que se firme en este ámbito (cabe recordar que existe un sindicato de inspectores de trabajo, SIT PERU).

Asimismo, la norma citada señala que el ministerio de trabajo y promoción del empleo solamente puede reconocer al personal 14 remuneraciones por año: las doce por cada mes laborado más las gratificaciones de fiestas patrias y navidad. Está prohibida, bajo responsabilidad, la entrega de cualquier otro ingreso, bonificación, asignación, retribución, etc.

Veamos cuál es la estructura remunerativa de otra entidad del Estado, en este caso, de la superintendencia nacional de administración tributaria (Sunat)[5]:

CATEGORIAS REMUNERATIVAS	REMUNERACIÓN PROMEDIO
SUPERINTENDENTE NACIONAL	15,446
SUPERINTENDENTES NACIONALES ADJUNTOS	15,418
INTENDENTE NACIONAL	15,383
SECRETARIO GENERAL, JEFE DE IATA, JEFE OFICINA CONTROL INTERNO, ASESOR ALTA DIRECCIÓN	15,418
INTENDENTE, INTENDENTE REGIONAL, INTENDENTE DE ADUANAS, GERENTE, JEFE DE DIRECCION, ASISTENTE	11,691
JEFE ZONAL, JEFE DE DIVISION, JEFE DE OFICINA, JEFE DE DEPARTAMENTO	8,679
JEFE OFICINA ADMINISTRATIVA, JEFE DE SECCION	7,496
PROFESIONAL ESPECIALIZADO	8,832
PROFESIONAL	5,572
OFICIALES	4,707
ESPECIALISTA	6,217
ANALISTA ESPECIALIZADO	5,788
ANALISTA	3,136
TÉCNICO, SECRETARIA, AUXILIAR	2,224
PERSONAL CONTRATADO	1,901

Nota: La información esta dada en promedios; sin embargo, la valoración a la remuneración percibida toma en cuenta la unidad organizacional donde labora el trabajador, el proceso, su complejidad, así como la capacidad, méritos, experiencia entre otros.

Del cuadro anterior se puede verificar que un supervisor inspector, con cinco años de antigüedad en sus funciones, estaría ganando algo más que un analista de Sunat. Pero mucho menos de la mitad del ingreso de un profesional especializado.

Es evidente entonces la gran diferencia en las condiciones remunerativas entre uno y otro sector estatal, que influye inevitablemente en la calidad del servicio que podemos exigir o esperar de los inspectores de trabajo. Sería ideal que se logre corregir esta diferenciación.

(5) Información obtenida el 2 de octubre de 2008 de la página web de la SUNAT cuya dirección se copia a continuación: http://www.sunat.gob.pe/gestionTransparente/rrhh/estructuraSalarial/2008/index.html

III. SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LA LABOR DE INSPECCIÓN

El artículo 27 de la ley prevé labores de formación y perfeccionamiento para los inspectores:

"Artículo 27.- Formación y perfeccionamiento

La Autoridad Central del Sistema de Inspección, en coordinación con las autoridades de la Administración Pública con competencias en materia de inspección del trabajo, fomentará y proyectará programas anuales de capacitación inicial, formación y perfeccionamiento periódicos para todo el Sistema de Inspección con el fin de garantizar el adecuado ejercicio de las funciones y competencias inspectivas atribuidas. Los Supervisores- Inspectores, los Inspectores del Trabajo y los Inspectores Auxiliares deberán participar en las actividades de formación, perfeccionamiento y especialización que se programen, que serán tomadas en cuenta en los procesos de promoción."

Si bien estas labores de capacitación se realizan con cierta regularidad[6], no existe en la entidad laboral una oficina encargada de realizar el seguimiento de las capacitaciones y sus resultados en la mejora del servicio, como lo es por ejemplo el instituto de administración tributaria y aduanera (IATA), órgano directamente dependiente de la superintendencia nacional que realiza sus funciones en concordancia con las políticas de capacitación institucional de la SUNAT.

Por otro lado, muchos usuarios podemos conocer que dentro del servicio de inspección existen diversas opiniones o interpretaciones para enfocar o resolver un mismo problema[7]. Y si bien la administración está sometida al principio de legalidad y no puede interpretar las normas como los jueces[8], si consideramos necesaria la publicación o comunicación al público de determinados criterios que se utilizan para resolver temas que pueden ser recurrentes en varias inspecciones. O en todo caso, que las principales decisiones asumidas por la dirección nacional o la dirección regional sean difundidas cuando actúan en última instancia, al estilo del Tribunal Fiscal. Empero, pareciera ser que lamentablemente se prefiere el conflicto o la discusión caso por caso antes que el asumir una posición que pueda –de repente- comprometer a la institución pero que tendría la ventaja de evitar nuevas situaciones de conflicto para casos similares y también evitar tratos desiguales. En todo caso, quien no estuviera de acuerdo con la posición asumida por la autoridad tendría la vía contencioso administrativa para discutir

(6) Sin perjuicio de las reuniones entre los directores y los supervisores, existen capacitaciones generales (una reciente fue en temas de seguridad y salud). Asimismo, entre junio y octubre de 2007 se realizó un curso taller de capacitación nacional para el servicio de inspectores laborales en Lima, Chiclayo, Cuzco e Iquitos, de duración de una semana y en virtud de un convenio celebrado entre el ministerio de trabajo y promoción del empleo, USAID y MYPE·competitiva.

(7) Por ejemplo, si la asignación familiar debe pagarse de manera íntegra por mes a pesar que el trabajador no labora en todo ese periodo; la procedencia de horas extras bajo determinados supuestos o el pago de la participación en las utilidades de las entidades sin fines de lucro (por ejemplo: clubes, asociaciones, ONGs, colegios).

(8) Salvo que sea un órgano colegiado o un tribunal que imparta "justicia administrativa" con carácter nacional, según lo señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida para resolver el expediente 3741-2004-AA/TC y en su aclaración de fecha 13 de octubre de 2006.

la resolución de su caso pues resulta más arriesgado que una visita de inspección dependa de la suerte del usuario o del inspector que pueda estar a cargo de la misma.

Notemos que el problema ya existe actualmente pues el ministerio de trabajo tiene, por lo menos, cuatro vías para manifestar su opinión:

- las oficinas de liquidaciones y consulta (defensa),
- la emitida por el personal que absuelve consultas mediante el programa Prodlab,
- la inspección del trabajo,
- el área de asesoría jurídica.

Y ha ocurrido muchas veces que la opinión que un usuario obtiene en una oficina no coincide con lo que pueda recibir en otra, a pesar que todos pertenecen a la misma entidad. Para evitar esto e independientemente de los riesgos implícitos que supone asumir una determinada posición jurídica, la administración laboral de carácter nacional, tal como lo exige el Tribunal Constitucional en la sentencia indicada en la nota de página 7, debería emitir directivas que interpreten los principales problemas que encuentra en el desarrollo de sus funciones (mejor aún si se basa en casos reales) así como publicar sus resoluciones más emblemáticas por un simple tema de difusión, de aprendizaje o de cultura jurídica[9]. Nuevamente aquí podemos citar el ejemplo del Tribunal Fiscal, quien cumple esta labor manteniendo en el anonimato a las partes cuyas resoluciones incluye en su página web.

La obligación de la autoridad encargada de la inspección de trabajo de publicar los resultados de su función se encuentra en el artículo 20 del convenio 81 de la OIT:

"Artículo 20

1. La autoridad central de inspección publicará un informe anual, de carácter general, sobre la labor de los servicios de inspección que estén bajo su control.

2. Estos informes se publicarán dentro de un plazo razonable, que en ningún caso podrá exceder en doce meses de la terminación del año a que se refieran.

3. Se remitirán copias de los informes anuales al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo dentro de un período razonable después de su publicación, que en ningún caso podrá exceder de tres meses."

Y el contenido del informe anual se señala en el artículo 21:

"Artículo 21

El informe anual que publique la autoridad central de inspección tratará de las siguientes cuestiones, así como de cualesquiera otras que competan a dicha autoridad:

a) legislación pertinente a las funciones del servicio de inspección del trabajo;

b) personal del servicio de inspección del trabajo;

(9) Por ejemplo, los casos de vulneración de derechos fundamentales detectados por la inspección del trabajo deberían ser objeto de difusión, para evitar su repetición y para generar conciencia social y hasta una cultura de denuncia de los actos deshonestos.

c) estadísticas de los establecimientos sujetos a inspección y número de trabajadores empleados en dichos establecimientos;

d) estadísticas de las visitas de inspección;

e) estadísticas de las infracciones cometidas y de las sanciones impuestas;

f) estadísticas de los accidentes del trabajo;

g) estadísticas de las enfermedades profesionales."

Mucha diferencia existiría en nuestra doctrina laboral (y en la cultura laboral y empresarial) si la administración cumpliera con estas obligaciones y tuviéramos la posibilidad de acceder a dicha información.

Siguiendo con la comparación con la administración tributaria podemos confirmar que sus funcionarios tampoco interpretan las normas pero tienen una intendencia nacional de cumplimiento tributario que maneja los criterios y políticas a utilizar. Asimismo, existe un manual de fiscalización que normalmente se actualiza de manera anual y que no es público, manual que incluye procedimientos e instrucciones y que resulta muy necesario en un área del derecho que sufre constantes modificaciones legales. Cabe destacar que en material laboral se intentó realizar este objetivo con la denominada "síntesis de la legislación laboral"[10], la cual fue actualizada solamente hasta el año 2001[11] y que tendría mucho sentido de existir, más aún cuando no contamos con un código o una ley general de trabajo.

En la Sunat existen reuniones anuales de intendentes. Si bien la intendencia nacional jurídica realiza interpretaciones ellas no son públicas, justamente para no comprometer su labor. Lo único público son las respuestas de las consultas institucionales.

Con la difusión de las principales decisiones de la administración laboral también se podría verificar la labor de capacitación, no tanto en conocimientos de los inspectores sino en su nivel de estrategia, de enfrentamiento de cada problema. Como todo grupo humano, seguramente existirán inspectores más hábiles para determinados asuntos que otros. Pero esa información no es conocida o evaluada por el ministerio, no existe un área encargada del "control de calidad" del personal. Muchos empleadores se sorprenden cuando un inspector descubre una infracción que otros inspectores no detectaron (hasta cuatro en un caso que recientemente nos comentaron). Y dicha constatación puede suponer que los inspectores anteriores no hicieron bien su trabajo o que el último tuvo mayor visión para enfocar el problema. En este supuesto el usuario podría pensar que lo están persiguiendo, que hay un exceso en la labor de control, más aún si la observación se basa en un tema de los que se consideran discutibles y en el cual se desconoce la posición "oficial".

Por otro lado, resultaría útil en este sentido que el ministerio de trabajo y promoción del empleo premie a sus mejores inspectores, sea con el pago de capacitaciones a cursos, congresos o seminarios; con la entrega de libros o materiales de consulta; con la realización de reconocimientos públicos, etc. pues la existencia de las limitaciones presupuestales para mejorar los ingresos remunerativos antes indicada[12]; la imposibilidad de que puedan asesorar o defender a título privado a personas con actividades susceptibles de inspección; la imposibilidad de desempeñar otra labor remunerada salvo la docencia y la prohibición de aceptar de cualquier persona facilidades ajenas a la inspección (transporte, refrigerio, bienes, dinero)[13], obliga a utilizar otras formas de incentivo del personal que muchas veces costea con su reducido y limitado ingreso estas formas de capacitación.

(10) Según resolución ministerial 58-97-TR publicada el 9 de julio de 1997.
(11) Mediante resolución ministerial 136-2001-TR publicada el 27 de julio de 2001.
(12) Justamente el 1 de octubre de 2008 se publicó en el diario Gestión el comentario del ministro Pasco referido a que el presupuesto de su entidad había sufrido un recorte de aproximadamente 10 millones de soles por parte del ministerio de economía y finanzas.

Otro aspecto administrativo que consideramos debe mejorarse es el control de las inspecciones y la programación de las mismas. No es inusual escuchar la queja de muchos empleadores cuando tienen diez o quince inspecciones por año. Y es que si bien se puede tener algún control sobre las empresas visitadas durante los "operativos" ello no existe cuando la visita de inspección se deriva de una denuncia. Según hemos podido conocer, el área de programación de visitas no realiza filtros de información ni tampoco existe una estadística de las acciones efectuadas, de los resultados, del comportamiento del empleador en esos casos, etc.: cada expediente es una historia diferente y no hay un área que los clasifique salvo por las materias a revisar. Así, no podemos conocer a la empresa que ha pasado por más inspecciones satisfactorias durante el 2007, la que tiene más incumplimientos o la que realiza más actos anti sindicales, siendo que dicha información resultaría relevante en un estado social de derecho y, principalmente, a los usuarios. Esta información también sería muy útil para poner en práctica la certificación de buenas prácticas laborales, creado por resolución ministerial 118-2007-TR y que hasta la fecha no ha generado acción pública alguna.

Tiene relación con este tema la programación de inspecciones realizada por la dirección nacional de trabajo, la cual no coincide muchas veces con la establecida por la dirección regional, siendo que en varias ocasiones los inspectores y los auxiliares de Lima realizan su actividad en otras localidades, sin que su trabajo pendiente de resolución pueda ser redistribuido por encontrarse prohibido por la ley[14].

Mejorar la situación actual supone invertir en tecnología y en un área de programación activa, con un adecuado manejo de los datos para poder prever el envío de un equipo de cuatro inspectores con auxiliares para atender un caso que afecte a miles de trabajadores y no para casos en que estemos en una pequeña empresa o ante beneficios fácilmente detectables. Queda claro que revisar la participación en las utilidades de una minera resulta muy diferente que cumplir con labores de fiscalización posterior (por ejemplo, contratación de extranjeros) a una empresa en Lima. Y por tanto, los plazos para finalizar una u otra labor deberían ser diferentes dentro del máximo que la ley establece (30 días hábiles). De repente la vigencia de la planilla electrónica pueda ayudar a cumplir este objetivo.

Finalmente, debería existir coordinación entre la labor realizada por el ministerio de trabajo y promoción del empleo con la labor de supervisión que puedan realizar otros ministerios o las municipalidades. Por ejemplo, puede haber coincidencias de revisión de temas de transporte, de minería, de energía, de pesca, de defensa civil. Muchas veces se

(13) Todo ello incluido en las prohibiciones que tiene todo servidor público que cumple funciones de inspección del trabajo según el decreto supremo 21-2007-TR.
(14) Que obliga que el inspector que inicia una actuación de investigación o de comprobación deba realizarla hasta su conclusión (art. 13 de la ley).

repiten revisiones realizadas por inspectores de diferentes entidades creando una innecesaria disposición de recursos y de tiempo, cuando ello podría ser unificado.

V. SOBRE EL MODELO A SEGUIR

Resulta patente que un buen ejemplo de administración de fiscalización resulta ser el existente en Sunat. Lograr ello depende estrictamente del Estado.

Y es que mejorar la situación de la inspección del trabajo supone la adopción de una política de gestión pública clara, diferente a la existente, en la cual el Estado deba comprometerse de manera sincera. Todas las mejoras realizadas en los últimos años (esencialmente normativas) fueron motivadas en gran parte por la firma del TLC con Estados Unidos. Pero ello no debería ser suficiente si es que el Estado se encuentra realmente interesado en crear una sociedad moderna, para lo cual no basta con emitir normas con derechos laborales atenuados para fomentar la formalidad sino también propiciar condiciones de trabajo decentes para todos los que forman parte de ella. La inspección del trabajo, junto con la justicia especializada, deberían ser los lugares a los que todo estudiante o profesional del derecho interesado en derecho laboral quisiera acudir a trabajar.

VI. CONCLUSIONES

1. Existe obligación normativa que obliga a que los inspectores de trabajo cuenten con locales debidamente equipados, lo cual no se cumple a la fecha.
2. La inexistencia de bienes de trabajo adecuados dificulta el acceso o la administración de la información requerida a los usuarios o lo que ellos deban presentar para una mejor acreditación de sus actividades.
3. Los niveles remunerativos no resultan proporcionales entre las categorías existentes en el servicio de inspección ni mucho menos atractivos en comparación con labores similares realizadas por inspectores o auditores en materia tributaria, por ejemplo.
4. No existe una oficina o un área de control de calidad, tanto en materias jurídicas como en temas de organización de estadística.
5. No se conocen las principales decisiones emitidas por la autoridad de trabajo o sus sustentos ni tampoco se difunden los casos que podrían ser ejemplares, a pesar que existe obligación normativa que lo obliga. Todo conocimiento resulta ser particular.
6. No puede cuestionarse la inaplicación de las normas laborales a la inactividad del servicio de inspección cuando las condiciones presupuestales no permiten la generación de un mejor servicio.

Lima, 3 de octubre de 2008

TERCER TEMA
LOS DESAFÍOS DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DEL SIGLO XXI

PONENCIAS OFICIALES

LOS DESAFÍOS DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL SIGLO XXI

JAIME ZAVALA COSTA

"Modernizar definitivamente el Estado y la colectividad implica, en suma, una ruptura con las comodidades de un quietismo fácil para crear la conciencia de ser y de ir lúcidamente a hacer las cosas con nuestra cabeza y nuestras manos."
Jorge Basadre

I. PRESENTACIÓN

En esta ponencia[1] nos proponemos reflexionar sobre los retos o desafíos que plantean los derechos colectivos en el siglo XXI, sin pretender ser adivinos o futurólogos pues sabemos de nuestras limitaciones amén de los imponderables que existen (lo que algunos filósofos llaman el *acontecimiento*). Al abordar esta tarea partimos de la premisa que el derecho del trabajo no es ni podría ser un estatuto estático, sino que está en un desarrollo incesante, resultante de la dinámica de las mutaciones que se producen en la vida política, económica y social.

Esta evolución rige asimismo al derecho colectivo o derecho sindical como lo denominan algunos autores, pues, en palabras del padre del Derecho Laboral Americano el mexicano Mario de la Cueva, *"la estaticidad será no solo incompatible con el devenir histórico, sino que entraría en oposición con la esencia y finalidades de la justicia social, que si mira al presente, también contempla el mañana, a efectos de lograr la elevación constante de las condiciones y niveles de existencia de los hombres".*[2]

---

(1) Deseo expresar un especial agradecimiento a los doctores Lidia Vilchez Garcés y César Cisneros Salvatierra por su valiosa colaboración en la preparación del presente trabajo.

(2) **DE LA CUEVA**, Mario. "El nuevo derecho mexicano del trabajo". México D.F.: Editorial Porrúa, 1986, p. 232.

Es por todos conocido que la sindicación, la negociación colectiva y la huelga integran los tres pilares que soportan al derecho colectivo del trabajo. Una trilogía inalterable, que "*va de la base, que es la sindicación, encuentra su grado segundo en la huelga y alcanza su cúspide en las convenciones colectivas, que son, en consecuencia, la institución suprema del derecho colectivo*", según grafica de la Cueva[3]. A ellos se aboca este sucinto estudio de cara al nuevo milenio.

Mucha agua, con lluvias y tempestades de por medio, ha corrido por el río, desde que la Ley Le Chapelier, caracterizada por su individualismo y liberalismo, en junio de 1791, prohibiera toda forma de asociaciones que intentaran defender supuestos intereses comunes, y proclamara ilícita la coalición - por ende la huelga era declarada un acto delictivo - y que según las crónicas de la época, los tribunales aplicaran la norma con refinada crueldad.

Las transformaciones han sido profundas. La globalización configura una nueva escenografía internacional. Los derechos colectivos, remontándose a la constitución mexicana de Querétaro (1917) y la alemana de Weimar (1919), tienen hoy categoría constitucional, están consagrados desde 1948 en normas internacionales de trabajo y encontrado su máximo reconocimiento universal por los tres mandantes de la Organización Internacional del Trabajo al aprobar, en 1998 en la Conferencia Anual en Ginebra, la histórica Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo.

¿Qué problemas enfrentan la empresa y el sindicato?, ¿qué hacer para que los sindicatos tengan mayor representatividad y se fortalezcan?, ¿cómo recuperar el equilibrio de fuerzas ante el poder de las empresas?, ¿qué perspectivas tenemos frente al TLC?, ¿cuáles deben ser los nuevos contenidos de la negociación colectiva?,¿cuáles serán las repercusiones de la actuación administrativa sobre la libertad sindical en las inspecciones de trabajo?, ¿cómo se avizora el rol de la jurisprudencia constitucional en el futuro de las relaciones colectivas?

Para considerar estas cuestiones, el presente desarrollo se divide en varias partes. En la primera, se explica el impacto de la mundialización en las relaciones laborales, es decir, el actual contexto. En la segunda de ellas, se acometen los retos que enfrenta el sindicalismo. En la tercera, nos referimos a los nuevos contenidos de la negociación colectiva. En la cuarta parte, se trata sobre los retos de los derechos colectivos en el comercio internacional. Finalmente, en las dos últimas partes se incide sobre las perspectivas de la jurisprudencia administrativa en materia de inspecciones sobre la libertad sindical y de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional como fuente de derecho.

II. CONTEXTO ACTUAL

Si bien el tema del presente trabajo de investigación tiene por objeto analizar las perspectivas y retos del derecho colectivo de trabajo, no podemos afrontar este interesante encargo sin antes subrayar sucintamente qué cambios son los que han determinado que se haga necesario hablar de un nuevo derecho del trabajo, y dentro de él, de un nuevo derecho colectivo.

(3) Op. Cit. p. 375.

Así, debemos partir de aceptar que el derecho del trabajo que todos estudiamos en nuestros años universitarios no es el mismo que el que presenciamos el día de hoy, enmarcado en un proceso de integración constante e instantánea. La relación trabajador - empleador tradicional, poco calificada y duradera en el tiempo, ha pasado a ser hoy una relación muy dispar: la apertura comercial, el desarrollo de las nuevas tecnologías de las comunicación, y el advenimiento de la sociedad del conocimiento y de la información, han comportado hondas conversiones en el mercado de trabajo, en los procesos productivos y, por tanto, con repercusiones directas en el campo laboral.

Jorge Rosenbaum al hablar del escenario contemporáneo de las relaciones colectivas remarca que "*la realidad contemporánea presenta un paisaje muy diferente al que conoció en el pasado, al grado de que es posible constatar en estas manifestaciones -tal como lo sentencia Efrén CÓRDOVA- una "potencialidad devastadora" sobre...el ambiente natural y la base tradicional donde se desarrollaban los fenómenos de concentración obrera e interacción colectiva [...de los actores...] que forman las relaciones laborales*"[4]. Por su parte Héctor Zapirain anota que "*Nuestro tiempo se caracteriza, entre otras cosas, por la complejidad y dinámica de los procesos económicos y sociales; transformaciones permanentes, consecuencia de una revolución tecnológica y científica sin parangón, que ponen en crisis instituciones y valores hasta no hace mucho considerados casi inmutables*[5]".

Por ello, asumimos el tema que nos fuera planteado para este Congreso, tomando como postulado inicial que el derecho de trabajo no será distinto *en los próximos años*, ya es distinto, y lo es desde hace algunos años atrás, y requiere de un urgente acomodo de los actores sociales así como de la normativa jurídica y convencional. El paradigma actual es el cambio. Los trabajadores y las empresas deben lograr una metamorfosis cultural y ser capaces de dar prontas respuestas a las exigentes y aceleradas innovaciones en el mundo del trabajo.

El teatro de los cambios operados en este nuevo espacio es la empresa, por lo que, "*a fin de adecuarse a esas exigencias, la organización de la producción y la estructura de la empresa se modifican, transformando el propio concepto de empresa. Se impone el modelo de la "empresa integral y flexible"*. Una característica a señalar, "*es que se trata de un nuevo contexto en el que la empresa se ha fortalecido, al grado de presentarse como centro neurálgico de las relaciones laborales*".[6]

Dentro de ese guión, existen varios factores que han supuesto modificaciones de suma trascendencia en las relaciones de trabajo, destacándose la extensión en el mercado global de las empresas multinacionales y grupos de empresa, el surgimiento del concepto de empresas dependientes en lugar de trabajadores dependientes en el marco de procesos de descentralización productiva, trabajadores autónomos, trabajo precario e inestable, e informalidad como regla y no como excepción. En este sentido, conviene reseñar algunos de los supuestos más importantes para dejar en claro cuál es el panorama mundial en el cual se enmarca la problemática que nos ocupa.

(4) **ROSENBAUM**, Jorge. En **PLA RODRIGUEZ**, Américo et. al. "Grupo de los Miércoles: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo". Descentralización Empresarial y Negociación Colectiva. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p. 505.
(5) **ZAPIRAIN**, Héctor. En: **PLA RODRIGUEZ**, Américo et. al. 2000, Op. Cit. pp. 445-447.
(6) **ZAPIRAIN**, Héctor. Loc. Cit.

Descentralización productiva

En primer lugar con relación al primer gran tema, el cual relaciona a las empresas multinacionales y las empresas dependientes, cabe denotar que el crecimiento de la economía global de mercado ha determinado con el paso de los años, que cada vez las empresas más grandes ocupen un rol preponderante en la regulación de las relaciones de trabajo respecto de los ámbitos en los que se refleja.

Es decir, en el caso de estas empresas, que repercuten en la economía mundial, directa e indirectamente, llama la atención cómo la legislación ha ido cediendo su lugar como regulador de las relaciones de trabajo, frente a la normativas internas que emiten aquellas, las cuales si bien formalmente no gozan de los atributos de una norma estatal, influyen aún con mayor eficacia y eficiencia en los agentes vinculados a sus operaciones, a través de sus códigos de conducta y políticas de responsabilidad social empresarial, los cuales son – por definición – voluntarios y unilaterales.

Por otro lado, podemos hablar también de las empresas dependientes. Esta figura puede entenderse novedosa como concepto, sin embargo si pensamos en la realidad de las cadenas productivas del día de hoy, lo común es que exista una gran empresa, altamente especializada, que realice muy pocas actividades por cuenta propia, desprendiéndose de la gran mayoría de sus actividades, distribuyéndolas entre muy diversos actores, a saber, contratistas, subcontratistas, prestadores de servicios, trabajadores autónomos, entre otros. A este respecto, se señala que "*con la irrupción de un nuevo paradigma tecnológico, cabe hablar en definitiva, de una forma diferente de organización del sistema industrial que se plasma en el surgimiento de nuevos tipos de relaciones interempresariales*"[7], en el cual la transformación del aparato productivo da lugar a un fenómeno de carácter centrífugo a través el cual tiene lugar la expulsión de partes o segmentos del proceso productivo hacia el exterior de las empresas[8].

Lo que sucede entonces es que el esquema tradicional de dependencia trabajador – empresario se ve difuminado, surgiendo una nueva relación de dependencia entre empresas en un contexto cada vez más complejo de empresa red. Esto delimita para las empresas, una menor necesidad de personal directamente dependiente, pasando a ser las empresas más pequeñas dentro del grupo, o los contratistas o proveedores, quienes generan un vínculo de dependencia respecto de la empresa principal.

Esta situación trae consigo como es de esperarse una debilitación sistemática de las fuerzas colectivas de los trabajadores al interior de la empresa matriz, toda vez que se produce una reducción significativa en el total de trabajadores dependientes, que merma, como es evidente, el número total de afiliación sindical e incide considerablemente en las posibilidades de organización, gestión y defensa de los intereses colectivos, al no existir ya la equiparación de poderes entre trabajadores dependientes y empleador tradicional.

(7) S. VACCA, "L'economie delle relaciones tra imprese: dall'espansione dimensionale allo sviluppo per reti esterne", E.P.I.num. 51, 1986, p. 9. En: **BAZ RODRÍGUEZ**, Jesús, Las Relaciones de Trabajo en la Empresa de Grupo, Granada: Editorial Comares, 2002, p. 7. Sostiene este último autor que estas formas de desarrollo empresarial por externalización, en las cuales las empresas compiten y colaboran al mismo tiempo, son en definitiva las que hacen del desarrollo de las fuerzas productivas un proceso de impulso y ejecución plural.

(8) **BAZ RODRÍGUEZ**, Jesús. Op. Cit. pp. 7 -8.

Si en el esquema del derecho del trabajo dentro del concepto fordista existía la gran fábrica, un único gran empleador, y un alto número de trabajadores, quienes desarrollaban sus actividades de modo centralizado, hoy existen empresas especializadas de planillas reducidas que descentralizan gran parte de sus procesos en contratistas y subcontratistas, quienes cuentan a su vez con personal propio. Ello determina, insistimos, un impacto considerable en materia de relaciones colectivas de trabajo, siendo necesario a través de la actuación estatal, del diálogo social y la concertación, establecer mecanismos de inclusión que permitan garantizar a los trabajadores la posibilidad de ver representados sus intereses, teniendo como interlocutores a quienes realmente influyen en sus condiciones de vida.

Lo contrario, equivale a continuar en el *status quo* en materia de relaciones colectivas supone ignorar la realidad en la que hoy nos desenvolvemos. En el marco de una negociación entre trabajadores y contratista, esta última no cuenta con la posibilidad de pactar incrementos salariales de relevancia de modo unilateral, pues son las empresas principales quienes fijan sus ingresos. Si se producen incrementos, deberán ser trasladados a la empresa principal, quien será la que defina en último término si le conviene o no subir sus costos, es decir, si continúa o no siendo principal del contratista.

De este modo, una negociación colectiva transparente, debería considerar quiénes son los verdaderos actores y en qué medida estos se encuentran realmente en capacidad de definir por sí mismos, el otorgamiento de mejores condiciones salariales, sin poner en riesgo su viabilidad y la subsistencia de sus relaciones comerciales. Ignorar esta realidad, supone en buena cuenta, atar de manos no solo a dichas empresas, sino también a los trabajadores, quienes, al exigir reivindicaciones salariales, podrían incluso perder su fuente de trabajo, al dejar de ser rentable la contratista o subcontratista para la empresa principal.

Trabajo precario

Otro gran tema vigente, que merece la pena ser mencionado, está relacionado con la precariedad de las relaciones de trabajo formales. Esta situación se ve materializada desde distintas realidades, entre las cuales se encuentran principalmente la temporalidad de los contratos de trabajo y el trabajo a jornada parcial.

La incertidumbre laboral generada por esta nueva regla de temporalidad (tanto en la duración del vínculo como en la extensión de la jornada), supone un obstáculo más para la actividad sindical de los trabajadores. En unas relaciones precarias de trabajo, el personal que quiera constituir un sindicato o afiliarse a uno existente, no lo hará por temor a perder su puesto de trabajo, en represalia por el ejercicio de la libertad sindical, debilitando así la estructura sindical al interior de la empresa[9].

Trabajo autónomo económicamente dependiente

Si bien el tema del trabajador autónomo no ha sido tratado en nuestro país, y su situación laboral no cuenta con reconocimiento normativo, es indispensable glosar algunos

(9) Un ejemplo paradigmático de esta situación se configura ante la cuestionada utilización de los contratos de trabajo del régimen de exportación no tradicional, que permite la prórroga sucesiva e ilimitada de los contratos (siendo el elemento causal la pertenencia a este régimen), lo cual afecta las posibilidades reales de afiliarse a un sindicato o siguiera constituirlo por temor a la no renovación del contrato a su vencimiento.

comentarios con el fin de explicar por qué su expansión trae consigo un problema de relevancia para el crecimiento y desarrollo de los gremios laborales.

Así, cuando hablamos de trabajador autónomo, nos referimos en principio a aquella persona que presta sus servicios sin estar vinculada a un empleador bajo el nexo jurídico de la subordinación propio del derecho del trabajo. En este mapa, el trabajador es contratado para prestar un servicio, de manera independiente y sin supervisión ni fiscalización patronal, siendo su única obligación material, cumplir con el servicio contratado.

Si bien esta figura trasciende los límites de nuestro ámbito de investigación, sí nos interesa referirnos al supuesto particular del trabajador autónomo económicamente dependiente, tomando la terminología adoptada por el legislador español[10]. Trasladando esta figura a la realidad de nuestro país, tenemos a las personas (posiblemente vinculadas jurídicamente al empresario bajo la figura de la locación de servicios o algún contrato mercantil de comisión) que realizan para una misma contraparte, servicios personales a exclusividad. En consecuencia, los ingresos de esta categoría de trabajadores (no reconocidos como tales en nuestro ordenamiento), provienen totalmente o en su mayoría de un único *cliente*.

Este tratamiento de expulsión del ordenamiento laboral, determina que los trabajadores autónomos económicamente dependientes queden completamente excluidos de la protección del derecho del trabajo y del régimen contributivo general de la seguridad social, y evidentemente sin ninguna posibilidad de ejercer los derechos sindicalización, negociación colectiva y huelga para obtener de sus empresarios o *clientes* algún tipo de reivindicaciones de índole laboral o social, al encontrarse como es lógico, excluidos del ámbito de aplicación de la normativa sobre relaciones colectivas de trabajo[11]. Un desafío adicional que se plantea principalmente para los operadores jurídicos, viene en el sentido de hallar la forma de incluir a estos sujetos dentro de los alcances de la protección jurídica, considerando su realidad económica y no solamente formal de *trabajadores independientes*.

Informalidad

Finalmente, no podemos pasar por alto el problema social de mayor trascendencia en nuestro país, en cuyo marco, queda completamente fuera de los alcances del derecho del trabajo, la gran mayoría de trabajadores, al encontrarse subempleada, bien por estar en empresas formalmente constituidas sin contrato ni reconocimiento de relaciones laborales, bien por prestar servicios para pequeñas empresas informales. Esta realidad alcanza a porcentajes sumamente altos de la población (de acuerdo a la última medición del Panorama

(10) Esta figura cuenta con reconocimiento normativo en el ordenamiento español, a través de la reciente publicación - en el año 2007 - del Estatuto del Trabajador Autónomo, el cual los define como *"aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales."* Esta norma, si bien ha sido criticada por un importante sector de la doctrina española por una serie de imprecisiones o complicaciones de aplicación que no corresponde analizar ahora, trae como principal activo, el dotar de existencia jurídica a una realidad social que se venía ignorando. Se reconoce así, que este tipo de trabajadores si bien autónomos, desarrollan un vínculo personal, habitual y predominantemente para un solo empresario, de quien perciben un alto porcentaje de sus ingresos (cuando menos el 75% de los mismos).

(11) Artículo 1 del Decreto Supremo 010-2003-TR.

Laboral 2007 elaborada por la OIT, en el Perú la informalidad alcanza el 65%), trayendo como consecuencia evidente, que sean muy pocos los trabajadores que actualmente gozan del reconocimiento de derechos y beneficios laborales.

Esta situación trae un desafío enorme y complejo para todos los agentes sociales, que debe tener como principal meta, la inclusión en el segmento formal de empleo, permitiendo con ello, a un mayor número de trabajadores acceder a la seguridad social y a la protección del derecho del trabajo, generando con su inclusión, un potencial incentivo para la sindicalización en la defensa organizada de sus intereses colectivos.

Si bien el presente punto, no pretende agotar en su totalidad la problemática en la cual estamos inmersos, sí nos permite tener una mejor perspectiva con miras a analizar dónde se sitúan actualmente los desafíos de los derechos colectivos.

III. RETOS DEL SINDICALISMO

En este nuevo panorama descrito a lo largo del capítulo precedente, los trabajadores privilegian las demandas individuales, como el acceso y conservación del empleo, lo cual prácticamente implica la subordinación de los derechos laborales a dicho objetivo, dejando en un segundo plano la actividad sindical en su conjunto.

En la década de los noventa, sufrimos la desaceleración de la sindicalización debido a las políticas implementadas por el gobierno, a las profundas reformas laborales, a una política que no alentaba el ejercicio de los derechos colectivos y a la existencia de nuevas formas de contratación indirecta de personal, como la intermediación laboral y tercerización de servicios sin mayores controles. Lo mencionado contribuyó a diluir el capital humano dentro de la empresa, trayendo consigo la dificultad de poder crear sindicatos dentro las mismas.

Esto se vio reflejado, según cifras del Ministerio de Trabajo, en la disminución progresiva y dramática de la tasa de sindicalización en dicha década, pasando de un 22% de trabajadores sindicalizados en el año 1990 a un 4.7% en el año 1997. Sin embargo, el movimiento sindical en el país resurgió a partir del año 2002 y la tasa de sindicalización ha ido incrementándose lentamente, llegando al 8.6% en el año 2006[12]. Tal como se señala en la Revista Especializada *Semana Económica, "las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo muestran un incremento inocultable en las solicitudes de constitución de sindicatos, y estos empiezan a copar sectores otrora "vírgenes" como el asegurador o el retail."*[13]

Como vemos, nuestro panorama actual, revierte negativamente en el sindicalismo histórico, propio de la época *taylorista,* y plantea la imperiosa necesidad de reformular distintos criterios: su estructura organizacional, estrategias, instrumentos, métodos de acción y políticas de representación, con la finalidad de poder promover la sindicalización y el ejercicio de los derechos colectivos.

(12) Pese a ello, la tasa de sindicalización nacional continúa siendo ínfima en comparación de otros países de la región, como Argentina que cuenta con una densidad sindical del 25%.

(13) **TOWNSEND,** Augusto. "Adiós a las calles (pero no a las armas)". *Semana Económica,* Año XXIII, N° 1131, p. 4.

Como destaca Barretto Ghione, "uno de los principales desafíos que debiera enfrentar el movimiento sindical en el corto plazo es el desajuste existente entre su actual implantación social respecto de la estructura productiva y el mercado de trabajo. En concreto, se entendía que como consecuencia de la desregulación de las relaciones laborales, especialmente en el sector industrial, se han alterado las condiciones de trabajo favoreciendo la precarización del empleo"[14]. Dicho fenómeno va de la mano con el proceso de mundialización y de liberación económica. Frente a ello, los sindicatos deben realizar un trabajo coordinado y a escala mundial, con el objetivo de promover cambios sobre el actual modelo económico e incorporar elementos de equidad, cohesión y respeto a los derechos fundamentales.

Asimismo, las organizaciones sindicales, tanto de base como de grado superior, deben procurar tener un nuevo rol dentro la sociedad y participar en la vida pública, con el objeto de ganar mayor protagonismo y respeto dentro de las empresas y de la nación. Apartándose de la tradicional postura defensiva, deben elaborar una nueva ideología y promover iniciativas a favor de los sistemas de protección sindical que permitan encarar los desafíos demográficos y las renovaciones que se vienen produciendo en el mercado laboral.

El sindicalismo nacional requiere un renovado discurso para reconectarse con la población, para mejorar su imagen con los propios trabajadores, para impulsar el ritmo de afiliación, con los medios de prensa para crear un clima favorable al movimiento sindical, y no menos importante, avanzar en la relación con las autoridades públicas.

Nuevas estrategias y el uso de nuevas tecnologías de la información y la comunicación

El reto que afrontan los gremios sindicales ante un medio variable donde la filosofía del enfrentamiento no tiene justificación, será dejar de lado el conflicto, respetando el imperio de la ley, garantizando una mayor productividad y de esta forma contribuir al crecimiento y desarrollo de la economía. Siendo así, los sindicatos requieren, reestructurar sus posturas y afrontar los retos de manera coherente, teniendo en claro que no solo se trata de conseguir ventajas materiales, sino de conseguir actitudes diferentes que permitan el funcionamiento de la empresa desde una visión de avance[15].

En un estudio realizado por la OIT[16], se señalaba que los sindicatos, en el nuevo escenario laboral, requieren de cuadros especializados que puedan responder a procesos dinámicos y puntuales de diálogo. Se requieren asesores al servicio del sindicalismo que llenen los vacíos técnicos presentes en las organizaciones; recursos financieros propios que garanticen su autonomía real; el estrechamiento de los lazos con organizaciones sindicales internacionales para apoyarse y nutrirse de las prácticas de diálogo social establecidas por ellas; canales de intermediación ante el parlamento y las autoridades de gobierno que faciliten la aplicación práctica de los acuerdos; contar con departamentos, comisiones y estructuras

(14) **BARRETTO GHIONE**, Hugo y otros. "La Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo". Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p. 453.

(15) **RUEDA**, Marleen, **SEPÚLVEDA**, Juan, **VEGA**, María Luz, Estudio comparado: Tendencias y contenidos de la negociación colectiva: fortalecimiento de las organizaciones sindicales de los países andinos, Documento de Trabajo N° 88, OIT, 1998, p. 51.

(16) **SEPÚLVEDA MALBRÁN**, Juan y Otro. "El Diálogo Social en los Países Andinos: ¿Nuevo Camino para los Sindicatos? OIT, p. 83.

adecuadas que sostengan y apoyen el desarrollo del diálogo y; responder en todos los ámbitos (regional, local, entre otros) estableciendo vínculos participativos que les permitan nutrirse recíprocamente[17].

En adición, deben procurar establecer una red de comunicaciones electrónicas que les permita conectarse de manera eficiente con sus afiliados y hacer más fluida la comunicación con los centros sindicales[18]. Tal como señala Sepúlveda – Malbrán: *"los sindicatos no pueden ni deben bloquear el cambio tecnológico, en cuanto este está ligado a la productividad y competitividad (...) tiene por tanto, un papel central que jugar en el desarrollo tecnológico, asegurando la expansión del contenido de las ocupaciones y el desarrollo de nuevas competencias profesionales".*[19]

El uso del Internet como vehículo para agilizar y crear nuevas formas de comunicación será de vital importancia. Al respecto, SASTRE IBARRECHE señala que, en este contexto, el Internet constituye una ventaja *"como medio de comunicación, uno de cuyos exponentes más populares sería el correo electrónico, el cual permite, además, la articulación de nuevas formas de expresión del conflicto (...) aparece como una cauce útil para los individuos en la intervención y participación en reuniones o en la toma de decisiones sindicales, potenciando las oportunidades de los afiliados para estar presentes en chats, discusiones o foros de intercambio (...) eliminando obstáculos en la comunicación con el sindicato."*[20]

No debemos perder de vista que, pese a la alteración de la actuación tradicional de los sindicatos, su esencia se mantiene inalterable, pues uno de sus principales objetivos siempre será la representación de los intereses de los trabajadores. Partiendo de dicha premisa, en base a nuevas estrategias, los sindicatos deberán procurar abarcar sectores estratégicos de la economía y centrar su atención en este cambiante escenario en los procesos productivos y relaciones laborales.

Proyección social y nuevos servicios

Si bien hemos dicho que el interés primordial del sindicato es la defensa de los intereses de los trabajadores, los sindicatos deben ofrecer un valor agregado a todos sus afiliados,

(17) El citado Informe concluye diciendo que: *"(...) la discusión sindical debería centrarse en los esfuerzos por levantar sobre los mismos cimientos que porfiadamente se han resistido a los cambios, una estructura con un estilo nuevo y moderno, más acorde con los tiempos y el cambio de siglo."*

(18) No obstante ello, surge el debate respecto de la utilización de estas redes de comunicación, a efectos de definir si el empleador está obligado a proporcionar los mecanismos informáticos o no. Al respecto, el Tribunal Constitucional español estableció en una criticada sentencia que ello no era una obligación exigible para el empleador (proceso entre el Sindicato de Comisiones Obreras (CCOO) y el grupo BBVA). Al respecto Algar sostiene que *"tratándose de medios preexistentes en la empresa y eficaces para la comunicación, pero no requeridos legalmente ni pactados, ni creados para un uso sindical, la cuestión será, según ha quedado anunciado, de los límites a que debe sujetarse dicha utilización, puesto que, como sucede con todos los derechos, el de libertad sindical no es un derecho ilimitado".* **ALGAR JIMENEZ,** Carmen. El Derecho Laboral ante el reto de las Nuevas Tecnologías. Madrid: Grupo Difusión Editores, 2007, pp. 55-58.

(19) **SEPÚLVEDA MALBRÁN**, Juan y Otro. "Las relaciones laborales: Un desafío para el sindicato". Organización Internacional del Trabajo, 1997, p. 11.

(20) **SASTRE IBARRECHE,** Rafael. Algunas claves para un sindicalismo también globalizado. En: SANGUINETTI, Wilfredo y GARCIA, Agustín (Coord.), Globalización Económica y Relaciones Laborales. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2003, p. 198.

brindando asesoría técnica, capacitación y promoviendo el bienestar. De esta forma, podrían captar nuevos afiliados que hasta la fecha tengan una percepción adversa a las organizaciones sindicales (al percibirlas como entes burocráticos y sin capacidad para obtener mejoras en las remuneraciones y condiciones de trabajo de sus afiliados). Así, un nuevo reto para los sindicatos es proyectar, ante la sociedad y ante sus afiliados – actuales y potenciales - la imagen de ser una organización moderna que cautela los intereses de los trabajadores y que además ofrece servicios colaterales en bienestar de aquellos.

Para adquirir mayor protagonismo, en el nuevo contexto social, los sindicatos deberán mejorar su participación en la sociedad. Esto lo podrán conseguir, llevando ante los organismos estatales y ante las propias empresas un mensaje renovado materializado en propuestas para mejorar la calidad del empleo y el respeto de los derechos colectivos, propuestas que deben contar con respaldo técnico y que no sean desmesuradas. Así, los sindicatos volverán a ganar legitimidad frente a la sociedad, podrán fidelizar a los afiliados y con ello, mejorar la tasa de sindicalización.

En un informe preparado por el Instituto Centroamericano de Estudios Sociales (ICAES), se señala que uno de los grandes problemas del sindicalismo es el desprestigio del que goza en la actualidad, el cual ha sido provocado por campañas negativas en los medios de comunicación, pero lo más grave resulta ser que el desprestigio deriva de su propio accionar, pues existe una carencia de cohesión (provocando enfrentamientos internos), corrupción en el seno de los sindicatos, dirigentes que se mantienen en sus cargos durante décadas no permitiendo la renovación necesaria, y un distanciamiento total entre las bases y la dirigencia. Ante ello, es evidente que la sociedad tiene una percepción negativa de las organizaciones sindicales al no percibir en ellos un ente capaz de resolver los problemas que atañen a los trabajadores, sino que por el contrario, los perciben como un colectivo generador de conflictos.[21]

Como parte de esta propuesta, y ante el actual panorama laboral que limita la sindicalización y la negociación colectiva, los sindicatos deberán procurarse una participación más allá de la negociación colectiva en la empresa. Es decir, deben buscar aliados que comulguen con sus propuestas y planes de desarrollo y así contar con un mayor respaldo ante las nuevas organizaciones de empresas que poco a poco irán predominando en el mundo. Un buen ejemplo de lo dicho sería, que los sindicatos recobren su participación en la vida política y que sus propuestas formen parte integrante de los postulados de los partidos políticos. Así lograrían mantener vigentes sus propuestas y siempre serían protagonistas en el escenario político, tal y como sucede en varios países europeos.

Como bien señala Pérez de los Cobos, "la crisis de la representación política hace necesaria la multiplicación de mecanismos de obtención de consenso social y el apoyo de los sindicatos y organizaciones empresariales a las reformas que se producen en su ámbito natural de actuación se ha revelado una eficaz garantía de paz política y paz social. Los gobiernos van a seguir pretendiendo el consenso político de los sindicatos y de las organizaciones empresariales para sus reformas y estos van a seguir utilizando la participación política como una vía de legitimación social"[22].

(21) Instituto Centroamericano de Estudios Sociales. Propuesta presentada por la Confederación Centroamericana de Estudios Social, 2006, p. 9.

(22) **PÉREZ DE LOS COBOS**, Francisco. "El Sindicato ante las Transformaciones económicas y sociales. Madrid: Revista Española del Derecho del Trabajo N° 134, 2007, p. 298.

Finalmente, cabe señalar que un sindicalismo revitalizado, con una mayor afiliación, impulsaría la comunicación con los empleadores, promoviendo la negociación colectiva como mecanismo para regular las relaciones laborales dentro de la empresa, incentivando incluso promover una negociación en un nivel mayor; es decir, con organizaciones de empleadores, por rama de actividad o similares, pues en el escenario que se plantea, resulta vital que los empleadores dialoguen con los sindicatos, pues estos estarían plenamente legitimados. Sin embargo, ello debe darse en el marco de una nueva propuesta sindical que procure el bienestar de los trabajadores sin afectar los intereses empresariales, quienes deben asumir el compromiso de superar las diferencias de enfoque sobre la base de intereses compartidos dentro de la empresa. Ello es el cimiento de la estabilidad del futuro.

Como corolario de lo expuesto, no debemos perder de vista que no es la primera vez que los sindicatos atraviesan una crisis institucional ya que "*en su larga historia, el movimiento sindical ha pasado por fases fuertes y fases débiles. El secreto de la permanencia del sindicalismo es justamente haberse adaptado siempre con éxito a la evolución de las sociedades. El futuro de los sindicatos dependerá en definitiva de su capacidad de construir a partir de nuevos grupos dinámicos de trabajadores y de una nueva red de alianzas, un proyecto global creíble y movilizador*"[23]. Esperamos ver pronto una recuperación y un nuevo rostro del sindicalismo para bien del movimiento sindical, de la empresa y de la sociedad, a tono con el actual contexto estructural.

IV. NUEVOS CONTENIDOS DE LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS

Creemos necesario recordar para aproximarnos al tema de las perspectivas sobre el contenido negocial, dos conceptos: la negociación colectiva como mecanismo autorregulador y el convenio colectivo como fuente de derecho de formación extraetática. Como consigna Alonso Olea[24] al referirse no solo al derecho colectivo sino al derecho del trabajo en general, este último no puede vivir más que en la medida en que los trabajadores puedan negociar colectivamente, constituyendo el convenio colectivo la manifestación más importante de acuerdo a la autonomía de los grupos sociales al poder normativo, y por tanto a la categoría de fuente de derecho.

La negociación colectiva es sin duda una de las principales manifestaciones de la acción sindical a nivel de empresa. Aquí, pues, radica su importancia y trascendencia. La historia nos revela la evolución y vocación de plenitud constante para absorber un universo de contenidos, que no es sino reflejo de la finalidad que originó su propia aparición como institución esencial de defensa y mejoramiento de los intereses de los trabajadores.

Gallart Folch, citado por Raúl Varela, en una obra editada hace más de setenta años, formulaba interesantes comentarios aseverando que "*si la convención patronal se ha limitado hasta ahora a las condiciones de trabajo o a materias enlazadas directa o indirectamente con la misma, no puede afirmarse que siempre se mantenga en esos límites. Por el contrario, el dinamismo de esta institución hace esperar nuevos desenvolvimientos*"[25]. En resumen,

(23) **SPYROPOULOS**, Georges. Las Relaciones de Trabajo en Europa: Tendencias actuales y perspectivas futuras. Buenos Aires: Asociación Trabajo y Sociedad, 1997, p. 51.

(24) **OLEA**, M. Alonso. Derecho del Trabajo, Madrid, p. 158.

(25) **PLÁ RODRÍGUEZ**, Américo et. al. Veintitrés Estudios sobre Convenios Colectivos, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1988, p.75.

podemos decir que el principio definido es que todo es negociable, al punto que han ingresado al campo de la negociación, asuntos que antes se comprendían exclusivamente en la órbita de las decisiones unilaterales del empleador, como la participación en los beneficios, jornada de trabajo, polifuncionalidad, medidas de seguridad e higiene, implantación de nuevas tecnologías, planes de seguridad social, solo por citar algunos ejemplos. La experiencia nacional así lo confirma.

A este respecto, ya en 1997 al escribir sobre las relaciones de trabajo en Europa, Georges Spyropoulos decía que "*los temas abordados en la negociación han cambiado sensiblemente. Hoy en día, la negociación colectiva abarca en realidad todos los problemas de la vida de trabajo. La seguridad del empleo, la flexibilidad del mercado de trabajo, las nuevas tecnologías, la organización del trabajo, el tiempo de trabajo son algunos de los aspectos que pasan a primer plano*"[26].

Flexibilidad laboral pactada

La negociación colectiva es uno de los elementos integrantes más significativos del diálogo social que, a nuestra manera de ver, debería constituirse en uno de los ejes centrales en las relaciones colectivas al interior de las empresas. En este breve ensayo sobre las nuevas tendencias y realidades en que opera la negociación colectiva, "*una premisa de importancia radica en insistir en que existen amplias evidencias que demuestran que la negociación colectiva constituye un instrumento poderoso para lograr acercamientos y acuerdos que gocen de legitimidad social, amplia aceptación de las partes y eficacia social y económica, como lo revelan las experiencias de negociación centralizada en Europa, la que vienen cobrando nuevo auge precisamente en momentos de inestabilidad y crisis.*"[27]

Los procesos de cambio en la sociedad moderna que trastocan los paradigmas dominantes en la empresa requieren de un *aggiornamento* vitalizador de la negociación colectiva en el país. En ese camino "*es indispensable la promoción de la negociación como herramienta para buscar soluciones concertadas en el plano interno de la empresa, privilegiando la llamada negociación de flexibilidad*",[28] asociada a la seguridad del empleo. El nuevo modelo productivo exige lo que muchos autores denominan *la empresa flexible*. Claro está que la flexibilización en los convenios colectivos implica una adecuación del régimen laboral y una aplicación adaptada a la estructura y organización de la producción en función a la realidad de cada empresa. Adviértase que conforme al artículo 28 de la Constitución Política, corresponde al Estado fomentar la negociación colectiva, máxime si se trata de un derecho humano fundamental con reconocimiento supranacional, lo que obliga a los actores sociales a impulsar su desarrollo.

La flexibilidad laboral - reseña Bonet Pérez - implica la utilización de una pluralidad de fórmulas[29], solas o combinadas entre las cuales destacan: "*a) aquellas fórmulas que se*

(26) **SPYROPOULOS**, Georges. Op. Cit. p. 19.
(27) **FRANCO**, Julio; **MARCOS**, José y **BENÔIT**, Christine. Negociación Colectiva Articulada. Apuntes para un nuevo modelo de negociación colectiva, Lima: OIT, 2001, p. 56.
(28) **ZAVALA**, Jaime. Reflexiones sobre diálogo social y el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, Lima: Análisis Laboral, Vol. XXXII N° 364, enero de 2008, p. 14
(29) Resulta interesante en esta misma línea, analizar las preguntas para el debate contenidas en el Capítulo 4 del Libro Verde – Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI, las cuales tocan – entre otros - el tema de la ordenación del tiempo de trabajo, la movilidad de los trabajadores. Bruselas: Comisión de las Comunidades Europeas, 2006.

relacionan con la cantidad y distribución de las horas de trabajo (flexibilidad numérica interna)[30]*; b) aquellas fórmulas basadas en la flexibilidad contractual (flexibilidad numérica externa), sea porque se contrate al personal empleado a título no permanente –por ejemplo, el trabajo temporal o el trabajo de obra determinada-, o bien porque se recurra a la tercerización del trabajo a través de la subcontratación de la mano de obra; c) aquellas fórmulas que se sustentan en modalidades de flexibilidad funcional o geográfica: sin que se modifique el número de trabajadores de la empresa, estos aceptan, bajo la dirección del empresario, diversificar o modificar las tareas que pueden efectuar o bien realizarlas en otro centro de trabajo, de modo temporal o permanente; d) aquellas fórmulas que permiten el desempeño de la actividad laboral a distancia del empleador –por ejemplo, el trabajo a domicilio o el teletrabajo -; y finalmente, e) aquellas fórmulas que introducen la flexibilidad económica o salarial.*[31]-[32]

Estas fórmulas de flexibilidad deberían ser discutidas y debatidas en el ámbito de las negociaciones colectivas en tanto que existe una amplia libertad contractual para negociar y pactar, que comprende todo el aspecto de las situaciones derivadas de las relaciones de trabajo, pudiendo establecer los sindicatos con sus empleadores a partir de ella, derechos y deberes vinculantes para ambas partes. En el Perú, cabe precisar, ninguna ley restringe el contenido del convenio colectivo.

Como corolario de lo dicho, "*la cuestión clave para los sindicatos sería averiguar cuáles son sus puntos débiles y qué es lo que está en su mano hacer para mejor los contenidos de la negociación colectiva. Los sindicatos deberían establecer una estrategia que incluyese una serie de puntos ineludibles: cuáles son los temas prioritarios para los trabajadores, y analizar si son compatibles con los intereses de la empresa de forma realista (...). La respuesta sindical en torno al contenido y alcance la negociación colectiva pasa de lo nuevo por el análisis y la formación. Los ejemplos de un planteamiento analítico que conduce al éxito son patentes en la región. El ejemplo del "banco de horas" en la industria automotriz de Sao Paulo, en Brasil (como forma de flexibilización de la jornada de trabajo), o la introducción de contratos temporales pactados en Argentina, son solo muestras de los posibles logros de las organizaciones sindicales*".[33]

(30) "*Estas pueden ser objeto de una modalidad específica de contratación –a título de ejemplo, la contratación a tiempo parcial, de temporada o de trabajadores fijos pero discontinuos-, o bien incluir especificaciones sobre la jornada laboral en un contrato de trabajo, incluidos los de los de carácter fijo –horario flexible, cómputo de horas trabajadas, jornada diaria flexible, turnos, etc.*"
(31) "*Aquellas que permiten condicionar parte de la remuneración a la consecución de determinados objetivos o parámetros de rendimiento o productividad, o bien complementar por esos motivos el salario percibido mediante incentivos -remunerados mineralmente, en especie, o mediante la adquisición de títulos de la empresa u otro tipo de valores negociables.*"
(32) **BONET**, P. Jordi. Mundialización y Régimen Jurídico Internacional del Trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal, Barcelona: Atelier Procesal, 2007, pp. 34-35.
(33) **RUEDA**, Marleen, **SEPÚLVEDA**, Juan Manuel, **VEGA**, María Luz. Op. Cit. p. 33.

Empleabilidad, productividad, capacitación y formación profesional

En lo que atañe a los contenidos específicos de la negociación, *"la negociación colectiva debe enriquecerse o, mejor dicho, seguir enriqueciéndose"*, como recalca Pérez de los Cobos en un interesante artículo sobre el sindicato ante las transformaciones económicas y sociales.[34] Si bien la fijación de los salarios es el corazón de la negociación, este no puede monopolizar el proceso negociador, en tanto que hay muchos otros aspectos que pueden ser objeto de especial atención, como el de la empleabilidad, entendida esta como las condiciones requeridas para adaptarse a las variaciones en el trabajo, concepto en el cual prevalece la rotación de labores y la obligación de familiarizarse con las diferentes etapas del proceso productivo, para dar respuesta inmediata a los nuevos requerimientos del mercado, y donde los incrementos de remuneraciones se orientan a reconocer el desempeño y la productividad de los trabajadores.

No olvidemos que la actual Ley de Productividad y Competitividad Laboral vincula la negociación colectiva con el tema de la productividad, al punto que trae su reconocimiento expreso como materia de regulación convencional, norma que si bien acoge una permanente preocupación empresarial todavía no ha tenido correspondencia de los trabajadores. Entre los desafíos de mediano y corto plazo, en un artículo sobre desafíos de la política de empleo, Chacaltana enfatiza que en la productividad del trabajo está la clave del problema, pues es la fuente básica de las mejoras en los salarios reales y de los niveles de vida de los trabajadores.[35] A nivel de empresa, el tema de la productividad pasa a ser un elemento pasible de negociación colectiva, cuya función protagónica en el trabajo debe ser redimensionada y revalorizada, conducente a encimar los actuales desafíos.

Por su parte, acometer la exigencia de una capacitación o formación profesional continua y de calidad para mejorar la productividad y competitividad de las empresas y por ende de país, es otra tarea pendiente de los gremios sindicales, pero también de las empresas en el curso de las relaciones de trabajo. Es por todos conocido que en nuestro país la inversión en capacitación laboral es baja. En un sentido muy amplio, detalla Chacaltana que estaría representando el 2.1% de las planillas y un monto equivalente a US $ 160 millones anuales[36]. Esta tarea de enfrentar el déficit de capacitación es una responsabilidad compartida de trabajadores y empresarios (además del Estado) que debería emprenderse a través de la negociación colectiva, en tanto que existe consenso en que esta vía es uno de los mejores instrumentos para aumentar la productividad y competitividad[37]. La capacitación continua es una inversión.

En una entrevista efectuada a Ermida Uriarte sobre la Agenda Laboral Latinoamericana, el profesor uruguayo releva - con la brillantez que lo caracteriza - el flirteo entre derecho del trabajo y formación profesional, remarcando que *"el referido interés convergente de empleador y de trabajador en la formación profesional hace, por otro lado, que ella se vuelva un campo fértil para la negociación colectiva y la participación. Más aún, como*

(34) **PÉREZ DE LOS COBOS**, Francisco. Op. Cit. p. 303.
(35) **CHACALTANA**, Juan. Desafíos de las políticas de empleo, Economía y Sociedad Nº 48, Lima: CIES, 2003, p. 61.
(36) **CHACALTANA**, Juan. Capacitación laboral proporcionada por las empresas: el caso peruano. Informe final, CEDEP, Lima, 2005. En: http://cies.org.pe/files/active/0/chacaltana2003.pdf
(37) Artículo 2 del TUO del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

el de la capacitación es, en sí mismo, un tema menos conflictivo a priori, que otros temas tradicionales de negociación (salario, jornada, derechos sindicales), es probable que ella sirva para iniciar o desbloquear negociaciones colectivas trabadas en torno a las materias tradicionales"[38].

Adicionalmente, el incentivo tributario con deducción de los recursos invertidos podría ser un factor esencial para hacer más eficiente la calificación de la mano de obra, mejorar la empleabilidad y favorecer los convenios colectivos en este ámbito. Hay que promover la inversión de las empresas en el capital humano y el beneficio tributario es un camino. En Chile, la ley de capacitación permite a las empresas que tributan en primera categoría del impuesto a la renta financiar las actividades de educación de sus trabajadores, para que obtengan licencia de estudios básicos o medios y actualizar las competencias básicas de lectura, escritura y matemáticas, en el caso que las hayan perdido. De otro lado, dicha norma busca fortalecer la formación profesional de los dirigentes sindicales y acoger sus requerimientos de capacitación. Fomenta el uso de la franquicia tributaria en este aspecto, en tanto la misma sea pactada colectivamente.

En un diagnóstico sobre la Formación Profesional en el Perú aprobado por el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción Social[39], se revisaron 463 expedientes de negociación colectiva en los años 1997, 1998 y 1999, además de los que hemos podido revisar nosotros en los años posteriores hasta la fecha, que nos revela que el tema de la formación profesional no es una materia sobre la que se negocia habitualmente, pues la mayor parte de los acuerdos están referidos a condiciones de trabajo, incrementos en las remuneraciones o beneficios asistenciales. Las propuestas y los pactos se focalizan básicamente en lo económico. Falta modernidad mirando al mañana.

En los casos de cláusulas referidas a la capacitación laboral, estas se circunscriben al otorgamiento de aportes dinerarios mediante asignaciones o becas por estudios escolares, técnicos o superiores que curse el trabajador, no observándose la existencia de una política de formación continua por cuanto los pactos son bastante genéricos o contienen simples compromisos de intención. Asimismo, los sindicatos no tienen participación directa en el diseño de los programas o cursos impartidos, y estos son definidos unilateralmente por la empresa. Acuerdos de este tipo no recogen la verdadera naturaleza o función de la negociación colectiva, que a través de la convención colectiva se convierte en fuente creadora de derechos y favorece el otorgamiento de mejores condiciones a aquellas previstas legalmente. El diagnóstico efectuado permite concluir que *"la ausencia de una cultura de formación para el empleo en nuestros empresarios y trabajadores, es uno de los primeros obstáculos con los que deberán afrontarse en la elaboración del marco institucional que pretendemos"*[40].

La Resolución de la 88ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo menciona algunas materias que podrían tenerse en cuenta en la negociación colectiva tales como: las calificaciones que precisan la empresa y la economía; la formación que precisan

(38) **ERMIDA**, Oscar. Protección jurisdiccional de los derechos laborales, relevancia de su constitucionalización, flexibilidad laboral y formación profesional a comienzos del siglo XXI. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Justicia Viva. 2003, p. 21.
(39) Ministerio de Trabajo y Promoción Social. Diagnóstico de la Formación Profesional en el Perú, Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo, Lima: 2001.
(40) Op. Cit. p. 137.

los trabajadores; la evaluación de las calificaciones básicas y otras adquiridas en el lugar de trabajo o en el desempeño de actividades asociativas o individuales, el establecimiento de pautas de carrera para los trabajadores; el establecimiento de planes para el desarrollo y de formación personal para los trabajadores; la estructura necesaria para conseguir beneficios óptimos de la formación y; los regímenes de reconocimiento y gratificación, incluida una estructura de remuneraciones.

Derecho a la información

De otro lado, un desarrollo serio y valioso de la negociación colectiva no será factible en la medida que no se asegure y practique efectivamente el derecho de información para negociar convenios colectivos, que se encuentra incorporado en nuestra ley de relaciones colectivas de trabajo (aunque limitadamente y en última instancia sujeta al acuerdo de partes[41]). Este derecho, que integra una manifestación de la libertad sindical, demanda una adecuada regulación con mecanismos de control que aseguren su objetivo.

Como apunta Simón siguiendo a Däubler, "*para poder celebrar debidamente negociaciones sobre el convenio colectivo y para evitar tanto la adopción de posturas maximalistas utópicas como reservas injustificadadas, el sindicato necesita estar informado sobre la situación económica de su interlocutor social*", derecho este que puede referirse a todo el campo actual o potencial de actividades de aquel, es decir, "*a todas las condiciones laborales y económicas*". Sin embargo, se aprecian todavía resistencias del sector empleador para brindar esta información, pues se ha sostenido que su requerimiento importa para la empresa tanto como imponerle "desnudarse" ante terceros, al tiempo que se cuestiona el posible uso indebido que se pueda efectuar de dicha información[42].

El acceso a la información, extendido en algunos países industrializados como Estados Unidos, Italia, y Suecia deriva del deber de negociar de buena fe, principio que recoge nuestra norma de relaciones colectivas, pero con utilidad relativa, a pesar que "constituye una herramienta trascendente a la hora de negociar colectivamente, ya que el conocimiento de evolución de la empresa, innovaciones tecnológicas y organizativas, su situación económico-financiera y todo otro dato de interés es importante cuando la asociación sindical formule peticiones"[43]. La negativa a entregar información lesiona el deber de buena fe que "constituye un ingrediente de orden moral indispensable para el adecuado cumplimiento del derecho. Sin ese componente, la mayoría de las normas jurídicas pierden su sentido y su significación"[44].

Impulso a las formas de solución autónoma de conflictos

Otra problemática de acción como reto pendiente, es que la negociación colectiva debería orientarse a reforzar e impulsar los sistemas extrajudiciales de solución autónoma de conflictos, como la conciliación, mediación, el arbitraje u otros, que en nuestra realidad

(41) Artículo 55 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.
(42) DAUBLER, Simón, citado por SIMON, Julio C. Negociación Colectiva. Derecho Colectivo del Trabajo, La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 451. En: **GRISOLIA**, A. Julio. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2005, p. 1664.
(43) **GRISOLIA**, A. Julio. Op. Cit. p. 1663.
(44) **PLÁ RODRÍGUEZ**, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2da Edición, 1978, p. 308.

negocial es muy escasa sino nula. Los procedimientos nacidos de la propia negociación colectiva se utilizan casi exclusivamente como recursos pre procesales, como son las normas internas sobre quejas y reclamos antes de recurrir a la autoridad de trabajo o a los organismos jurisdiccionales. Existe una reducida presencia de instrumentos y prácticas de negociación para fijar cláusulas obligacionales dirigidas a las propias partes suscriptoras del convenio, como por ejemplo procesos de consulta interna o de solución de conflictos, sistemas de participación o gestión, comisiones de estudio, entre otros.

Nuestro país se inscribe en una costumbre jurídica asentada en el monopolio de la ley y de su protección y tutela básicamente por los órganos administrativos y judiciales frente a otros procesos fundados en el consenso. Tal tradición absorbe el cúmulo de ámbitos de la vida social, pero singularmente el campo laboral, lo que deriva en una marcada tendencia de la acción sindical y empresarial en ese rumbo. La carencia de procedimientos autónomos en los convenios colectivos, ha traído en la práctica a un exceso de judicialización que ha terminado por atribuir al Poder Judicial y en especial al Tribunal Constitucional a través de los proceso de amparo, un papel crucial de participación en el modelo de relaciones laborales.

Estos sistemas alternativos generados por la propia decisión de las partes deberían apuntar a ser más activos, conduciendo a su vez a la potenciación de la libertad de las partes, y a contribuir a la armonía y paz laboral. Repárese que estos mecanismos no solo legitiman socialmente al sindicato sino que "en la medida en la que tuvieran una efectiva vigencia y difusión prefiguran un modelo de regulación del conflicto del que serían pieza clave los instrumentos derivados de la autonomía colectiva"[45], generando un acervo social al impulsar la confianza y la responsabilidad de los interlocutores de las relaciones colectivas de trabajo.

En el mundo de hoy, de constante cambio e inestabilidad social, la negociación colectiva juega un rol trascendente y debe ser innovadora, para emprender con expectativa la incorporación de compromisos para evitar situaciones conflictivas, como las cláusulas de paz laboral o los pactos sobre obligaciones de paz ampliada, entendidos estos como "el deber de tregua cuando ultrapasa el ámbito del convenio y supone una renuncia al ejercicio de medios de lucha, por un lapso determinado"[46], específicamente la autolimitación del ejercicio del derecho de huelga. De otra parte, y para facilitar la aplicación de lo pactado, se puede recurrir a la creación de órganos o comisiones de estudio de problemas de interpretación del contenido normativo establecido por las propias partes, como puede darse en todo negocio jurídico. El desafío consiste en promover estos medios de carácter compositivo que afiancen la formación de una cultura negociadora de prevención y solución de conflictos. La base legal está en el artículo 28° de la Constitución Política que prescribe que el Estado fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La aceptación de estos nuevos contenidos negociales y utilización de procedimientos de prevención o solución de los conflictos, le concede a la autonomía privada negocial un valor especial para regular sus propios intereses. Hacerlo dependerá de la madurez de los partícipes sociales.

(45) **PÉREZ DE LOS COBOS**, Francisco. Op. Cit. p. 304.
(46) **PLÁ RODRÍGUEZ**, Américo et. al. Veintitrés estudios sobre Convenios Colectivos. Contenido de los Convenios Colectivos. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1988, p.163. Algunos autores rechazan la licitud de los acuerdos de paz ampliada por considerar que ellos supondría una renuncia genérica al derecho constitucional de huelga. En cambio, para otros autores tiene plena validez como disuasivo de la conflictividad.

V. LOS RETOS DEL DERECHO COLECTIVO FRENTE A LA EXPANSIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL

No podemos analizar los retos del sindicalismo y la negociación colectiva, sin reseñar con algo más de detalle, cuál es realmente el escenario económico en el que se desenvuelven estos retos. La mundialización es una realidad desarrollada en el siglo veinte, pero consolidada definitivamente en lo que va de la primera década del presente siglo. Profundos cambios se han producido ya, a niveles comerciales, políticos, sociales y económicos, los cuales no necesariamente han supuesto satisfacer las expectativas de quienes veían en ella a la solución de los diversos problemas – principalmente económicos - que aquejaban a nuestras sociedades(47).

Se señalaba que la globalización traería consigo crecimiento para todos, mejor distribución de la riqueza y una participación activa de todos los países, y que en cuyo marco, todos serían beneficiados, sin importar si se tratase de países desarrollados o países en vías de desarrollo. Pues bien, la realidad distó y dista mucho de ser como se pensaba hace ya algunos años(48), principalmente en relación con la ineficiente distribución de la riqueza y el poco control gubernamental y social que se puede ejercer en torno a los fenómenos económicos surgidos en el marco de la globalización.(49)

Así, si bien las expectativas iniciales no se han visto satisfechas, principalmente por la no distribución justa de la riqueza derivada de los procesos de crecimiento económico conforme referimos anteriormente, no es menos cierto que nadie quiere quedarse fuera de estos procesos. Por ello, la gente reconoce a la globalización ya no como un fenómeno sino como una realidad, y son muy pocos los que desean quedarse al margen de ella o invertir el proceso.(50)

Es en este contexto, que venimos presenciando el surgimiento y expansión acelerada de la suscripción de acuerdos de intercambio comercial de diversa índole, dirigidos principalmente

(47) Por entender, conforme grafica Sanguinetti al establecer el paralelismo de la globalización, que "*la extensión de los intercambios y los flujos de capitales a escala planetaria en las que el mismo se concreta constituyen motores insustituibles para el crecimiento económico y la difusión del bienestar (...)*" **SANGUINETTI**, Wilfredo. El Espacio de la Autonomía Colectiva en la Ordenación del Mercado Global. En: Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú. Lima: SPDTSS, 2004. p. 207.

(48) Compartimos la opinión de Villavicencio, quien señala con acierto que la globalización no ha logrado satisfacer las aspiraciones de un trabajo decente y un futuro mejor para las familias de los trabajadores, siendo válido hablar de la posibilidad de obtener un mayor provecho de este proceso, repartiendo mejor sus beneficios, lo cual presupone – como es lógico, el respeto de la dignidad de la persona y la consideración de todos los seres humanos como iguales. **VILLAVICENCIO**, Alfredo. La Regulación del Trabajo en la Globalización, la Integración Regional y en los Tratados de Libre Comercio. En: Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú. SPDTSS, Lima, 2004. pp.186-187.

(49) Al respecto, nos parece sumamente interesante lo señalado por la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, al señalar con acierto que "*en el funcionamiento actual de la economía global se observan desequilibrios persistentes y profundamente arraigados (...) La economía se hace cada vez más global, mientras que las instituciones sociales y políticas siguen siendo fundamentalmente de alcance local, nacional o regional. Ninguna de las institucionales globales existentes proporciona un control democrático adecuado de los mercados globales ni corrige las desigualdades básicas entre los países. Estos desequilibrios ponen de relieve la necesidad e mejorar los marcos institucionales y políticos si queremos que la globalización cumpla sus promesas.* En: Por una globalización justa. Crear oportunidades para todos, Comisión Mundial sobre la dimensión social de la globalización. OIT, Ginebra, 2004, pp. 3-4.

(50) OIT 2004. Op. Cit. p. 5.

a establecer fórmulas compartidas de comercio internacional, cuya prioridad fue tradicionalmente crear marcos de exoneraciones arancelarias u otras ventajas recíprocas, con la finalidad de favorecer el comercio entre los estados firmantes o *socios comerciales*.

Sin embargo, en adición a las cláusulas comerciales, se profundizó un antiguo debate con relación a la incorporación en los textos aludidos de las llamadas cláusulas sociales, prescripciones a las cuales corresponde referirnos brevemente. Se trata, siguiendo a ERMIDA, de cláusulas *"dentro de un tratado, convenio o acuerdo comercial, en la cual las partes se comprometen a respetar y eventualmente hacer respetar ciertos derechos sociales y, para el caso de violación de los mismos, pactan la caída de las ventajas que se han reconocido recíprocamente."* Estas cláusulas tienen por objeto el *"condicionamiento de las preferencias arancelarias u otras ventajas comerciales ofrecidas a los socios (efectos al interior del acuerdo) o a terceros (efectos al exterior del acuerdo), al cumplimiento de los derechos establecidos en dichas cláusulas"*. Es decir, las cláusulas sociales tienen sentido únicamente dentro del comercio internacional o en relación con este.(51)

Si bien su incorporación surge con el objetivo de evitar el dumping social, fenómeno de sumo antiguo que data incluso de antes de la propia constitución de la OIT(52), actualmente cobra un nuevo valor. Contrariamente a las oposiciones existentes respecto de su incorporación (basadas en que transgreden la soberanía de los Estados débiles que suscriben casi por adhesión estos acuerdos por parte de los Estados fuertes, amen de otras consideraciones de índole económico), han venido a crear un marco de regulación ineludible de una exigibilidad mayor a aquella con la que actualmente cuentan los países. En este sentido, vemos que los países se han visto desplazados de la posibilidad de controlar a un nivel mayor la ordenación de la economía, quedando relegados a establecer tímidamente los marcos sociales y políticos con los cuales aquella libremente se desenvuelve.

Por tanto, el establecimiento por parte de un acuerdo binacional o multinacional, de marcos mínimos de respeto de determinados derechos sociales, obliga a los estados parte, a reconocer de manera más rigurosa determinados estándares mínimos que permitan que el comercio se desarrolle en escenarios de meridiana igualdad entre las partes(53). Si bien esta situación impacta en los estados, el mayor efecto recae en las empresas interesadas en comercializar bienes y servicios con sus pares del extranjero, lo cual las obliga a adecuarse a estos nuevos marcos, pues de lo contrario, la consecuencia lógica será quedar fuera del

(51) **ERMIDA**, Oscar. Derechos Laborales y Comercio Internacional. Montevideo: Derecho Laboral, Tomo XLV, Nº 208, 2003, pp. 132 – 133.

(52) Particularmente interesante es la reflexión de Oscar Ermida sobre este particular, quien señala que existen antecedentes de la inclusión de cláusulas sociales en tratados de comercio por lo menos de 1904, por lo cual el debate en cuestión no es tan nuevo como parece, por más que hoy se ha replanteado con intensidad y en un nuevo contexto. **ERMIDA**. Op. Cit. p.133.

(53) Cabe precisar que la incorporación de estas cláusulas sociales no ha sido la única fuente empleada para la búsqueda de este objetivo orientado a evitar el dumping social. Vemos que adicionalmente a ellas, existe el denominado Etiquetado Social (consistente básicamente en el otorgamiento de certificaciones otorgadas a empresas que respeten ciertos derechos sociales), el establecimiento de los Códigos de Conducta de las empresas (que obligan no solo al grupo económico de la empresa propiamente, sino a todos aquellos que directa o indirectamente mantienen relaciones comerciales con aquella, entre las cuales se encuentran los proveedores, contratistas y subcontratistas), y la aprobación de las Cartas Sociales, las cuales obligan a los Estados firmantes, y a cualesquiera partes que quieran establecer relaciones comerciales con ellos), entre otros mecanismos sumamente interesantes.

juego del comercio internacional, franquicia que no pueden permitirse en una pugna por la subsistencia y por el logro de mayores y mejores niveles de competitividad.

Pues bien, enfocando esta situación en la realidad de nuestro país, tenemos que se vienen realizando constantes y fructíferos esfuerzos por la suscripción de nuevos tratados comerciales ya sea bilaterales o multilaterales, siendo el más estudiado (precisamente por su mayor impacto) el recientemente aprobado Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos (TLC Perú - EEUU) al cual nos referiremos a continuación en atención a la relevancia que el mismo trae consigo en materia de respeto de derechos fundamentales, y particularmente para el tema que nos ocupa, derechos colectivos, a efectos de establecer, desde una óptica adicional, los retos que este tipo de intercambios comerciales, plantea a nuestro país en materia de los aludidos derechos.

De este modo, tenemos que el TLC Perú – EEUU establece un sistema de preferencias arancelarias, incorporando dentro de sus previsiones, una serie de garantías laborales, orientadas – conforme se adelantara previamente – a evitar el dumping social.

En este sentido, el referido acuerdo establece como derechos que ambas partes debe reconocer y respetar, los contenidos en la Declaración de 1998. Con relación a ello, y para efectos de la materia que nos ocupa, nos referiremos a los derechos colectivos reconocidos, los cuales han sido precisados en el propio capítulo laboral, estableciendo que los mismos comprenden el derecho de asociación, el derecho de organizarse y el de negociar colectivamente.(54)

Resulta paradójico que sea la primera obligación de los Estados, el respeto de los derechos fundamentales laborales reconocidos por la Organización Internacional de Trabajo, considerando que nuestro socio comercial no ha suscrito ningún convenio que proteja o garantice derechos sindicales, quedando fuera del espectro de los once convenios suscritos por aquel(55), la ratificación de los Convenios N° 87 y N° 98. De este modo, partimos de una evidente desigualdad en lo que a compromisos de cumplimiento se refiere, pues precisamente en este esquema es el Estado fuerte quien exige del Estado débil, mayores cargas de las que aquel estuvo dispuesto a asumir en un inicio(56).

Sin perjuicio de ello, considerando que la suscripción de un TLC con Estados Unidos adquirió una prioridad central para nuestras autoridades, no podemos soslayar que en términos efectivos, esta es una oportunidad brillante para el país de elevar sus estándares de cumplimiento, no limitando sus efectos al comercio internacional, sino capitalizando el esfuerzo político desplegado, con miras a la aprobación de una legislación más acorde con los principios efectivamente aceptados por nuestro país en materia laboral en general, y colectiva en particular.

(54) Si bien no se reconoce a la huelga propiamente, entendemos que como corolario potencial de la negociación colectiva, también se encuentra implícitamente reconocido el derecho a la huelga dentro de los estándares establecidos con anterioridad por la OIT.

(55) En contraste con los sesenta y siete suscritos por el Perú.

(56) A decir de De los Heros, "*lo que hay detrás de esto es simplemente una forma de protección de los propios países desarrollados en beneficio de sus empresas, de su producción, de su mercado y de su nivel de vida.*" **DE LOS HEROS**, Alfonso. Derecho del Trabajo y Globalización. En: Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez. Lima: Editorial Grijley, 2008. p. 40.

Así, el TLC Perú – EEUU supone un compromiso no solo de respetar la normativa internacional laboral, sino un deber de adecuar nuestra legislación a efectos de hacer más exigible su cumplimiento, ya sea a través del rol normativo o del rol fiscalizador a través de nuestras diversas autoridades, sean estas administrativas o jurisdiccionales. En este mismo sentido, García Granara afirma que "*se pasa entonces de un reconocimiento normativo de los derechos a un compromiso de vigencia y aplicación interno de los mismos, lo que supone una permanente acción de la Administración Estatal y especialmente de las empresas privadas, pues se incorpora en el comercio internacional entre ambos países un componente laboral.*(57)"

En este escenario, el Perú está obligado a cumplir y hacer cumplir en su territorio(58), las normas relativas a libertad sindical, negociación colectiva y huelga, lo cual plantea una serie de retos, siendo interesante analizar algunos de ellos desde la perspectiva de la mundialización.

Nuestro primer reto: las observaciones del Comité de Libertad Sindical

Nos parece que el primer gran desafío que se plantea para el Perú en materia de huelga es proceder a levantar las observaciones del Comité de Libertad Sindical que quedan pendientes respecto de nuestra norma rectora en materia de derechos colectivos respecto de la prohibición expresa de las formas atípicas o irregulares de huelga(59), las cuales son admitidas por la propia OIT, en tanto y en cuanto las mismas se desarrollen de forma pacífica.

Con relación a esta observación, cuya superación viene mereciendo una tenaz oposición por parte de algunos sectores interesados, supone que los colectivos de trabajadores podrían organizar sus medidas de fuerza no necesariamente a través de las paralizaciones totales del trabajo, sino a través de mecanismos tan disímiles como las declaraciones conferencias de prensa (que tienen como efecto mediático afectar al empleador frente a la opinión pública), las huelgas de "sentadas, "trencitos" o "serpientes", consistentes en recorridos por el local de trabajo, piquetes externos, el trabajo a reglamento (también conocido en Brasil como *tortuguismo*), el hipertrabajo (realizado en algunas empresas del Japón por ejemplo), la huelga intermitente, o la huelga rotativa o articulada(60). Fuera de los ya tradicionales mecanismos atípicos(61), venimos presenciando el desarrollo de huelgas implementadas a través del uso de las nuevas tecnologías, generando potencialmente

(57) **GARCÍA**, Fernando. TLC y Cumplimiento Laboral, En: Análisis Laboral, revista editada por el Grupo AELE, enero 2008, Lima, p. 16.

(58) Pues conforme el propio TLC señala, "*nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de facultar a las autoridades de una Parte para realizar actividades orientadas al cumplimiento de la legislación laboral en el territorio de la otra Parte.*" (Artículo 17.4).

(59) Sin perjuicio del tema de los servicios esenciales, a los cuales nos referimos anteriormente.

(60) Al respecto, ver **ERMIDA**, Oscar. La Flexibilización de la Huelga. XXVI Jornadas de Derecho Laboral. Texto Publicado por la Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999. En www.aal.org.ar/pon7-00.asp.

(61) Nuestra norma de relaciones colectivos de trabajo (artículo 81 del Decreto Supremo 010-2003-TR), señala expresamente que "*no están amparadas por la presente norma las modalidades irregulares, tales como paralización intempestiva, paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de la trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo.*"

un mayor efecto equilibrador de fuerzas que las huelgas tradicionales en el marco del conflicto colectivo[62].

Toda esta nueva realidad plantea una serie de desafíos principalmente respecto del Estado y de los empleadores[63]. Por un lado, y en primer lugar, el reto del Estado, es adecuar la legislación a efectos de levantar las observaciones pendientes de la OIT, cumpliendo así con los compromisos asumidos en el marco del TLC Perú – EEUU en materia de respeto y adecuación a los convenios ratificados por cada parte (en este caso, el Convenio N° 87).

Por su parte, en el caso de los empleadores, el desafío es principalmente de concepción del problema[64]. El empresario debe ser el principal interesado en levantar estas observaciones pendientes, pues visto el problema desde la óptica del comercio internacional, las grandes empresas buscan que sus contratistas y proveedores a nivel mundial se encuentren en capacidad de cumplir con los códigos de conducta de aquellas, lo cual en muchos casos trae implícito el cumplimiento de la normativa socio laboral. Así, el hecho de que nuestra legislación se encuentre plenamente acorde con las disposiciones de la OIT, obliga a las empresas locales a adaptarse, lo cual - a mediano plazo - supone facilitar estos procesos de intercambio en el contexto de la mundialización del comercio.

Segundo desafío: promoción del diálogo social como parte de la agenda pendiente

Adicionalmente a ello, y permitiéndonos ir un poco más allá, esta oportunidad es sumamente valiosa pues podría suponer un replanteo general de cómo se conciben las relaciones de trabajo en las distintas esferas. Para ello, se debe fortalecer el diálogo social como institución primordial para lograr la concertación social a través de la consolidación definitiva del Consejo Nacional de Trabajo[65], a efectos de introducir en la conciencia de todas las partes, que los mejores resultados provienen de comprender que el conflicto no es per se nocivo, sino que es inherente a las relaciones interpersonales de toda índole y que por ello, debe ser canalizado con responsabilidad. Tener aquello como objetivo podría conducir a la adopción de acuerdos realmente consensuados y lejos del tradicional intervencionismo estatal en materia laboral[66], en cuya virtud los agentes expresen con proactividad sus preocupaciones, opiniones y alternativas de solución, llegando a compromisos vinculantes y permanentes que coadyuven al fortalecimiento de las instituciones en general y a las relaciones empresario - trabajador en particular.

(62) Ermida describe como ejemplos de este tema, la ciberhuelga desarrollada por el personal de una empresa francesa. En este caso, uno de los sindicatos de aquella bloqueó completamente el sistema informático de gestión, al tiempo que creó una página web para publicitar el conflicto. Asimismo, narra la experiencia de las huelgas del sector bancario, consistentes en incorporar grabaciones en los cajeros automáticos expresando las causas del conflicto, lo cual supone lo que el uruguayo denomina "informatización o automatización de la medida de conflicto". **ERMIDA,** Loc. Cit.

(63) Sin perjuicio, claro está, del reto de los trabajadores de adaptarse a las nuevas tecnologías para canalizar el conflicto hacia vías más pacíficas y legítimas.

(64) Si bien no es objeto del presente trabajo analizar las medidas de autotutela del empresario (formas de reducir los efectos que la huelga trae en la organización) pues excede ampliamente nuestro encargo, sí nos parece pertinente mencionar que si bien estas últimas no cuentan con reconocimiento normativo en el Perú, sí revisten especial interés, máxime si un importante número de huelgas en nuestro país son declaradas improcedentes, lo que dejaría abierta la posibilidad de una resistencia patronal sin que ello pueda ser considerado un acto conducente a afectar el impacto de la huelga (al no ser esta una medida protegida por el ordenamiento).

(65) Para mayores alcances sobre este tema, ver: Diagnóstico y propuesta de fortalecimiento del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú, OIT, 2005, documento de trabajo elaborado por nosotros a solicitud de la referida Organización.

Asimismo, y ya como un desafío para el sector empresarial, se debe comprender que el trabajador juega un rol preeminente en el crecimiento de la empresa. Coincidimos con Sanguinetti, quien considera que "*la contemplación del problema de la competitividad en términos estratégicos y no puramente inmediatos hace aconsejable, en consecuencia, una apuesta por condiciones laborales dignas y unos niveles de capacitación de los trabajadores cada vez mayores.*"[67]

En esta orientación, deben ensayarse fórmulas de mayor inversión en la formación profesional de los trabajadores y principalmente de los representantes sindicales, pues contar con dirigentes adecuadamente capacitados eleva el nivel de la negociación, sustrayéndola de discusiones anacrónicas de luchas de fuerzas obrero patronales, introduciendo preocupaciones propias de la era del comercio internacional, sin perder de vista claro está, las reivindicaciones económicas inherentes al conflicto laboral.

Tercer (pero no último) desafío: la fiscalización laboral en materia de derechos colectivos

Si bien a este respecto, en los últimos años, venimos siendo testigos de una mayor preocupación gubernamental por la fiscalización del cumplimiento de la legislación socio-laboral, se debe tener en cuenta que no se trata de realizar inspecciones para entender que la obligación se ha cumplido. Nada más alejado de la realidad. El problema de la fiscalización parte de la necesaria mejora de las condiciones formativas y laborales de los encargados de llevar adelante las inspecciones. El inspector de trabajo es el representante del Ministerio de Trabajo ante los administrados, y debe por ello, encontrarse debidamente capacitado en las materias que serán objeto de inspección, pues una conclusión errada trae consigo problemas de sumo graves que afectan la legitimidad de las decisiones adoptadas.

Concretamente en la materia que nos ocupa, las inspecciones orientadas a verificar el cumplimiento de las normas sobre derechos colectivos, deben ser cuidadosas y exhaustivas, aplicando adecuadamente las herramientas que franquea el ordenamiento legal. A diferencia de lo que ocurre con algunas instituciones del derecho individual, arribar a conclusiones en materia colectiva es muy delicado, pues la inspección se lleva a cabo en un escenario de conflicto siendo necesario que el inspector se ciña a las comprobaciones objetivas de la realidad y no ceda sin más ante afirmaciones de una u otra parte para concluir la existencia o no de prácticas contrarias al ejercicio de los derechos colectivos.

(66) Concepción heredada del sistema romano germánico, en el cual el Estado regulaba todos y cada uno de los aspectos de la relación laboral, limitando al exceso la autonomía colectiva de las partes. Esta concepción intervencionista viene retrocediendo aceleradamente en los países europeos occidentales, los cuales vienen cediendo lugar a la concertación y la autonomía colectiva, como medio de establecimiento de acuerdos marco, que cuentan con legitimidad para todos los agentes involucrados.

(67) **SANGUINETTI,** Wilfredo. El derecho laboral peruano en el proceso de globalización. Nuevas tendencias normativas, Lima: Soluciones Laborales, enero de 2008, p. 29.

La realidad del conflicto colectivo es muy compleja, lo cual determina la dificultad de establecer si por ejemplo se han configurado actos de injerencia del empleador en la vida del sindicato, o si al interior de una empresa se vienen suscitando prácticas antisindicales. Estas determinaciones requieren de personal altamente especializado capaz de aplicar adecuadamente las disposiciones contenidas en los convenios de la OIT y en la legislación vigente. De lo contrario, las conclusiones de la actividad inspectiva podrían no ceñirse a la realidad, lo cual determinaría un perjuicio para los administrados, máxime si a la fecha el procedimiento concluye definitivamente en vía administrativa con la resolución firme emitida por la segunda instancia, tema al cual nos referiremos a continuación.

VI. PERSPECTIVAS DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE INSPECCIÓN DE TRABAJO

Siguiendo con lo señalado en el capítulo anterior, tenemos que la inspección de trabajo actualmente viene cumpliendo un rol fundamental en materia de fiscalización de cumplimiento de la legislación laboral, si bien se trata de un proceso en desarrollo. A este respecto, es claro que existen algunas instituciones del derecho del trabajo que vienen recibiendo atención prioritaria por parte de los inspectores, como son la tercerización e intermediación de servicios y la libertad sindical.

Si bien el primer aspecto recibe mayor atención política y mediática, no es menos cierto que la problemática sindical viene recibiendo mucha más atención que la recibida hasta hace unos pocos años atrás. Ello obedece justamente al incremento de la afiliación y actividad sindical de la cual somos testigos, que determina, lógicamente, la aparición de nuevos conflictos al interior de la empresa, y por tanto, la intervención muchas veces a instancia de parte, de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

La actividad inspectiva en este escenario, cuenta con un soporte normativo de importancia, dado que la Ley General de Inspección del Trabajo y su Reglamento[68] incorporan en sus textos sanciones económicas al reconocer como infracciones graves y muy graves, una serie de conductas empresariales[69].

Lo cierto y concreto es que, sin restar valor a este importantísimo soporte normativo, es la actuación inspectiva cotidiana la que termina por sentar los precedentes en materia de infracciones y sanciones en materia de derechos colectivos. Así, es cada vez más común que en las inspecciones de trabajo, se requiera a las empresas acreditar no estar incursas en ninguna de las infracciones contenidas en las normas reseñadas. Considerando la relevancia que sus pronunciamientos revisten, la máxima autoridad en materia de inspecciones (la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo) elaboró a finales del año 2007, una serie

(68) Aprobado por Decreto Supremo 019-2006-TR, modificado por Decreto Supremo 019-2007-TR.

(69) Entre las cuales se encuentra el incumplimiento de las disposiciones relacionadas con el otorgamiento de facilidades para el ejercicio de la actividad sindical, la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, la realización de actos que afecten la libertad sindical del trabajador o de la organización de trabajadores (tales como impedir la libre afiliación, promover la desafiliación, impedir la constitución de sindicatos, utilizar contratos a modalidad para afectar la libertad sindical, o incurrir en supuestos de intermediación laboral fraudulenta), la realización de actos que impidan el ejercicio del derecho de huelga (bajo el recurso a la intermediación o contratación de obras o servicios) la discriminación de un trabajador por el libre ejercicio de su actividad sindical, entre otras.

de directivas orientadas a uniformizar la actuación inspectiva, habiéndose aprobado dos de ellas de especial trascendencia en cuanto al contenido del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva.

De este modo, la primera directiva aprobada[70], se refiere al ejercicio de los derechos de sindicación y negociación colectiva en relación con la utilización de los contratos sujetos a modalidad o contratos a plazo fijo. Se busca verificar entre otros, la evolución del personal en los últimos años, la constitución y composición de alguna organización sindical, acciones adoptadas por el empleador respecto de los pliegos de reclamos presentados y respecto de los dirigentes sindicales o miembros afiliados (desplazamientos, cambios de turnos, entre otros), sanciones impuestas por el empleador y, denuncias sobre prácticas antisindicales. Conforme se aprecia, esta norma interna supone un aporte valioso y tendencia de fiscalización con relación a los derechos fundamentales de sindicalización y negociación colectiva, no obstante lo cual no hace ninguna alusión al ejercicio del derecho de huelga.

Por su parte, la segunda directiva[71] amplía los supuestos de protección, estableciendo lineamientos esta vez orientados ya no a la contratación temporal, sino al ejercicio de derechos colectivos en el marco de empresas en las cuales concurren supuestos de tercerización de servicios. En este caso, se señala expresamente que "*el programa tiene por objeto garantizar los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga en las unidades de producción, indistintamente del sector o actividad económica al que pertenezcan los sujetos inspeccionados*". Respecto del ejercicio del derecho de huelga, se busca verificar cuál es la conducta del empresario y las empresas de tercerización ante la huelga, al tiempo que se debe evaluar si existen actos de injerencia o represalia por parte de la empresa empleadora o terceras empresas.

En atención a estas directivas y a título ilustrativo, nos parece pertinente mencionar algunos requerimientos recaídos en materia de derechos colectivos, siendo los más numerosos los emitidos en relación con la actividad minera y textil. Así, hemos tenido a la vista, algunos requerimientos formulados a dichas empresas, en los cuales los inspectores de trabajo buscan detectar conductas empresariales que constituyen prácticas antisindicales orientadas a obstaculizar la libertad de acción de la organización sindical, el derecho de los trabajadores a elegir a sus representantes, entre otros actos de injerencia.

En alguno de estos casos, la Autoridad Administrativa de Trabajo sancionó por infracción muy grave en materia de relaciones laborales a una empresa determinada, por la comisión de prácticas antisindicales, al haberse acreditado que un grupo considerable de trabajadores se vio obligado a renunciar al sindicato bajo amenazas de despido[72].

(70) Directiva 001-2007-MTPE/2/11.4 de fecha 28 de septiembre de 2007.

(71) Directiva 002-2007/MTPE/2/11.4 de fecha 28 de septiembre de 2007.

(72) Sobre el particular, la Resolución de primera instancia (Resolución Sub Directoral 236-07-MTPE/2/12.320 de fecha 8 de agosto de 2007) concluyó que se habían vulnerado "*los siguientes dispositivos en materia de relaciones laborales: 1) Constitución Política del Perú – Decreto Supremo 010-2003-TR: Al haber promovido en forma directa la desafiliación de 45 trabajadores al sindicato, mediante la tramitación de 45 cartas notariales por las cuales los trabajadores expresan su renuncia a la organización sindical; así como, el pago y la tramitación de una carta notarial por la cual el secretario general del sindicato renuncia al mismo y adjunta a la vez las 45 cartas notariales antes citadas; habiéndose acreditado a la vez que el empleador coaccionó bajo la amenaza de despido (...) entregándoseles a la vez una suma de dinero para tal fin.*" Por su parte, esta resolución fue confirmada por la segunda y última instancia administrativa (Resolución Directoral 039-2008-MTPE/2/12.3 de fecha 29 de enero de 2008).

Nos parece interesante resaltar que los inspectores no se limitan a aplicar la norma legal vigente en materia de relaciones colectivas y los principios del derecho laboral, sino que fundamentan sus decisiones y requerimientos en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia aprobados y ratificados por el Perú (especialmente a Declaración Universal de Derechos Humanos y los Convenios N° 87 y 98), lo cual resulta valioso pues demuestra un importante compromiso de cumplimiento a escala supranacional.

La iniciativa para uniformizar la conducta inspectiva y por extender el espectro protector a través del recurso a la normativa internacional, es sumamente favorable, sin perjuicio de lo cual mantenemos nuestras reservas respecto de su real eficacia en el terreno de los hechos. Así, toda vez que los procedimientos inspectivos se desarrollan únicamente en doble instancia, existen muchísimos criterios contradictorios en materia de la aplicación tanto de la norma sobre inspecciones como en materia de las directivas referidas anteriormente.

Esto determina niveles considerables de incertidumbre para los administrados, tanto trabajadores como empresas, dado que no existe predictibilidad en torno a las decisiones de la inspección de trabajo, siendo incierto el resultado del procedimiento inspectivo, en función precisamente a la decisión discrecional que determinada autoridad adopte en un caso concreto.

Es por ello que el principal reto pendiente de la Administración en lo que atañe a la inspección de trabajo, considerando su importante rol como creador de fuente de derecho administrativa y más allá de los avances que no soslayamos, es el de realizar un esfuerzo de uniformidad de criterios enfocado al terreno práctico. Uniformidad que debe comprender los criterios a emplear por los inspectores a la hora de aplicar las normas sobre libertad sindical, como los parámetros a seguir a fin de aplicar adecuadamente los principios, especialmente el principio de primacía de la realidad[73].

Una propuesta de cambio sería la creación una tercera instancia extraordinaria, tal como el recurso de revisión, ampliado recientemente para resolver lo relativo al inicio y nivel de la negociación colectiva. Esta nueva disposición se materializó ante el reconocimiento de parte de la Autoridad de Trabajo del rol determinante del referido recurso, el cual tiene *"por finalidad garantizar la igualdad ante la ley, la uniformidad y predictibilidad en las decisiones administrativas, así como la producción de precedentes administrativos que garanticen el derecho de los administrados[74]"*.

(73) Aplicación que viene siendo constante materia de controversia. A manera de ejemplo, encontramos la Resolución Directoral N° 427-2008-MTPE/2/12.3 de fecha 16 de julio de 2008, que revoca una resolución sub directoral que había dispuesto la incorporación en planillas de un supuesto trabajador. Así, en el análisis de aquella resolución directoral, *"se concluye que no se puede afirmar que exista discordancia entre los hechos verificados por las comisionadas y los hechos reflejados en los documentos formales, no pudiendo de esta manera determinar y establecer una correcta aplicación del Principio de la Primacía de la Realidad al requerirse de la actuación de medios probatorios adicionales que no son competencia de esta instancia, siendo inexigible para la inspeccionada registrar en planillas y reconocer los beneficios laborales del señor Sánchez; por lo que este Despacho considera procedente revocar el pronunciamiento venido en alzada, dejando a salvo lo verificado en autos y el derecho del citado señor, para que, de ser el caso, lo haga valer por la vía legal correspondiente, dejándose sin efecto la sanción económica impuesta"*.

(74) Sexto considerando del Decreto Supremo 001-2008-TR, publicado con fecha 15 de marzo de 2008. En

De este modo, al reconocer el recurso de revisión en materia de inspecciones, se lograría un doble objetivo. El primero, ya adelantado, consistiría en alcanzar mayores niveles de predictibilidad para los administrados en el marco del procedimiento administrativo. El segundo, sería reducir considerablemente el número de procesos contenciosos administrativos iniciados (orientados precisamente a revertir los criterios esbozados por las distintas autoridades administrativas), lo que acarrea aún mayores niveles de inseguridad jurídica, al confiar la resolución final, a autoridades jurisdiccionales no especializadas ni técnicas que no conocen la problemática laboral.

VII. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO FUENTE DE DERECHO

Como hemos señalado en capítulos previos, nuestro país – durante los últimos años – ha incrementado la tasa de sindicalización. Ello se debe, además de nuevas disposiciones laborales, a que el Tribunal Constitucional (TC) ha venido emitiendo una serie de sentencias dirigidas a proteger todo acto que menoscabe la libertad sindical y el derecho al trabajo. Se han adoptado criterios que buscan respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, respaldados en la Constitución Política del Estado, los convenios de la OIT y otros tratados internacionales ratificados por el Perú, algunos de los cuales referiremos sucintamente en las líneas siguientes.

El TC, de acuerdo al Art. 201 de la Constitución Política y el Art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Siendo así, sus pronunciamientos en casos concretos tienen el "valor de ejemplaridad, por tanto, de regla general" según refiere Puig Brutau, agregando "siempre ha ocurrido que el valor de ejemplaridad ha brotado más de la decisión concreta que de la norma general". [75]Vienen a constituir una fuente de derecho dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en determinados casos precedentes de observancia obligatoria. Tal como señala Rubio Correa, *"la jurisprudencia puede tener un rol normativo adicional en el Derecho que es el precedente vinculatorio para casos futuros en el sentido que, cuando estemos ante circunstancias similares a las anteriores ya resueltas, le resolución posterior debe ajustarse a los términos de los resuelto anteriormente"*[76].

Partiendo de ello, el TC ha venido construyendo una serie de argumentaciones que buscan tutelar la libertad sindical, tanto en su esfera individual como colectiva. El primer paso se dio con la sentencia recaída en el Exp. 1124-2001-AA/TC (Caso Telefónica), donde se estableció que el despido arbitrario *"es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional"*. Sin embargo, lo importante de este pronunciamiento es que el trasfondo de dicha incompatibilidad recae en la vulneración

el artículo 1 de dicha norma se establece adicionalmente que *"las resoluciones emitidas por la instancia de revisión se publican en el Diario Oficial El Peruano y son precedente administrativo para todas las instancias administrativas a nivel nacional."*

(75) **PUIG BRUTAU,** José, La Jurisprudencia como fuente de derecho, Barcelona: s/f, p. 52. Citado por **FONT,** Bismark, La Jurisprudencia Laboral como fuente del Derecho. En: **GRUPO DE LOS MIERCOLES,** Treinta y seis estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 374

(76) **RUBIO,** Marcial. El Sistema Jurídico. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999, p. 185.

a la libertad sindical, pues el verdadero motivo de los despidos, según el TC, era limitar el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores sindicalizados. En esa línea, el TC señala: "*la libertad sindical (...) tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato (...)*".

En la sentencia recaída en el Exp. 976-2001-AA/TC (Caso Eusebio Llanos), el TC se reafirma en su posición de que los llamados despidos incausados, fraudulentos y con vulneración de derechos constitucionales son incompatibles con la Constitución, así señala: "*esta orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia laboral no conlleva a la estabilidad laboral absoluta, sino que plantea el reforzamiento de los niveles de protección a los derechos del trabajador frente a residuales prácticas empresariales abusivas.*"

Dichos pronunciamientos fueron fundamentales para la promoción de la actividad sindical y posteriormente hemos sido testigos de pronunciamientos que han ido abarcando cada vez una mayor esfera en la protección de los derechos colectivos de los trabajadores. Recordemos la sentencia recaída en el Exp. 3311-2005-PA/TC, en el proceso seguido por el Sindicato de Trabajadores Mineros de Atacocha, en el cual se estableció que la libertad sindical en su esfera colectiva "*también protege la autonomía sindical, esto es, la posibilidad de que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos externos que lo afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes sindicales que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos.*"(77)

Como sabemos, el Artículo 28° de la Constitución garantiza la libertad sindical, redacción lacónica pero complementada por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que determina que "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". En concordancia con este mandato constituyen fuentes sustanciales para el tema de análisis los convenios 87 y 98 de la OIT, remarcando que de acuerdo al Art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales.(78)

Como hemos venido señalando, el TC no solo ha venido reforzando la libertad sindical en su esfera individual, sino también en su esfera colectiva. Sobre el particular, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC, ha interpretado los alcances

(77) Exp. 3311-2005-PA/TC (Fundamento 6).

(78) El criterio expuesto lo podemos encontrar en el Exp. 1230-2002-HC/TC, en el cual se señala que: "*En materia de derechos fundamentales, las normas reconocen, regulan o limitan deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos. Aquel criterio de interpretación de los derechos no solo es una exigencia que se deriva directamente de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino también del hecho de que los tratados, una vez ratificados por el Estado peruano, forman parte del derecho nacional.*"

del derecho a la negociación colectiva, señalando que: "(...) el artículo 4° del Convenio N° 98(79) constituye un principio hermenéutico fundamental al cual debe acudirse para informarse respecto del contenido esencial de la negociación colectiva, tomando siempre en consideración que uno de sus fines principales es mejorar las condiciones de vida y de trabajo de sus destinatarios".

Integrando la interpretación del artículo 28 de la Constitución con el Convenio 98 de la OIT, sostiene el TC, en la misma sentencia que: "De este modo, siguiendo los preceptos del Convenio N° 98 de la OIT, la Norma Fundamental encarga al Estado peruano el fomento de la negociación colectiva y la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos, lo que significa no solo que este debe garantizar el derecho a la negociación colectiva, sino también que debe promover su desarrollo".

Asimismo, en la sentencia recaída en el Exp. 008-2005-PI/TC, el TC hace referencia al respeto al derecho de huelga al señalar que: "mediante su ejercicio los trabajadores, como titulares de dicho derecho, se encuentran facultados para desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de poder alcanzar la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales. Por ello, debe quedar claramente establecido que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores."(80)

Una vez más, el TC con sus pronunciamientos busca fortalecer el ejercicio de los derechos colectivos, pues sienta las bases para que los mismos se puedan ejercitar sin que se vean amenazados por posibles represalias que pudieran darse por parte de los empleadores.

Hasta ahora hemos hablado de libertad sindical en su vertiente colectiva; sin embargo, el TC también ha establecido criterios individuales, en el entendido que se debe dar seguridad a los dirigentes sindicales. Así, en el Exp. 206-2005-PA/TC (Fundamento 13), se señala que: "*la dimensión plural o colectiva de la libertad sindical garantiza no solo la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados (...), sino que también reconoce una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado.*"

De acuerdo a lo reseñado, podemos concluir que el TC ha venido emitiendo sentencias que, en la práctica, se han convertido en una fuente de derecho para los operadores del sistema jurídico. Los criterios vertidos en las sentencias han servido como referentes, no solo al momento de administrar justicia, sino que han modificado el proceder de los trabajadores y los empleadores. Los primeros, pues ven en las sentencias un catalizador para el ejercicio

(79) Convenio de la OIT N° 98 Artículo 4 Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ella sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

(80) Exp. 008-2005-PI/TC (Fundamento 40).

de los derechos sindicales y, los segundos, que se encuentran en la necesidad de proceder de acuerdo al imperio de la ley.

Todo lo expuesto define una tendencia interpretativa y nos lleva a concluir sin temor a equivocarnos, que el TC ha jugado (y continuará jugando) un rol fundamental invariable como instrumento del progreso jurídico de la tutela de la libertad sindical, de garantismo de la negociación colectiva y también del derecho de huelga como una expresión específica de la libertad sindical en su vertiente colectiva.

IX. A MODO DE CONCLUSIONES O REFLEXIONES

Sin pretender ser concluyentes por la dinámica de los cambios y la naturaleza de este trabajo, como balance podemos formular algunas consideraciones o reflexiones:

1. La modernización del derecho colectivo del trabajo constituye un factor crucial para el éxito de la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas, que responda a las expectativas actuales y evolutivas del impacto de la mundialización, orientándose a cómo proteger en el nuevo contexto social y económico, garantizando la empleabilidad y mejoramiento de las condiciones de trabajo.

2. El gran desafío contemporáneo parte de entender que los sindicatos y empleadores tienen intereses compartidos dentro de la empresa, y reconocer que deben asumir nuevos roles con una actitud de cambio o cambio de actitud para responder a los desafíos del momento y construir las convergencias requeridas. El diálogo en sus diversas formas debe priorizarse como basamento de la estabilidad del futuro.

3. El sindicalismo afronta como problemática especial en este tercer milenio, afirmar y consolidar su presencia en la empresa, en la cual los sindicatos tienen un papel fundamental que cumplir. El escenario de los cambios es la empresa, que ha modificado su configuración y sustancialmente su organización. Hoy más que nunca, la empresa configura para los sindicatos un campo prioritario de actividad. Dentro de ella el afiliado individual es el eje del trabajo sindical y la base de toda organización profesional.

4. Las relaciones colectivas de trabajo requieren un sindicalismo renovado y fortalecido (al igual que las asociaciones empresariales), en su condición de protagonista principalísimo del derecho colectivo del trabajo, su carácter de instituto de autotutela y de eficacia del derecho laboral, incluyendo su efecto participativo o democratizador.

5. A los actores sociales les compete afrontar el reto de conciliar una mayor flexibilidad con seguridad para los trabajadores, como consecuencia de las profundas transformaciones en el mercado de trabajo, en que predomina la necesidad de adecuación constante a las variaciones de las realidades económicas. La celeridad de los cambios del entorno aconseja ir a un tipo de relaciones laborales que avance hacia una flexibilidad pactada, donde los actores se constituyan en protagonistas de su destino. La libertad y capacidad de autorregularse constituye una nota típica de nuestro sistema, dejando librado a la autonomía colectiva un gran espacio para su intervención.

6. A la negociación colectiva le corresponde ser el instrumento idóneo para la flexibilidad laboral como valor de adecuación constante a las nuevas realidades. Es la

empresa flexible la que prevalece. Menor rigidez laboral pero asociada al respeto de los derechos fundamentales, y con mejora de las condiciones de trabajo y protección social. Aquí radica un principio esencial que empleadores y trabajadores están obligados a procesar. La autonomía colectiva se presenta como un instrumento válido para gobernar esos cambios, sin desproteger al trabajador. Flexibilidad y seguridad no son ideas contrapuestas.

7. El respeto a la libertad sindical y promoción de la negociación colectiva como derechos fundamentales en el trabajo, son elementos cardinales para participar en un diálogo productivo y lograr progresos en muchísimos temas que constituyen un verdadero horizonte para el mundo del trabajo. El Estado debe asegurar en la legislación y en la práctica que se cumpla estos objetivos. Para el ejercicio de esos derechos el deber de información, hoy prácticamente inexistente, conviene privilegiarse.

8. Un desafío para los sindicatos y las empresas sería abrir la negociación colectiva a nuevas materias, para impulsar temas como la productividad, la polivalencia de los trabajadores, la capacitación o formación profesional y continua de calidad, así como los mecanismos alternativos para la solución autónoma de los conflictos colectivos, que en nuestro país no han tenido auge. Ello implicaría una postura primordial y positiva en este ámbito de las relaciones colectivas - modernas o post modernas - de trabajo.

9. El marco legal y constitucional deberá encontrarse en todo momento en consonancia con los estándares internacionales de trabajo adoptados por la Organización Internacional de Trabajo, siendo la primera gran manifestación de ello, la incorporación de los mismos en las cláusulas sociales de los acuerdos comerciales y la exigencia que tales estándares se cumplan en el territorio nacional. Ello traerá beneficios no solo de cara al interior de la empresa generando una mayor cultura de cumplimiento y respeto de los derechos colectivos, sino también en relación con el fortalecimiento del comercio entre las empresas locales y sus socios comerciales alrededor del mundo.

10. La jurisprudencia laboral administrativa como judicial es y seguirá siendo una importante fuente del derecho colectivo, interpretando, integrando y supliendo los vacíos legales. Inclusive, actuando como legislador al "crear o modificar" la normatividad, como ha ocurrido con el TC. Hay, pues, toda una doctrina jurisprudencial muy fértil que tendrá un rol significativo en el desarrollo y aplicación futura de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. El norte de las resoluciones administrativas y judiciales será siempre *"tuitivo"*, esto es, la protección de los trabajadores, que es la razón de ser del derecho del trabajo.

PONENCIAS LIBRES

EL PAPEL DEL ESTADO EN LA LIBERTAD SINDICAL: DEL CLÁSICO INTERVENCIONISMO A LA NECESARIA AUTONOMÍA

JORGE ORLANDO ÁGREDA ALIAGA[1]

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda la libertad sindical tiene desafíos importantísimos en este nuevo siglo, dado que las relaciones laborales se encuentran afectadas por los cambios económicos y sociales ocurridos no solo en nuestro país, sino también en el mundo.

Ahora, ciertamente, el papel de la libertad sindical no solo depende de aquellos que ejercitan dicho derecho, sino que el impacto del papel del Estado sobre la regulación y protección de esta supone un aspecto fundamental en el futuro del instituto.

Así, conocedores de la realidad de nuestro país, donde las brechas económicas cada vez se expanden más y donde el índice de conflictividad social se incrementa, debemos realizar un análisis sobre el rol del Estado en el manejo de dichas situaciones, siendo la libertad sindical uno de los grandes elementos que importan para dicho fin.

II. BREVES APUNTES RESPECTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

A efectos de poder hacer el análisis planteado para este ensayo, es necesario hacer una breve referencia al contenido y alcances del derecho de la libertad.

(1) Abogado. Profesor Adjunto de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Asesor de la Alta Dirección del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Asociado del Estudio Pizarro, Botto & Escobar.

1. Regulación del derecho a la libertad sindical

La primera norma a la que tenemos que hacer mención respecto del derecho de libertad sindical es el artículo 2° del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) N° 87[2]. Dicho instrumento señala que los *"trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones (...)"*.

Por otra parte, el artículo 1° del Convenio OIT N° 98[3] **establece que los trabajadores** *"deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo"* la que deberá *"ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto (...) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales (...)"*.

Por su parte, los más importantes tratados internaciones sobre derechos humanos, que también se encuentran vigentes en el Perú, han reconocido como tal a la libertad sindical.

Igualmente, en nuestra Constitución, en su artículo 28°, se han reconocido los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Por su parte, a nivel legislativo, el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo N° 010-2003-TR (LRCT), también lo reconoce.

2. Definición y contenido del derecho a la libertad sindical

Considerando las normas antes señaladas, podemos definir a la libertad sindical como "el derecho de los trabajadores a constituir y a afiliarse libremente a organizaciones sindicales, y el de estas y de aquellos a desarrollar actividades sindicales en defensa de sus intereses"[4].

Como se puede deducir, el derecho a la libertad sindical es uno de naturaleza compleja, en donde la titularidad corresponde a los trabajadores y a las organizaciones sindicales, y contiene aspectos organizativos como de actividad. En esa línea, sin desconocer todos los elementos contenidos en este derecho, se puede señalar que la libertad sindical es un derecho fundamentalmente colectivo y de actividad[5].

A la luz de la definición señalada y siguiendo nuevamente a doctrina más que autorizada[6], se podría establecer que este derecho contiene, a su vez, la gama de las siguientes libertades:

(2) Ratificado por Resolución Legislativa N° 13284, del 15 de diciembre de 1959.
(3) Ratificado por Resolución Legislativa N° 14712, del 18 de noviembre de 1963.
(4) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: Sindicación, negociación colectiva y huelga. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 2007. p. 33.
(5) Ibíd. p. 35.
(6) Ibíd. pp. 35-60 y SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España. pp. 135-158.

Individual	**De organización**	**Libertad de constitución**: supone el derecho de los trabajadores de organizar sin ninguna distinción y sin autorización previa las organizaciones que estimen pertinentes.
		Libertad de afiliación: desde un punto de vista positivo, supone el derecho de los trabajadores a afiliarse a una organización sindical. Desde el punto de vista negativa, supone el derecho de no afiliarse o renunciar a una organización sindical.
	De actividad	**Libertad de desarrollo de actividades sindicales**: supone el derecho de los trabajadores a realizar las actividades propias de una organización sindical. Pueden realizarse al interior de una organización o fuera de esta, ya sea con el objeto de afiliarse o con el objeto de constituir una.
Colectiva	**De organización**	**Libertad de reglamentación**: es el derecho de todas las organizaciones sindicales a establecer su reglamentación interna, sin injerencia externa de ningún tipo, salvo aquella referida al interés público.
		Libertad de representación: supone el derecho de las organizaciones sindicales de elegir libremente a sus representantes, sin injerencia por parte del Estado o de los empleadores.
		Libertad de federación y confederación: supone el derecho de las organizaciones sindicales de constituir o afiliarse a organizaciones nivel superior, sean de ámbito nacional o internacional.
		Libertad de disolución: supone la libertad de que las organizaciones sindicales decidan su disolución en el momento que estimen adecuado, sin limitación alguna.
	De actividad	**Libertad de gestión interna**: supone el derecho de las organizaciones sindicales de programar sus actividades y su administración interna. Entre estas tenemos la realización de asambleas, de elecciones, de rendición de cuentas, etc.
		Libertad de gestión externa: supone el derecho de las organizaciones sindicales a organizar sus actividades y plantear en la práctica los intereses para los cuales ha sido creada. Sus principales manifestaciones son la negociación colectiva y la huelga.

Sobre la base de lo señalado, podemos afirmar que la libertad sindical es el auténtico factor diferenciador del Derecho Laboral respecto de otras disciplinas, convirtiéndolo en una rama atípica.

El objetivo primordial del derecho a la libertad sindical, como se ha señalado, es la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, y para que ello pueda hacerse efectivos, la referida libertad contiene a su vez tres grandes derechos y que, al mismo tiempo, operan como presupuestos de la misma.

El primero se refiere al derecho que tienen los trabajadores de hacer surgir o configurar los sujetos del poder normativo (organizaciones sindicales), entendiéndose a este como el derecho de sindicación (autoorganización). Dicho derecho da pie al segundo presupuesto, que supone la posibilidad de que estos sujetos generen normas autónomas, distintas de las expedidas por el Estado, a través de los procedimientos de negociación colectiva (autorregulación). Y, por último, se tiene como garantía de eficacia de los anteriores presupuestos la posibilidad de recurrir a medios de defensa como la huelga (autotutela)[7].

(7) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. El cuestionable continuismo intervencionista o la ausencia de reforma en la regulación general de las relaciones colectivas de trabajo y de la libertad sindical. En: FERRO DELGADO, Víctor (Coordinador). Balance de la reforma laboral peruana. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2001. p. 268.

Visto así, la libertad sindical requiere para existir necesariamente de estos tres componentes, ya que la inexistencia o limitación de alguno de ellos impediría o afectaría esencialmente su ejercicio.

3. Funciones e importancia de la libertad sindical

La libertad sindical no es solo un derecho, sino que también posee una utilidad práctica importantísima, fundamental para el desarrollo de las sociedades democráticas. Sobre la base de lo dicho, se puede identificar hasta cinco grandes funciones de este derecho[8].

La primera función es la equilibradora, que supone que a través de su ejercicio se busca compensar la inherente desigualdad material existente entre las partes de una relación laboral. La segunda función es la de encauzamiento del conflicto industrial, que supone que, dado el natural carácter conflictivo de las relaciones laborales, la contraposición de los intereses puede y debe ser resuelto a través de los mecanismos provistos por la libertad sindical (negociación colectiva y huelga), caso contrario el nivel de conflictividad podría verse incrementado[9].

La tercera función, y tal vez la más clásica, es la normativa, que supone que deberían ser las partes (sujeto colectivo y empleadores) las que regulen las condiciones de trabajo. Es decir, la heteronomía normativa cede paso a la autonomía colectiva. Por ello, ha de asumirse que la libertad sindical debe ser entendida como el instrumento ordinario y predominante para la regulación de las relaciones laborales, ya sea desde el punto de vista individual o desde el punto de vista colectivo[10]. Así, la libertad sindical adquiere una mayor relevancia en la mejora de las condiciones de competitividad y productividad de la empresa[11], ya que la norma colectiva es más certera que la norma legal respecto de la regulación de las condiciones específicas de una empresa[12] y de las necesidades particulares de los trabajadores.

La cuarta función es la de vigilancia del Derecho del Trabajo, que supone que deben ser las organizaciones sindicales las que, conociendo a profundidad las condiciones de los trabajadores a los que representan, sean los que fiscalicen el cumplimiento de las obligaciones del empleador[13].

La quinta función, generalmente resistida, es la democrática y concertadora, que supone que las organizaciones sindicales, siendo representantes de un grupo importante de

(8) ERMIDA URIARTE, Oscar y Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS. Sindicatos en Libertad Sindical. Tercera Edición. Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC. pp. 79-85.
(9) CIUDAD REYNAUD, Adolfo. Efectos de la flexibilización del Derecho Individual del Trabajo sobre las Relaciones Colectivas en Perú. En: FERRO DELGADO, Víctor (Coordinador). Balance de la reforma laboral peruana. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2001. p. 251.
(10) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. Ley y autonomía colectiva: Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1987. p. 120.
(11) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La negociación colectiva: un principio fundamental, un derecho, un convenio. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. 1999. p. 17.
(12) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La crisis del sindicalismo y la necesidad de promoción de la libertad sindical como expresión del interés público. En: Ius et Veritas N° 24. Lima: 2002. p. 224.
(13) KAHN-FREUND, Otto. Trabajo y Derecho. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1987. p. 55.

la población (los trabajadores), extiende su campo de acción al diálogo social, ya no solo con el empleador, sino con el Estado y otros agentes sociales[14].

De conformidad con lo antes mencionado, la importancia de la libertad sindical queda fuera de discusión. Para ello, se deben establecer los mecanismos adecuados para su promoción y garantía.

III. EL PAPEL INTERVENCIONISTA DEL ESTADO

Según lo establecido por el artículo 28° de nuestra Constitución, el Estado reconoce y garantiza el derecho a la libertad sindical, fomenta la negociación colectiva y regula el derecho de huelga. Toda vez que hemos podido apreciar el carácter atípico del derecho de la libertad sindical, y considerando las funciones de la misma, podríamos deducir que la fórmula constitucional señalada debería implicar necesariamente una serie de limitaciones en la participación del Estado en las relaciones laborales[15], garantizando un marco de máxima autonomía[16] y de mínima heteronomía[17]. Así, dicha fórmula supone una actuación del Estado como protector, pero también como promotor del derecho[18].

Desde el punto de vista de la protección, el Estado deberá eliminar todos los obstáculos irrazonables para el ejercicio del derecho, así como establecer mecanismos jurídicos destinados a combatir los actos antisindicales (que básicamente provienen de los empleadores y del propio Estado).

En lo referido al papel promotor, el Estado debe aparecer como el agente encargado de incentivar la actividad sindical, sin imponer límites injustificados para su ejercicio, estableciendo las condiciones adecuadas a efectos de organizar un equilibrio de poderes entre las partes involucradas, dejando espacio de actuación para la autonomía de la voluntad de estas[19].

Sin embargo, ninguno de estas necesarias actuaciones es realizada por el Estado de manera eficiente, sino todo lo contrario. Hay, pues, respecto de la libertad sindical un perfil eminentemente reglamentista desde el punto de vista de la regulación, un perfil en extremo permisivo en lo referido a la protección y un perfil abstencionista en lo que respecta a la promoción, lo que ha tenido consecuencias nefastas en el movimiento sindical.

(14) ERMIDA URIARTE, Oscar y Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS. Ob. Cit. pp. 84-85.
(15) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Perú. En: ERMIDA URIARTE, Oscar (Coordinador). Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo. Montevideo: Fundación de cultura universitaria. 1993. p. 215.
(16) Evidentemente, la autonomía no debe suponer una reducción de la soberanía del Estado, ya que ciertamente, siendo la organización sindical un ente colectivo constituido al amparo de un sistema jurídico determinado, también se encuentra sujeto a las distintas disposiciones legales necesarias para velar el interés público (Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Los sindicatos en el Perú. En: PASCO COSMÓPOLIS, Mario (Coordinador). Los sindicatos en Iberoamérica. Lima: AELE Editorial. 1988. pp. 282-284.)
(17) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. El principio de autonomía colectiva. En: AA.VV. 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 de la Seguridad Social. 2004. p. 48.
(18) Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Perú. Ob. Cit. p. 216.
(19) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. El cuestionable continuismo intervencionista o la ausencia de reforma en la regulación general de las relaciones colectivas de trabajo y de la libertad sindical. Ob. Cit. pp. 291-292.

1. Fundamento del intervencionismo estatal

Hay que reconocer que el perfil intervencionista que no solo está presente en el Perú, sino que es recurrente en la mayor parte de los países de América Latina, lo que se podría deber a un deseo de los Estados a ejercer cierto control de naturaleza política, debido a la presencia de alta conflictividad social[20], o por la errónea percepción de que el conflicto de intereses no es otra cosa que una patología que debe ser evitada o regulada al máximo[21].

Por ello, se puede explicar el interés del Estado de ejercer un control casi absoluto sobre las organizaciones sindicales, reduciendo su margen de acción, a fin de evitar un contrapeso en la escena política[22], o de compartir el poder normativo. No es de sorprender que sobre la base de lo expresado, el Estado considere a las organizaciones sindicales como promotoras de la inestabilidad social o como un potencial adversario en lo político. Así, no duda en satanizar el movimiento sindical, apoyado por sus aliados en el sector empresarial y la prensa amanuense.

2. El doble discurso de la regulación nacional

A pesar de estar considerada por la Constitución y por los más importantes instrumentos internacionales como un derecho fundamental, a nivel infraconstitucional y en la práctica la libertad sindical no es respetada como tal.

Se puede advertir, entonces, una fuerte tendencia a exhibir, por un lado, un aparente reconocimiento de los principios propios de la libertad sindical, pero por el otro se manifiesta una negación práctica a través de conductas o regímenes jurídicos claramente contradictorios con dichos principios[23].

En ese orden de ideas, se podría hablar de dos modelos de relaciones laborales. El primer modelo es el consagrado en nuestra Constitución, donde la libertad sindical se encuentra reconocida y garantizada, según los criterios establecidos por los Convenios OIT N° 87 y N° 98.

Sin embargo, el segundo modelo, y el vigente en la práctica, es el establecido en la legislación infraconstitucional, donde se aprecia cómo el Estado ha adoptado un papel limitante y restrictivo del derecho[24].

La razón de ser de esta esquizofrenia jurídica es precisamente el interés de mostrar una imagen ante los organismos internacionales de un país respetuoso de los derechos humanos,

(20) ERMIDA URIARTE, Oscar. Las relaciones de trabajo en América Latina. En: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social N° 18. Sevilla: 1990. p. 69.

(21) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Perú. Ob. Cit. p. 219.

(22) Una muestra de lo señalado es, por ejemplo, el llamativo interés de proteger más la libertad sindical negativa que el propio ejercicio de la libertad sindical (Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar. Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas: Situación actual y perspectivas. En: ERMIDA URIARTE, Oscar (Coordinador). Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo. Montevideo: Fundación de cultura universitaria. 1993. p. 382.).

(23) GOLDIN, Adrián O. El papel del Estado. En: ERMIDA URIARTE, Óscar y Antonio OJEDA AVILÉS – Coordinadores. El derecho sindical en América Latina. Montevideo: Fondo de Cultura Económica. 1995. p. 48.

(24) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Perú. Ob. Cit. p. 213.

sin embargo, debido al interés de mantener el control sobre las organizaciones sindicales es de aplicación práctica el segundo modelo. El modelo vigente es aquel regulado por el Decreto Ley N° 25593, luego ordenado, a través del Decreto Supremo N° 010-2003-TR (LRCT), y que ha sido considerado como el más intervencionista, monopólico e invasivo de América Latina[25] [26]. Evidentemente, ello ha supuesto una serie de limitaciones, lo que ha azuzado la conflictividad social[27], toda vez que no se ha permitido encauzarla adecuadamente[28].

Visto el panorama, consideramos que resulta necesario hacer un brevísimo comentario de la regulación de los tres derechos contenidos en la libertad sindical, a efectos de observar el impacto de la LRCT en los mismos.

a. Derecho de sindicación

Históricamente, en nuestro país se ha buscado encorsetar al movimiento sindical, relegándole al ámbito eminentemente empresarial. Así, no hay un fomento claro de la posibilidad de constituir sindicatos más allá de los modelos impuestos por ley (empresa, de rama de actividad, de gremio o de oficios varios), configurándose una abierta vulneración de lo dispuesto por el artículo 2° del Convenio OIT N° 87.

Igualmente, en las restricciones respecto del número mínimo de afiliados, la ahora felizmente inexistente de disolución administrativa del registro sindical, las limitaciones respecto de la representación sindical, entre otros, ha generado una reducida tasa de afiliación sindical (cercana al 8.09% en el 2006, según cifras del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo) o se ha producido un decrecimiento del poder de las organizaciones sindicales sectoriales[29], que eran generalmente las más eficientes. Así, se puede sostener que es el Estado, a través de esta legislación, el principal causante de la atomización sindical, y de los pocos espacios dados a los trabajadores de oponer sus intereses contra sus empleadores[30].

b. Negociación colectiva

En lo referido a la negociación colectiva, tal vez lo dispuesto por la LRCT suponga una amplitud del margen de actuación de los sindicatos, pero ello queda solo en la apariencia.

(25) ERMIDA URIARTE, Oscar. Las relaciones de trabajo en América Latina: Problemas y tendencias. En: Themis N° 8. 1987. p. 17.

(26) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Perú. Ob. Cit. p. 223.

(27) HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar. La concertación social. En: ERMIDA URIARTE, Oscar y Antonio OJEDA AVILÉS – Coordinadores. El derecho sindical en América Latina. Montevideo: Fondo de Cultura Económica. 1995. pp. 207-208.

(28) Tan evidentemente lesiva del derecho a la libertad sindical ha sido y es la LRCT, que la OIT observó en su oportunidad una serie de disposiciones en ella contenidas. Dichas observaciones cuestionaban distintos dispositivos que regulaban el derecho de sindicación, de negociación colectiva y de huelga. Si bien es cierto, algunas de estas observaciones fueron levantadas a través de la Ley N° 27912, otras tantas han quedado pendientes, básicamente en lo referido al tema de huelga. (Al respecto, Cfr. CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. La modificación a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. En: Foro Jurídico N° 2. Lima: 2003. pp. 216-220.)

(29) VEGA RUÍZ, María Luz. La reforma laboral en América Latina. Lima: Oficina Internacional del Trabajo. 2001. pp. 56-57.

(30) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Perú. Ob. Cit. p. 243.

Considerando, pues, que el derecho de libertad sindical no puede tener vigencia efectiva sino cuenta con la concurrencia material de los derechos de sindicación y huelga, la regulación estatal es meramente enunciativa. En consecuencia, se podría afirmar que ha visto limitado su ejercicio, con la consecuente pérdida de toda su dinámica[31].

c. Huelga

El caso de la huelga es bastante particular, ya que las limitaciones antes mencionadas se trasladan a esta, pero con mucha más fuerza. Así, a pesar de estar reconocida como un derecho constitucional, su ejercicio es generalmente desacreditado y combatido desde todos los frentes, lo que genera una impopularidad de tales medidas por parte del ciudadano común.

Ello tal vez se deba a que, desde un punto de vista legal, se ha planteado una serie de obstáculos irrazonables para la declaratoria de la huelga (artículos 72° al 78 de la LRCT), sin contar de las restricciones establecidas respecto de las modalidades de la misma (artículo 81 de la LRCT) y los servicios esenciales (artículo 83° de la LRCT), lo que explica la necesidad por parte de los trabajadores de aplicar medidas extremas que les permita obtener resultados favorables[32].

Sin perjuicio de lo mencionado, cabe hacer especial mención también respecto de la protección otorgada a la libertad sindical. Nuestra LRCT, en su artículo 30°, regula el llamado "fuero sindical". Dicho instituto garantiza a un grupo determinado de trabajadores (representantes sindicales, candidatos, delegados y miembros de la comisión negociadora) la protección contra algunas conductas antisindicales (despido y traslado injustificados).

Como se puede apreciar, el artículo hace una referencia a una supuesta "garantía", pero no establece cuál es la consecuencia de la violación de dicho fuero. En tal sentido, la regulación señalada es meramente declarativa, ya que no contiene ninguna garantía específica ni tampoco sanciona la ineficacia o nulidad del despido o traslado aplicado[33]. Igualmente, falla en los ámbitos subjetivo y objetivo de protección, ya que solo protege a determinados trabajadores ante determinados actos, afectándose así el carácter universal con el que debería contar[34], en armonía con lo dispuesto por el artículo 1° del Convenio OIT N° 98.

Considerando lo expuesto, se ha llegado a considerar al fuero sindical regulado por la LRCT como un concepto "restringido y simbólico"[35], insuficiente como mecanismo de protección.

3. La flexibilidad y el intervencionismo

En los últimos años, la regulación laboral peruana ha sufrido muchos cambios, siendo los más importantes los establecidos en la materia del derecho individual, aplicándose la llamada "flexibilidad", sobre la cual nos referiremos a continuación.

(31) Ibíd. p. 256.
(32) Ibíd. p. 267.
(33) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El despido en el Derecho Laboral peruano. Primera Edición Lima: ARA Editores. 2002. pp. 297-298.
(34) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: Sindicación, negociación colectiva y huelga. Ob. Cit. pp. 63-65
(35) Ibíd. p. 70.

a. La flexibilidad: reducción de costos del empleador

Desde los años noventa hasta la fecha han sido establecidas nuevas regulaciones en materia laboral, cuyo objeto es reducir los denominados "sobrecostos laborales", y así atraer las inversiones. También se señala que el objetivo es el de la formalización y del acceso progresivo a los derechos laborales, aunque siendo honestos, eso es algo meramente discursivo. Así, se ha buscado una regulación más liberal, ya que se sostiene que la protección laboral no existe realmente o solo es accesible para un grupúsculo, lo que genera un incremento en los costos de los empleadores, y, por tanto, la pérdida de competitividad o productividad. Dicho devenir es lo que llamamos "flexibilidad".

Ahora, podemos definir a la flexibilidad como la eliminación, disminución o adaptación de la protección laboral clásica, con el aparente objeto de aumentar la inversión, generar empleo o incrementar la competitividad de la empresa[36]. Por tanto, según las posturas liberales, mediante la flexibilidad se busca reducir los derechos de los trabajadores, a fin de devolver al empleador las capacidades de administración que el ordenamiento laboral le habría reducido, según algunos[37], de modo exagerado[38]. Significa, entonces, el retorno del papel gravitante de la autonomía individual (empleador y trabajador) en la regulación de las relaciones de trabajo[39] [40].

b. Flexibilidad y las relaciones colectivas

Las posturas moderadas respecto de la flexibilidad establecen que esta no solo puede aparecer como una mera desregulación, sino que para su adopción es necesaria la participación activa de los trabajadores[41], haciéndose imprescindible la adopción de medidas de prevención suficientes para que la flexibilidad no suponga una mera desprotección de los trabajadores[42].

En esa lógica moderada, se ha señalado que la negociación colectiva es el instrumento idóneo para hacer efectiva la flexibilidad, toda vez que el convenio colectivo (cuando no hay intervencionismo) constituye un medio flexible para la regulación o adaptación consensuada de los contenidos económicos de las relaciones laborales, respecto de las necesidades y posibilidades de las partes[43].

(36) ERMIDA URIARTE, Óscar. La flexibilidad. En: Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Documento de Trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo. Lima, 2000. p. 5.
(37) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. La flexibilización en el Perú. Aproximación metodológica y balance crítico. En: Ius et Veritas N° 18. Lima, 1999. p. 108.
(38) VEGA RUÍZ, María Luz. Flexibilización y las normas internacionales en el Perú. En: Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Documento de Trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo. Lima, 2000. p. 31.
(39) NEVES MUJICA, Javier. El modelo liberal de relaciones laborales. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa N° 41. p. 146.
(40) ALONSO OLEA, Manuel. La reforma del mercado de trabajo. En: Themis N° 34. Lima, 1997. p. 38.
(41) BRONSTEIN, Arturo. La flexibilidad del contrato de trabajo: Perfiles de un debate. En: Jornadas sobre nuevas concepciones y significaciones del trabajo en la Empresa. Pamplona, 11 de marzo de 1988.
(42) JAVILLIER, Jean Claude. Modernización de los sistemas de trabajo y reestructuración económica. En: Themis N° 34. Lima, 1997. p. 31.
(43) ROSENBAUM RIMOLO, Jorge. Tendencias y contenidos de la negociación colectiva en el Cono Sur de América. Lima: Organización Internacional del Trabajo. 2001. pp. 108-109.

Lamentablemente, en el Perú ha sucedido exactamente lo contrario, lo que ha sido aprovechado sin resquemor alguno por parte de los empleadores, obteniendo los resultados esperados de esta notoriamente asimétrica regulación, reduciendo así sus costos, a costa no de una mayor productividad, competitividad o formalización[44], sino gracias la reducción del nivel de ingresos de los trabajadores[45]. El sentido de este camino es que el objeto de la flexibilidad es la reducción de costos para los empleadores, situación que no solo podría obtenerse desde una reducción legislativa de los derechos laborales individuales, sino también impidiendo o restringiendo las alternativas de autorregulación[46], por lo que ciertamente la flexibilidad propugnada en nuestro país encontró el compañero ideal en el mantenimiento del intervencionismo en material colectiva[47] [48].

Por ejemplo, en nuestro país, la flexibilidad generada en los años 90, así como la acontecida recientemente, a través de la regulación sobre las MYPE, no es de naturaleza concertada o negociada, sino que ha sido impuesta unilateralmente, ignorando totalmente la presencia del movimiento sindical[49], a efectos de reconducir la (des)regulación de la relación laboral al ámbito legal o conceder dichas prerrogativas a las partes de la misma (lo que ha supuesto la llamada "individualización del Derecho Laboral)[50], donde evidentemente el empleador es el gran beneficiado[51].

c. Impacto de las regulaciones flexibles sobre las relaciones colectivas

No es objeto del presente trabajo hacer un análisis detallado respecto de todos y cada uno de los efectos negativos de la regulación flexible sobre el Derecho Colectivo del Trabajo, más aun cuando existen trabajos muy importantes y claros al respecto[52]. Así, ciertamente, regulaciones tan marcadamente desprotectoras como la permisividad para la contratación a plazo fijo, la utilización de figuras como la intermediación y la tercerización laboral, las modalidades formativas laborales, y demás normas que permitido ampliar el rango de acción

(44) FRANCO, Julio, MARCOS-SÁNCHEZ, José y Christine BENOÎT. Negociación colectiva articulada. Lima: Organización Internacional del Trabajo/PLADES. 2001. pp. 16-17.
(45) Una mirada clara respecto de esta idea es la verificación objetiva de cómo en nuestro país en los últimos años ha aumentado el nivel de utilidades de los empleadores, pero las remuneraciones se han mantenido estáticas, no habiéndose generado mejoras significativas para el grueso de los trabajadores. (Cfr. CAMPODÓNICO, Humberto. "Ganancias y salarios en dirección opuesta, como siempre". En: Cristal de Mira. Columna Publicada en el Diario La República el 4 de agosto de 2008.)
(46) VEGA RUÍZ. Flexibilización y las normas internacionales en el Perú. Ob. Cit. p. 54.
(47) Por ejemplo, según algunos autores, la sindicalización tiene el efecto de cartelizar la mano de obra. En tal sentido, el efecto de la sindicalización sería la reducción de la oferta de mano de obra en el sector sindicalizado, generándose perjuicios sobre los consumidores, los accionistas y los proveedores de las empresas con sindicatos, y los trabajadores que perderían sus empleos a causa de la disminución de la demanda de mano de obra (POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho. Primera edición en español. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1998. pp. 306-308).
(48) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La crisis del sindicalismo y la necesidad de promoción de la libertad sindical como expresión del interés público. Ob. Cit. p. 221.
(49) BOZA PRÓ, Guillermo y Miguel CANESSA MONTEJO. Relaciones colectivas de trabajo: Entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal. En: AA.VV. Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Lima: Oficina Internacional del Trabajo. 2000. p. 105.
(50) ERMIDA URIARTE, Oscar. Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas: Situación actual y perspectivas. Ob. Cit. p. 387.
(51) NEVES MUJICA, Javier. Balance de la reforma laboral. En: Asesoría Laboral N° 120. Lima: 2000. p. 9.
(52) Al respecto, Cfr. BOZA PRÓ, Guillermo y Miguel CANESSA MONTEJO. Ob. Cit. pp. 99-108.

del empleador, han determinado un claro desincentivo para que los trabajadores se afilien o constituyan una organización sindical.

Como se puede apreciar, la flexibilidad ha cumplido con su objeto primordial, es decir, el de reducir los costos de los empleadores, pero no ha servido para garantizar o proteger los intereses de los trabajadores. Más aun, ha tenido un efecto perverso sobre las relaciones colectivas desde una doble óptica, ya sea porque ha desincentivado la actividad sindical o la ha ignorado absolutamente al momento de establecer las nuevas reglas.

4. Crisis del movimiento sindical peruano

Sin perjuicio de lo mencionado en las líneas precedentes, debemos mencionar que, de por sí, el movimiento sindical peruano es sumamente débil. Dicha circunstancia determina que se pueda oponer de un modo eficaz a las imposiciones del Estado, pero le sirve como excusa para aceptar mansamente la regulación intervencionista, que al menos le garantiza un mínimo de derechos[53] o privilegios, pero ineficaces e insuficientes al fin y al cabo, formándose así un círculo vicioso del cual resulta muy complicado librarse.

Los motivos para esa debilidad sindical son muchos. No podemos dejar de reconocer que uno de estos es precisamente el intervencionismo estatal, lo que reduce el margen de acción de las organizaciones sindicales o reprime en muchas oportunidades sus actividades. Sin embargo, sin negar otras causas, también se puede atribuir el descenso del nivel de sindicalización a la pérdida de legitimidad que han sufrido ciertos sindicatos, la realización de prácticas poco transparentes o pedidos poco razonables, la utilización de prácticas violentas que han afectado a la sociedad en su conjunto.

Igualmente, también es atribuible esta crisis al interés descarado de ciertas sectores conservadores de destruir al movimiento sindical (representado por sectores empresariales o periodísticos), a la vigente orientación de los sindicatos de dirigir sus reivindicaciones solo al Estado y no a los empresarios, y también a la reorganización de la estructura de productiva, que aumentó el peso de la pequeña y mediana empresa, donde la organización sindical es más difícil de conseguir[54]. Ello, definitivamente ha supuesto también un impacto muy negativo en el sindicalismo peruano, tan necesario y útil. Así, es necesario establecer cuáles son las verdaderas alternativas con las que se cuenta para hallar un mecanismo de solución.

IV. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

Como creemos ha quedado establecido, somos de la opinión de que de la actuación del Estado, sea esta o no intervencionista, es de lo que depende en gran medida la eficacia de la libertad sindical[55].

(53) ERMIDA URIARTE, Oscar. Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas: Situación actual y perspectivas. Ob. Cit. p. 383.
(54) WELLER, Jürgen. Transformaciones de la institucionalidad laboral. En: Reformas económicas, crecimiento y empleo. Los mercados de trabajo en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL, 2000. p. 35.
(55) ERMIDA URIARTE, Oscar. La protección contra los actos antisindicales. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria. 1987. pp. 21-22.

Ahora, las alternativas de solución dependen en gran medida de las intenciones de las partes involucradas. Así, desde el punto de vista de las organizaciones sindicales se requiere una actuación más acorde con los nuevos tiempos, donde el tema de fondo siga siendo la defensa de los trabajadores que representa, pero siempre en un clima democrático y participativo.

En el caso de los empleadores, también debe existir un compromiso de aceptar que el derecho a la libertad sindical no supone un enfrentamiento o un costo irrazonable para las empresas, sino que puede ser utilizada como una herramienta no solo para la resolución de los conflictos naturales que se puedan presentar, sino también como un instrumento para la regulación adecuada de las condiciones de trabajo, lo que puede suponer a la larga un incremento de la productividad y competitividad.

Ahora, respecto del Estado el camino para la solución es mucho más largo. Primero, debe entenderse que la libertad sindical es un derecho fundamental, que no solo aparece en la Constitución porque también aparece en los tratados internacionales, y que como tal debe ser reconocido, fomentado y protegido. Igualmente, es necesario que se entienda la importancia práctica de este derecho, ya que un ejercicio adecuado podría suponer mejoras en las condiciones de vida de los trabajadores (tan necesario ahora que se habla de mecanismos eficientes de redistribución de la riqueza), mejoras en la productividad y competitividad de las empresas y reducción del gasto del propio Estado (no se tendría que invertir tanto en inspecciones laborales, por ejemplo).

En segundo lugar, debe existir la intención política de conceder el poder suficiente a las organizaciones sindicales, dejando de considerarlas como sujetos conflictivos o potenciales adversarios, ya que de eso se trata el ejercicio democrático. Para ello, se requiere establecer los canales adecuados de comunicación y solución de conflictos.

Para cumplir lo antes mencionado se hace urgente una modificación del modelo infraconstitucional peruano. Por ejemplo, como ya lo señalamos, se debe dejar de imponer restricciones al derecho de sindicación, permitiendo y fomentando la estructuración de sindicatos sectoriales(56). Igualmente, se requiere un refuerzo de la capacidad de los trabajadores para la negociación colectiva y una menor injerencia del Estado en la definición de las condiciones de trabajo(57) y, adicionalmente, se requiere una nueva fórmula respecto de la regulación del derecho de huelga, a efectos de que esta pueda ser ejercida de un modo eficiente, sin necesidad de afectar el interés público(58). Por último, se hace necesario una reformulación integral de los mecanismos de protección de la libertad sindical, ya que sin esta, por más perfecta que sea el resto de la regulación, el derecho jamás podrá ejercido.

De cumplirse los criterios antes mencionados, cuando el Estado dejé de lado su clásico papel intervencionista y dé paso a la necesaria autonomía, no solo tendremos un movimiento sindical robusto y útil en el siglo XXI, sino por todo el futuro.

(56) VEGA RUÍZ, María Luz. La reforma laboral en América Latina. Ob. Cit. pp. 56-57.
(57) Ibíd. p. 53.
(58) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Perú. Ob. Cit. p. 267.

DESAFÍOS DE LA LIBERTAD SINDICAL EN EL PERÚ: ANALISIS DE PROBLEMAS CONCRETOS Y ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

LUIS EDUARDO ARELLANO MORI(1)

INTRODUCCIÓN

Nadie duda de la relevancia de las organizaciones sindicales en el escenario de las relaciones de trabajo, sin embargo, la evolución histórica, económica y social obliga a estas a adaptarse rápidamente a los cambios para no ser superadas. La Libertad Sindical constituye el principio y derecho fundamental en que se funda el origen y actividad de los sindicatos y partiendo de dos problemas particulares de esta institución vamos a analizar su definición y aplicación.

¿Cuál es el papel de los sindicatos en el escenario mundial actual?, ¿hacia dónde deben orientar estos su actuación?, ¿es realmente eficiente o adecuada la regulación de la libertad sindical?, ¿ha evolucionado el concepto de esta institución? En el presente trabajo intentaremos responder estas interrogantes.

I. DESAFÍOS DE EMPLEADORES Y SINDICATOS EN EL SIGLO XXI:

Tanto empleadores como trabajadores son los responsables de una adecuada marcha empresarial. A continuación veamos que papel juega cada uno y que responsabilidades debe asumir para alcanzar este objetivo.

(1) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú . Asociado al Estudio Isabel Herrera Abogados.

1. Antecedentes: La Libertad Sindical

La Libertad Sindical, definida por Ojeda Avilés[2], es el derecho fundamental de los trabajadores a agruparse establemente para participar en la ordenación de las relaciones productivas. Por su parte, Alfredo Villavicencio[3] utiliza otra definición del propio Ojeda Avilés que enuncia que la Libertad Sindical también es el derecho fundamental de los trabajadores a organizarse colectivamente para la promoción y defensa de sus intereses comunes, económicos y sociales.

En ambas definiciones podemos identificar los elementos característicos de este derecho: un colectivo de trabajadores, la defensa de sus intereses y la promoción de las relaciones productivas. Sin embargo, no podemos limitarnos a esta definición porque, como Villavicencio sostiene, definir satisfactoriamente la Libertad Sindical es una tarea ardua porque se trata de un derecho complejo que se ocupa tanto de sujetos individuales como de colectivos, incluye derechos de hacer (positivos) y de no hacer (negativos), frente a diversos sujetos y que, además, está preñado de de un componente evolutivo que incorpora, condiciona y matiza permanentemente importantes facultades a su contenido[4].

Así las cosas, la Libertad Sindical supone el derecho individual y colectivo de un trabajador o de un grupo de ellos de realizar libremente cualquier actividad referida a la defensa de sus intereses particulares o comunes del grupo y a la conformación y actividad de una organización sindical.

Estas definiciones nos demuestran que la Libertad Sindical se desarrolla en dos aspectos, el individual como derecho de cada trabajador miembro de un sindicato y el colectivo como derecho del grupo y además, nos enuncia los dos objetivos principales de las organizaciones sindicales: la defensa de sus intereses y la promoción de las actividades productivas de su centro de trabajo. Aquí nos detendremos para profundizar nuestro análisis.

2. Sindicatos Reactivos y Proactivos

Generalmente, la creación de un sindicato de trabajadores en una empresa se produce como respuesta a una actitud arbitraria del empleador o para exigirle a este el cumplimiento de determinadas obligaciones. Este denominado "sindicato reactivo" se origina por una situación de conflicto impulsada por la propia conducta del empresario, muchas veces reprochable y pocas veces justificada. Por el contrario, resulta extraño verificar que se forme un sindicato en una empresa con un adecuado clima laboral, buenas condiciones de trabajo y respeto a los derechos de los trabajadores salvo que este haya existido previamente o se trate de una empresa perteneciente a un sector con sindicatos de rama consolidados, como la construcción civil en nuestro país por ejemplo.

Este criterio esbozado nos permite deducir que en nuestro país, los sindicatos al momento de su conformación son, casi unánimemente, reactivos, es decir, surgen del descontento laboral y de un conflicto, cuando lo ideal sería que las organizaciones sindicales

(2) OJEDA AVILÉS, Antonio. Derecho Sindical. Editorial Tecnos, Madrid, 1998. p.98
(3) VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. La Libertad Sindical en el Perú. OIT Documento de Trabajo N° 114, Lima 1999 p.27
(4) Ibídem p.26

sean, desde su origen, proactivas[5], vale decir, que representen una herramienta útil para el desarrollo de la empresa. Hagamos una explicación más ilustrativa para consolidar la idea: sabemos que no es lo mismo para un ser humano tomar medicinas que tomar vitaminas, ya que mientras las primeras suponen un estado de enfermedad previo y buscan restablecer el equilibrio vital –la salud-, generalmente las segundas parten de ese equilibrio para obtener un bienestar mayor. Así entonces, los sindicatos reactivos serían como las medicinas y los sindicatos proactivos como las vitaminas. La salud por su parte, estaría representada por una empresa con un adecuado cumplimiento de obligaciones laborales. Ahora veamos como esto se verificó históricamente.

3. La evolución organizativa empresarial: del siglo XIX al siglo XXI

En el siglo XIX, las organizaciones de trabajadores surgen en Europa como respuesta a la explotación extrema de la mano de obra de parte del empleador industrial y con el fin de equiparar fuerzas con este. La existencia de los sindicatos promovió una adecuada regulación de las condiciones de trabajo, la defensa de la condición laboral, el aporte de ideas y soluciones a aquellos problemas en donde la empresa no poseía sensibilidad y la garantía de un tratamiento bajo la visión de igualdad de condiciones para todos los trabajadores. En el momento de su aparición los empleados eran considerados solamente como un recurso necesario para el desarrollo de las tareas de la empresa al haberse trasladado el antiguo concepto de la esclavitud al ambiente laboral, siendo la única diferencia notable el pago de sueldos por el trabajo realizado. En este escenario se aprecia claramente que las condiciones estaban dadas para que los sindicatos reactivos aparezcan.

Sin embargo, en el siglo XXI este concepto se encuentra desfasado, ya que con la globalización y la competitividad los trabajadores son parte importante de las empresas; sin la participación de las personas las compañías no serían lo que son actualmente, la aparición de conceptos como el capital intelectual como elemento de valor en las organizaciones así como la comprensión del manejo del conocimiento y su impacto en el entorno desterraron cualquier comportamiento del empleador que pudiere atentar contra la dignidad del ser humano. Ahora la productividad requiere un adecuado ambiente laboral que propicie la creatividad, el equilibrio y el bienestar de los empleados, los conceptos de compensación y beneficios deberán no solo satisfacer las necesidades de los trabajadores sino que también mantenerlos motivados; la detección, cuantificación y desarrollo de competencias permitirá incrementar el desarrollo personal del individuo y llevarlo a alcanzar un mayor grado de profesionalismo y además permitirle un adecuado desenvolvimiento social y personal, más allá de sus responsabilidades laborales.[6] Por ello, las situaciones particulares y la concepción del trabajador variaron notablemente con el transcurrir del tiempo.

(5) Proactividad es una actitud en la que el sujeto asume el pleno control de su conducta vital de modo activo, lo que implica la toma de iniciativa en el desarrollo de acciones creativas y audaces para generar mejoras, haciendo prevalecer la libertad de elección sobre las circunstancias de la vida. Tomado de Wikipedia. La Enciclopedia Libre. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Proactividad
(6) SOCORRO, Félix. Sindicatos: ¿Presentes en las empresas del siglo XIX? En: http://www.degerencia.com/articulo/sindicatos_presentes_en_las_empresas_del_siglo_xxi_primera_parte

4. Desafíos actuales de la Libertad Sindical: jugando a ser doctor

Una correcta actuación de la organización sindical depende en gran medida del comportamiento del empleador. Un empleador "sano" no requerirá medicinas sino vitaminas y por tanto, un sindicato reactivo no tendría cabida en dicha organización.

La obligación del empleador es mantener el equilibrio y a partir de este, promover la productividad, la competitividad y el desarrollo de la organización empresarial y de sus trabajadores y en nuestra opinión, un sindicato de características proactivas podría coadyuvar válidamente a la consecución de estos fines en la empresa.

Consideramos que este es el principal desafío del sindicalismo actual y es a donde debería orientar su actuación, un sindicato de trabajadores no puede entorpecer el proceso productivo de una empresa sino promoverlo, pero para ello requiere previamente que su empleador cumpla cabalmente con sus obligaciones. Esta es una tarea conjunta de empleadores y trabajadores, muy ardua pero cuyos beneficios compensan ampliamente el esfuerzo.

II. ¿ARANDO EN EL MAR?: LA EFICIENCIA DE LA REGULACIÓN SOBRE LA LIBERTAD SINDICAL:

La interpretación y aplicación de un derecho fundamental –como la Libertad Sindical- no deberá limitarse al ámbito estrictamente formal, sino que cualquier restricción que pudiera presentarse deberá superarse atendiendo a su finalidad. Veamos.

1. La autonomía colectiva y la facultad de constituir las organizaciones que estimen convenientes

Siguiendo a Jorge Toyama[7], la autonomía colectiva, al igual que la individual, se deriva de un término genérico: la autonomía privada. esta última representa la potestad de autodeterminación de los particulares para crear para sí las reglas que sirvan para satisfacer sus intereses recíprocos. Es decir, se trata de la facultad de autorregulación que tienen las personas o los colectivos. En el caso de los trabajadores esta se denomina autonomía colectiva laboral y se reconoce a esta como el poder que se les otorga a los agentes colectivos laborales para autorregularse y proteger los intereses de su categoría

Esta autonomía colectiva es el presupuesto de la Libertad Sindical, que consiste en la posibilidad de los trabajadores de autoorganizarse, autorregularse y autotutelarse colectivamente; la misma que origina los derechos fundamentales sindicales que de ella se derivan como son la Sindicación, la Huelga y la Negociación Colectiva[8].

Alfredo Villavicencio, citando el artículo 2° del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación, sostiene que tanto empleadores como trabajadores tienen el derecho de constituir y afiliarse

(7) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El Control de la Legalidad de los Convenios Colectivos" Lima, Ara Editores, 1997. p. 28

(8) NEVES MUJICA, Javier. "El Contenido Negocial: La compleja relación entre la ley y el Convenio Colectivo". Lima, Instituto de Defensa Legal, 1992. p. 10

a las organizaciones que estimen conveniente, sin ninguna distinción, sin autorización previa y en total libertad[9].

Esta definición del derecho a la Sindicación, implica que la regulación estatal no puede establecer limitaciones respecto de los tipos de sindicatos que puedan formarse y sobre todo, las autoridades administrativas no pueden cuestionar la inscripción de alguna organización sindical sea cual fuere su naturaleza. Hasta aquí todo bien, sin embargo, ¿cuál es el efecto práctico de esta prerrogativa?

2. Las Relaciones Colectivas de Trabajo y la Negociación Colectiva

Las Relaciones Colectivas de Trabajo representan el mecanismo mediante el cual se hace menos evidente la desigualdad fundante de la relación individual de trabajo, ya que una agrupación de trabajadores se encuentra en mejor posición de negociar con el empleador, que el trabajador individualmente considerado. Las Relaciones Colectivas del Trabajo se inspiran en el Principio y Derecho Fundamental a la Libertad Sindical, del cual a su vez se derivan los derechos fundamentales sindicales como son la Sindicación[10], la Huelga y la Negociación Colectiva, como vimos anteriormente.

La Negociación Colectiva, definida por Javier Neves[11], es el cauce a través del cual las organizaciones sindicales y los empleadores tratan sobre las materias que competen a las relaciones laborales con miras a la celebración de un convenio colectivo, fuente de la regulación del Derecho del Trabajo, el cual representa la manifestación de las voluntades de los trabajadores con su empleador y su materialización en un acuerdo escrito.

Así, podemos apreciar que la Sindicación, la Negociación Colectiva y la Huelga son derechos que están íntimamente ligados entre sí y requieren unos de otros para su ejecución. Ya que por ejemplo, formalmente no se podría hacer una huelga sino es en un procedimiento de negociación colectiva y tampoco se podría negociar colectivamente sino existiese un sindicato válidamente constituido. En ese orden de ideas siempre necesitaríamos de un sindicato para poder negociar colectivamente y siempre será necesaria una negociación colectiva para que los trabajadores puedan ejercer su derecho a la huelga.

3. ¿Si no tengo sindicato, no tengo nada?

Volviendo al concepto del acápite II.1, recordemos que es una prerrogativa de los personas constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes. Es decir, que los ciudadanos pueden constituir los sindicatos que quieran ¿pero ello les sirve? Por ejemplo, en nuestro país existen sindicatos de lustrabotas, de canillitas[12], de conductores de vehículos de transporte público que en estricto no serían agrupaciones de trabajadores dependientes sino independientes y no cuentan formalmente con un empleador identificado sino que se asocian para hacerle frente a los municipios, al gobierno central y en general a cualquier autoridad para reclamar por cuestiones no laborales pero vinculadas directamente a la prestación de sus servicios como son autorizaciones, licencias, papeletas, etc. es decir, intereses

(9) VILLAVICENCIO, Alfredo op. cit. p.28.

(10) Cuya definición desarrollamos anteriormente. Véase nota 8 y párrafos siguientes.

(11) NEVES MUJICA, Javier. "Derecho Colectivo del Trabajo". Material de Trabajo inédito en versión impresa. p.27

(12) En el Perú, vendedores ambulantes de diarios y revistas

gremiales y por ello, operan claramente como organizaciones sindicales aunque no tengan a un empleador como contraparte.

Determinar que estos no son sindicatos porque no tienen empleadores, negarles el derecho a la sindicación, a la negociación colectiva, a la huelga y proscribir sus actividades sería interpretar restrictivamente el sentido de la Libertad Sindical. Las organizaciones sindicales principalmente procuran proteger intereses profesionales y ello puede hacerse frente a empleadores, al Estado o ante cualquiera que intente vulnerarlos o amenazarlos.

Por ello, consideramos que la actividad de los Colegios Profesionales por ejemplo, constituye también otra manifestación válida del derecho fundamental a la Libertad Sindical porque se trata de una asociación creada para la defensa de los intereses profesionales de sus agremiados. Así entonces, el concepto de Libertad Sindical ha evolucionado de tal manera que el esquema clásico ha quedado desfasado, comprendiendo ahora a trabajadores independientes, profesionales, etc.

4. La Libertad Sindical hoy

Consideramos que la Libertad Sindical entonces, debe entenderse, tanto en nuestra legislación como en su aplicación práctica, desde su sentido más amplio y que toda interpretación debe fundarse principalmente en el contenido de los Convenios 87 y 98 de la OIT para una mejor y adecuada utilización de esta institución.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN:

El fenómeno sindical se originó en el mundo hace dos siglos atrás, tiempo más que suficiente para plantearnos seriamente la obligación de reformular sus conceptos, repensar fronteras, actualizar sus contenidos y proyectarlo hacia el futuro. Lo que antes funcionó, puede que ahora no funcione adecuadamente y si queremos que esta institución perdure debemos trabajar en ella, no siendo esta tarea exclusiva de los sindicatos y empleadores sino también del Estado y por supuesto, de la sociedad en su conjunto.

El día que se dejen de lado los intereses personales o partidarios y que se entienda a las organizaciones sindicales en su real dimensión, como sujetos colectivos de cambio social, veremos cuan útiles son estas para la vida en sociedad. Mientras tanto, seguiremos esperando.

HACIA UNA REFORMULACIÓN DEL DERECHO DE CONSTITUIR SINDICATOS –Y DE PROMOVERLOS– EN TIEMPOS ACTUALES[1]

JOEL CÁCERES PAREDES[2]

1. INTRODUCCIÓN

A pesar del reconocimiento constitucional y supranacional del derecho fundamental de sindicalización de los trabajadores, sabido es que en nuestra realidad nacional la libertad sindical de la clase trabajadora sigue siendo menoscabada o, en todo caso, abrumada por los poderes públicos y los de contenido empresarial. Y es que no solo basta el reconocimiento y literalidad de los textos para fomentar o, de acuerdo al mandato constitucional (artículo 26°), garantizar la libertad sindical; es necesario además que se preserven mecanismos de tutela efectiva en salvaguarda del ejercicio de dicha libertad; y con mayor razón si de un tiempo a esta parte nos encontramos en presencia de nuevas estructuras y sistemas de organización del trabajo que embisten, al igual que a las relaciones individuales, a las de carácter colectivo.

En este orden, el presente trabajo pretende analizar algunas de los fenómenos empresariales, específicamente el grupo de empresa y la descentralización productiva, que arremeten contra el derecho de constituir organizaciones sindicales. Todo ello como esquema para esbozar algunos puntos elementales sobre los problemas y retos de los propios agentes laborales, así como las autoridades públicas para la mejora de nuestras relaciones colectivas de trabajo.

(1) Estas palabras, parafraseando a Oquendo de Amat, inseguras como mi primer cantar se las dedico a mi madre Danila.

(2) Bachiller de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de cátedra del Curso de Derecho Individual del Trabajo. Miembro del Taller de Estudios Laborales y de la Seguridad Social Jean-Claude Javillier.

2. ALCANCE CONCEPTUAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

Siendo que el derecho de libertad sindical consiste, precisamente y como su propio nombre lo indica, en el libre desarrollo y ejercicio de una libertad –salvo las limitaciones que pueden establecerse por la afectación y ponderación con otros derechos–, este se instituye por el reconocimiento y garantía de varios derechos directamente relacionados, y que a su vez se sintetizan en el libre desarrollo de todos los aspectos de la sindicalización (desde el momento de la constitución-afiliación hasta la libre disolución de la organización sindical).

La libertad sindical, en ese sentido, consiste "en la facultad de asociarse a una organización sindical y de practicar todos los actos inherentes a ella"[3] o, según el propio Tribunal Constitucional (en adelante TC), en la capacidad autodeterminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical[4]. Se trata pues de un derecho complejo que, conforme a las definiciones citadas, puede determinarse desde el plano *orgánico*, como en la constitución de organizaciones sindicales y la afiliación a estas; o desde el plano de *actividad*, mediante el cual se plasma el ejercicio de la actividad sindical[5].

La libertad sindical, asimismo, puede analizarse partiendo de la titularidad del derecho que le corresponde a los sujetos intervinientes. Así, podemos hablar de libertad sindical colectiva y de libertad sindical individual. En efecto, mientras el ejercicio y titularidad del derecho de libertad sindical colectiva corresponde a la organización sindical como sujeto colectivo; en la libertad individual, esta le corresponde al trabajador individualmente considerado.

En relación a la libertad sindical individual, según el TC –que la ha denominado *intuito personae*– esta abarca el aspecto negativo y el positivo, es decir, el derecho de constituir-afiliarse o no constituir-desafiliarse a determinada organización sindical, respectivamente.

La libertad sindical colectiva, por otro lado, –llamada por el TC libertad sindical plural–, según el supremo interprete de la constitución se manifiesta en tres aspectos, a saber a) ante el Estado, que comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical; b) ante los empleadores, del cual abarca el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales; y, c) ante las otras organizaciones sindicales, mediante la cual se incluyen la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales[6], etc.

(3) RENDÓN VASQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo Colectivo*, 6ª ed., Edial, Lima, 2004, p. 34.
(4) Fundamento 26 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC.
(5) Sobre el contenido y titularidad del Derecho de libertad sindical, vide VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *La libertad sindical en el Perú*, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 1999; MUJICA NEVES, Javier, "Derecho Colectivo de Trabajo", en VV. AA., *Derecho laboral general*, PUCP, Lima, 2005, p. 124 y ss; BOZA PRO, Guillermo, "La protección constitucional de la libertad sindical", en *Trabajo y Seguridad Social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Grijley, Lima, 2008, pp. 333-360; UGAZ OLIVARES, Mauro, "Derechos laborales colectivos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional*, SPDTSS, Arequipa, 2006, pp. 393-408.
(6) Es este supuesto es importante señalar que el TC se equivoca al mencionar que la libertad sindical colectiva comprende la prohibición de clausulas sindicales, esto es, las llamadas cláusulas de seguridad sindical o las cláusulas de exclusión. Y decimos que se equivoca porque si bien es cierto nuestro ordenamiento puede adherirse a la corriente de prohibir dichas cláusulas, la libertad sindical de titularidad colectiva no fundamenta dicha prohibición, sino la de carácter individual. Como veremos más adelante, es la libertad sindical colectiva, precisamente, la que cimienta y justifica las clausulas de seguridad sindical.

Finalmente, en relación al derecho de libertad sindical se ha expresado que esta "tiene un rostro activo que exige la disposición de los derechos aludidos. Pero tiene también un rostro defensivo pasivo que requiere protección y defensas contra la agresión de la personalidad física y moral del que ejercita la libertad sindical"[7]. No se trata pues de un contenido de la libertad sindical, sino de la trascendente necesidad de cautelar y garantizar su ejercicio, toda vez que su consagración constitucional implica una garantía negativa y otra positiva: "la primera dirigida a remover todos los obstáculos que pueden impedir o enervar su ejercicio, limitando la actuación estatal en el terreno de la imposición de restricciones. En el segundo caso, estamos ante un conjunto de garantías frente al empleador, que conllevan el establecimiento de reglas, procedimientos, medios de reparación, sanciones y facilidades para su ejercicio dirigidas a asegurar la efectividad del derecho y promover su desarrollo"[8].

3. EL DERECHO DE CONSTITUIR SINDICATOS (LIBERTAD SINDICAL DE ORGANIZACIÓN)

El Derecho de libertad sindical en el aspecto organizativo implica tanto la afiliación y la constitución a una determinada organización sindical. A pesar de formar parte del contenido estático del derecho, este se instituye en uno de los más importantes planos de la sindicalización, dado que quizá es allí donde más afectaciones se pudieren ocasionar al ejercicio de esta libertad; ofreciéndose, por tal, la mayor tutela sindical para este supuesto. Adviértase, por ejemplo, que él único caso donde el fuero sindical protege a todo y cada uno de los trabajadores afiliados al sindicato es cuando este se encuentra en la etapa de constitución.

Ahora bien, uno de los mayores problemas relativos al contenido de organización sindical –y que en definitiva constituye un problema de la propia definición de libertad sindical– es el de determinar quiénes son los sujetos titulares del derecho. Al respecto los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos hacen mención del derecho de "todos" a constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes[9]. Especifica en el mismo sentido el artículo 2° del Convenio 87 de OIT que los sujetos titulares de este derecho son tanto los "trabajadores como los empleadores" [10].

El problema radica en esclarecer si son solo los trabajadores asalariados[11] los titular del derecho, o si también comprende a otros sujetos, como los trabajadores autónomos –y ahora los autónomos propiamente dichos o los autónomos económicamente dependientes–,

(7) SARTHOU, Helios, "Rasgos ontológicos de la libertad sindical", en *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, De Buen, Néstor y Morgado, Emilio (coords.), AIADTSS-UNAM, México, 1997, p. 183.
(8) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, "La crisis del sindicalismo y la necesidad de promoción de la libertad sindical como expresión del interés público", en *Ius et veritas*, N° 24, Lima, 2002, p. 225.
(9) Tanto en la Declaración Universal de Derechos Humano (artículo 23°.4), en el pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22°) y en el Pacto de Derecho Económicos, Sociales y culturales (artículo 8°) emplean esta expresión.
(10) También utiliza el término específico de "los trabajadores" el protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales –"protocolo de san salvador".
(11) Como menciona Montoya Melgar analizando la normativa española sobre el tema, la denominación de "trabajado" se emplea reprochablemente en sentido atécnica, dado que esta expresión se desnaturaliza de inmediato para extenderse a quienes prestan servicios no en una relación estricta de trabajo asalariado (MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 24ª Ed., Tecnos, Madrid, 2003, pp. 130 y 133).

o aquellos excluidas de la égida del Derecho del trabajo (beneficiarios de una modalidad formativa laboral, "contrato administrativo de servicios", por ejemplo), u otros sujetos exceptuados.

Como quiera que la libertad sindical es un derecho fundamental proveniente del bloque de derechos y libertades sociales reconocidas por los diferentes Textos Constitucionales y Tratados Internacionales sobre Derechos humanos, este debe interpretarse de la forma más inclusiva posible. Dicho de otro modo, las exclusiones que se establezcan en la titularidad de este derecho deberán ser descifradas restrictivamente. Y es que la titularidad del derecho de libertad sindical "no puede entenderse en el sentido de una arquetípica relación contractual de trabajo, sino que debe interpretarse desde un punto de vista sociológico como personas que viven habitualmente de su trabajo"[12].

En efecto, somos de la opinión que la lógica va por la de permitir la sindicalización y ejercicio de libertad sindical a aquellos sujetos que necesitan un contrapoder para materializar y promover sus interés grupales y profesionales. Por ello, siguiendo esta línea, no existirían mayores inconvenientes en incluir con el ámbito de aplicación del Derecho de libertad sindical a aquellos sujetos excluidos legalmente de una relación laboral[13] o a los trabajadores autónomos[14] o a los funcionarios públicos, entre otros supuestos.

Finalmente, de acuerdo a nuestro Texto Constitucional quedan excluidos de la titularidad del Derecho de libertad sindical los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional (artículo 42°), los jueces y fiscales (artículo 153°) y los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñen cargos de confianza o de dirección (artículo 42°).

Respecto a los primeros, dicha exclusión se encuentra acorde con el convenio N° 87 de OIT, dado que este permite a la legislación interna de cada Estado miembro determinar "hasta qué punto se aplican a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas en el convenio" (artículo 9°.1). El comité de libertad sindical de OIT ha mencionado, en tal sentido, que dicha disposición debe interpretarse restrictivamente. Bajo esta lógica, por ejemplo, los

(12) Vida Soria, José y Sala Franco, Tomas, "Informe acerca de los derechos de libertad sindical y de representación de los funcionarios públicos", *Documentación Administrativa*, N° 204, 1985, p. 217.

(13) Hablamos específicamente de dos supuestos: a) los beneficiarios de una modalidad formativa, no solo los regulador por la Ley N° 28518, sino también aquellos convenios de formación, como los practicantes del Servicio Nacional de Adiestramiento Industrial (Senati) o los programas del servicio civil de graduados (Sesigra); y, b) aquellos contratados mediante el contrato administrativo de servicios, cuya labor, a decir del Decreto Legislativo N° 1057, "constituye una modalidad especial 'propia del derecho administrativo'".

(14) La LRC determina la aplicación supletoria de sus disposiciones a la sindicalización de trabajadores autónomos. Ahora bien, nos parece que no habría muchos inconvenientes en determinar la aplicación del derecho de sindicalización a los autónomos económicamente dependientes o semiautónomos; mientras que, por otro lado, el panorama no es muy claro respecto a los otros autónomos (autónomos propiamente dicho). No obstante, dado el reconocimiento y atracción de la libertad sindical a otros sujetos, esta también puede aplicarse cualquier tipo de trabajador autónomo. En efecto, como señala Ojeda Aviles, existirán por lo menos "dos objetivos que puede cumplir satisfactoriamente el sindicalismo, y por los cuales sería conveniente otorgar mayores facilidades a la sindicalización de autónomos: a) voz y respuesta colectiva y b) integración social y gobernabilidad" (Ojeda Avilés, Antonio, "La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos" en *Sindicatos y cambios económicos y sociales*, Sanguineti Raymond, Wilfredo y García Laso, Agustín, (coords.), Salamanca, 2002.

trabajadores civiles de los establecimientos manufactureros de las fuerzas armadas tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes[15].

En relación a la segunda exclusión, esto es, a los jueces y fiscales, el mandato constitucional es claro al determinar que dichos sujetos no serán titulares del Derecho de libertad sindical. Las razones sobre las cuales se funda esta exclusión radica, entre otras, en la especial posición jurídica de los miembros de este colectivo (los fiscales representan a la sociedad en los procesos, mientras que los jueces son los máximos interpretadores de las normas jurídicas), la autoridad en el ejercicio de su función, además de la soberanía e independencia especial que ostentan en el ejercicio de sus funciones. Todo ello hace que estos sujetos adquieren "una posición autónoma en el ejercicio de sus funciones, muy similares a la de un alto cargo, que se traduce en actuaciones como 'cuasiempleadores' de cara al personal empleador en sus respectivas sede"[16].

Como en el caso de las fuerzas armadas y policías, consideramos que la exclusión de la titularidad del Derecho de libertad sindical a los jueces y fiscales operará de forma restrictiva. Debe permitirse, por tal, y como imprecisamente señala el TC[17], la constitución de organizaciones sindicales a los miembros del Poder Judicial y Ministerio Público que no tengan los cargos de jueces y fiscales, respectivamente.

Finalmente, nuestra Carta Política excluye de la titularidad del derecho de libre sindicalización a los funcionarios con poder de decisión y aquellos que desempeñen cargos de confianza o de dirección. En primer lugar, nos parece que la denominación "funcionario con poder de dirección" ya está incorporada en la frase "cargos de dirección o de confianza".

La exclusión de estos colectivos radica, básicamente, en los intereses que representan aquellos cargos de dirección o de confianza que existen en la administración pública (léase funcionarios públicos). En efecto, se parte del supuesto de representatividad que por el cargo ejercido ostentan estas personas en la administración pública. Piénsese por ejemplo, en los cargos políticos o los elegidos con votación popular.

En efecto, dado el cargo público, directivo o de confianza que se ostenta, se ha preferido excluir de forma definitiva a estos colectivos, no permitiéndose, como sucede en las relaciones de la actividad privada (artículo 12°.b de la LRCT), la autonomía colectiva para determinar la afiliación sindical de estos empleados públicos.

4. REPERCUSIONES DE ALGUNOS FENÓMENOS EMPRESARIALES EN EL DERECHO DE CONSTITUCIÓN SINDICAL

Con fenómenos empresariales nos referimos específicamente en el presente trabajo a la descentralización productiva y los grupos de empresas. Y es que ambos fenómenos no

(15) Oficina Internacional del Trabajo, *La libertad sindical*, 4ª ed., Ginebra, 1996, pp. 50 y 51.

(16) Avilés Ojeda, Antonio, "Limites constitucionales al Derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales", en *Jueces para la democracia*, N° 16-17, 1992, p. 136.

(17) En la Sentencia recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC (fundamento 26) el TC no precisa que, en virtud del artículo 153° de la Constitución Política, las únicas personas excluidas del ejercicio de la libertad sindical son los jueces y fiscales; solo menciona de forma genérica que está exclusión opera a "los miembros del Ministerio Público y del Órgano Judicial".

pasarían de ser de actuaciones inter empresariales de contenido y regulación mercantil, de especialización flexible y colaboración entre empresas, si es que no repercutiesen de forma intensa en el seno de las relaciones laborales, tanto en las de carácter individual como en las relaciones colectivas.

Ahora bien, considerando que la normativa de relaciones colectivas de trabajo aún guarda muchos preceptos del primigenio Decreto Ley Nª 25593 que se promulgo a inicios de la pasada década, muchas de sus disposiciones no hallan respuestas ante la presencia de los fenómenos empresariales descritos: a) la descentralización productiva, por una parte, con la fragmentación de la empresa tradicional y todos los efectos en el ámbito de los derechos colectivos; y, b) el grupo de empresa, con la dificultad de encontrar, canalizar y contraponer la dirección unitaria de quíen dirige la actividad empresarial.

1. Efectos en la descentralización productiva

La descentralización productiva puede definirse como aquella forma de organización empresarial donde una "empresa no realiza 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 otra empresa o personas individuales con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo"[18].

Se aprecia, en tal sentido, que el rasgo más importante y que repercute más en el seno de las relaciones colectivas de trabajo es la fragmentación de la empresa –llamada principal– y la colaboración de aquellas otras (naturales o jurídicas) que desarrollarán dichas actividades.

En este orden, la descentralización productiva debilita el derecho de constitución de sindicatos en una lógica muy simple: mientras más se externalicen los servicios, obras o fases de la producción de una empresa, mayor será la fragmentación de los trabajadores que laboren para dichas unidades. En tal caso, la organización sindical que se pudiere formar, o que se encuentra formada, se aminorará sustancialmente ante esta nueva forma de organización empresarial.

Por otro lado, y como quiera que la carencia de estabilidad en el empleo merma la acción sindical –y por tal, su componente originario, esto es, la fundación de la organización–; la descentralización productiva vulnera el derecho de constituir sindicatos, dado que la contratación de los trabajadores en las empresas auxiliares o contratas, depende del encargo empresarial entre la empresa principal y la auxiliar. Esto supone que "a través del recurso de la externalización, no sujeto en principio a ningún tipo de exigencia causal, es posible sustentar la conversión de puestos de trabajo permanentes en temporales"[19]. De acuerdo con esta lógica, la colocación del puesto de trabajo, dependerá de la duración de los acuerdos de colaboración que se suscriben entre ambas empresas[20].

(18) Cruz Villalón, Jesus, "Outsourcing. Contratas y subcontratas", en *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo*, Asociación española de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1999, p 251.

(19) Sanguineti Raymond, Wilfredo "La 'tercerización' de actividades productivas: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del derecho del trabajo?", cit., p. 120, en prensa.

(20) Al respecto, vide Sánchez Torres, Esther, "Los efectos de la descentralización productiva sobre el ámbito temporal y subjetivo del contrato de trabajo", en *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 117-160.

Finalmente, un tercer aspecto que repercute en el derecho de organización sindical –y que de forma genérica produce la descentralización productiva–, es la secuela de precarización en la mano de obra de las empresas descentralizadas. Dicha precariedad, además de los dos supuestos mencionados, recae principalmente en el establecimiento de vinculaciones laborales cada vez más plurales "donde se incrementa la extensión de las 'zonas grises' (aumenta la dificultad en muchos supuestos de deslindar las actividades sometidas a la legislación laboral de aquellas otras que no lo están) debido al resurgimiento o aparición de diversas modalidades de trabajo, como el trabajo a domicilio, el incremento de las forma de trabajo parasubordinado, etc"[21].

Resumiendo, a nuestro parecer genéricamente se puede mencionar a estas tres consecuencias como las más severas que produce la descentralización productiva en el Derecho de los trabajadores de constituir organizaciones sindicales: externalización de los trabajadores en nuevas empresas; contratos temporales, donde se merma el principio causalidad en la contratación; y, aumento de las, así llamadas, zonas grises en la separación del contrato de trabajo y el contrato de locación de servicios. Siendo, bajo este orden, que la más gravitante consecuencia que puede apreciarse –y por donde hay que apuntalar el Derecho de organización sindical– es en la presencia sindical en la fragmentación y división de los trabajadores de las nuevas empresas tercerizadoras.

2. Efectos en el grupo de empresa

Dado el decaimiento del sistema de producción fordista, con las nuevas formas de organización empresarial y sistemas de producción, ya no es posible equiparar en la actualidad –a diferencia de lo que ocurría antes– la definición del sujeto empleador con el concepto tradicional de empresa. La concepción de empleador, en ese sentido, se ha difuminado entre las más distintas formas de colaboración que enmarañan las diversas formas de organización empresarial[22].

Bajo esta línea, el grupo de empresa como una de las figuras típicas de las nuevas formas de estructuración empresarial, se le puede definir como la actuación de varias jurídicas que actúan en una supuesta independencia, "sometidas a una estrategia general común"[23].

Como apunta el proyecto de Ley General del Trabajo –y únicamente de forma ilustrativa– existe grupo de empresa cuando varias empresas jurídicamente independientes constituyen o actúan como unidad económica y productiva de carácter permanente. Dos son los rasgos, bajo esta perspectiva, que caracterizan al grupo de empresa, el mantenimiento de la personalidad jurídica de las empresas agrupadas y la existencia de una dirección unitaria en el grupo[24].

(21) Monereo Pérez, José Luís, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 19996, p. 82.

(22) Al respecto, vide Sanguineti Raymond, Wilfredo, "Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del trabajo

(23) Arce Ortiz, Élmer, "El concepto jurídico de grupo de empresas en el Derecho del trabajo. Aspectos individuales de la cuestión", en *Asesoría laboral, Abril, 2003, p. 13.*

(24) Falconi Canepa, Julio, *Responsabilidad en los grupos de sociedad y tutela de acreedores sociales*, Grijley, Lima, 2005, p. 3.

Ahora bien, coincidimos cuando se afirma que si es el grupo el que actúa como sujeto empleador, dada la dirección empresarial –poder de dirección– que repercute con sus decisiones de forma directa e influyente en la prestación de los servicios de los trabajadores, se le deberá imputar a este la responsabilidad de contenido laboral que pudieren generarse. Dicho de otro modo, en la figura del grupo de empresa "será el empleador quien ostente la facultad de dirigir y organizar la prestación de trabajo según sus objetivos económicos propios. Es decir, quien sea capaz de decidir sobre el sentido económico de la prestación del trabajador"[25]. Piénsese, por ejemplo, que en un grupo empresarial la empresa matriz decide inmotivadamente no contar con la prestación de servicios del trabajador; la empresa filial no tendría más opción que acatar dicha decisión desplazando al trabajador a otro centro de trabajo, configurándose con ello algunos actos de hostilización (movilidad geográfica). En este caso, quien debería responder laboralmente (cobro de indemnización o cese de hostilidad) tendría que ser la empresa matriz; a pesar de ser la empresa filial la persona jurídica que figura en el contrato de trabajo.

Ahora bien, para lo que en nuestro trabajo importa, el grupo de empresa como fenómeno empresarial repercute en materia colectiva, y específicamente en el derecho de constituir organizaciones sindicales, dada la imposibilidad de conformar trabajadores a este nivel. Ello, básicamente por dos razones: la dificultad en encontrar la presencia de las decisiones unitarias que enmarcan la presencia de un grupo empresarial; y, como veremos más adelante, la tipología cerrada de organizaciones sindicales que pueden existir según la LRCT.

En ese sentido, dichas dificultades impedirán a los trabajadores que laboran dentro de las empresas del grupo a organizarse en una unidad sindical que represente los intereses de los trabajadores en la decisión común y genérica con que se materializa la presencia del grupo. Por tanto, lo que se logra en materia de constitución de sindicatos es desvanecer la presencia colectiva de los trabajadores de un grupo empresarial. En efecto, no es lo mismo un sindicato de una de las empresas agrupadas –que ni siquiera ostentan las decisiones empresariales– que una organización sindical de los trabajadores de las distintas empresas de la agrupación.

5. LA NECESIDAD DE REFORMULAR EL DERECHO A CONSTITUIR SINDICATOS ANTE LAS NUEVAS REALIDADES EMPRESARIALES

Como hemos afirmado, a ser la descentralización productiva y del grupo de empresas fenómenos relativamente nuevos para nuestro ordenamiento jurídico laboral, muchas de las disposiciones en materia colectiva que actualmente existe no alcanzan a regular o al menos provisionar las armas suficientes para enfrentar los efectos en la formación de la presencia sindical en dichos fenómenos empresariales. Y es que, como apunta Cruz Villalón, "la pervivencia del mismo modelo de relaciones colectivas, al aplicarse a una realidad sustancialmente diversa, ha dado lugar a que la influencia de la acción colectiva sea muy dispar"[26].

(25) Arce Ortiz, Guillermo, *La circulación de trabajadores en el grupo de empresas*, Mergablum, Sevilla, 2003, p. 83.

(26) Cruz Villalón, Jesús, *La descentralización productiva en España. su impacto sobre las relaciones laborales*, Grijley, Lima, 2008, en prensa.

En efecto, dado que ninguna disciplina jurídica tiene el atributo de la inmutabilidad; la realidad que en esta se regula no debe distanciarse mucho de aquella; y con mucha más razón si hablamos de normas jurídicas que garantizan libertades públicas y derechos fundamentales de los trabajadores, o que, dicho de otro modo, implementa los presupuestos necesarios para el cabal ejercicio de la sindicalización de la clase trabajadora.

Ahora bien, como quiera que tanto la descentralización productiva como el grupo de empresa son fenómenos que se caracterizan por la transformación de la empresa tradicional, e implica, básicamente, la presencia de varias personas jurídicas inter relacionadas entre las más distintas formas de colaboración. Tomando en cuenta este rasgo fundamental, el mecanismo más importante a replantear, por su urgencia y necesidad, es el relativo a la clásica tipología existente en la formación sindical establecida en la LRCT.

En efecto, el artículo 5° de la citada normativa establece únicamente cuatro clases de sindicatos que los trabajadores pueden constituir, a saber a) De empresa, formado por distintos trabajadores (profesiones, oficios, especialidades) en una empresa; b) De actividad, conformado por diversos trabajadores de empresas que formen una misma rama de actividad; c) De gremio, formado por una misma clase de trabajadores (desempeñan un mismo oficio, especialidad, profesión) y de distintas clases empresas; y, d) de oficios varios, conformados por distintos trabajadores de distintas empresas cuando el número de los primeros no alcance el mínimo legal necesario para constituir cualquier sindicato.

Como se aprecia, la lista de la conformación sindical es cerrada, no permitiendo, en ese sentido, la presencia de otras formas de organización sindical distintas a las allí enumeradas[27]. Y aunque esta clasificación en su momento fue declarada por el comité de libertad sindical no contraria a los convenios internacionales de trabajo ratificados sobre la libertad sindical; en la actualidad consideramos que esta no sería la misma opinión si se verificará la imposibilidad jurídica de dicha normativa en la formación sindical de los trabajadores que laboran en grupos empresariales o de aquellos que prestan servicios para empresas contratistas.

En efecto, el convenio N° 87 de la OIT no exige ninguna categoría específica de formación sindical para ejercer el derecho de sindicalización. En ese sentido, el artículo 2° de dicho convenio señala genéricamente que los trabajadores y empleadores, tienen *el derecho de constituir las organizaciones que estimen conveniente* (la cursiva es nuestra).

Bajo esta óptica, y pronunciándose sobre los requisitos exigibles por la legislación nacional para formar las organizaciones que se estimen convenientes, el comité de libertad sindical de OIT ha declarado de forma enfática que tales requisitos –así como las formalidades– prescritos por ley "para constituir un sindicato, no se deben aplicar de manera que *impidan* o *retrasen* la creación de las organizaciones sindicales"[28].

Visto de esta forma las normas internacionales de trabajo sobre el ejercicio de la libertad de constituir las organizaciones sindicales que se estimen convenientes, todo pare-

(27) Esta clasificación se consideró en su momento innovadora respecto a la legislación antecesora, dado que esta última enfocaba la constitución sindical por la categoría de trabajadores (obreros empleados) en el centro de trabajo o establecimiento. Al respecto, vide Boza Pro, Guillermo, et al., *Ley de Relaciones Colectivas comentada*, Consultores jurídicos asociados S.A, Lima, 1994, p. 22.

(28) Oficina Internacional del Trabajo, *La libertad sindical*, cit., p. 57.

ce indicar que ante las transformaciones del sujeto empleador que trae consigo los nuevos fenómenos de organización empresarial, es necesario y urgente cautelar y garantizar el derecho-libertad de constitución sindical de los trabajadores. Y es que no se puede requerir el ejercicio y cautela de los intereses en juego de los sujetos laborales (autonomía sindical), si es que no existe un andamiaje protector y garantista del derecho primario que tienen los trabajadores de constituir organizaciones que contrarresten el poder empresarial.

Ahora bien, los trabajadores no se hubieren visto perjudicados por esta imposibilidad de organizar sindicatos con tipologías distintas a la enumerada en el artículos 5° de la LRCT, si es que en la actualidad existiera una Ley General del Trabajo que regula nuestras relaciones laborales[29].

En efecto, esta última fue la lógica que encaminó la propuesta normativa del Proyecto de Ley General del Trabajo (en adelante PLGT) en materia de relaciones colectivas, es decir, elimina la tipología en la conformación de sindicatos. Y aunque al principio hubo renuncia en su aprobación, en la última revisión tripartita de los actores sociales en el Consejo Nacional del Trabajo[30], se terminó consensuando el dispositivo que repite literalmente el artículo 2° del Convenio 87 de OIT. Menciona, en ese sentido, el artículo 333° del PLGT –cuando trata acerca de "los tipos de sindicato"– que "los trabajadores y los empleadores, sin distinción alguna y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes".

Al respecto, habría que tomar en cuenta las implicancias que traería consigo este dispositivo. Se ha señalado, en ese sentido, que es imprescindible abordar el tema de la mayor representatividad, y señalar, asimismo, que la condición de organización más representativa solo concede prerrogativas e el ámbito de la negociación colectiva de eficacia general (*erga omnes*), por lo que estas solo podrían extenderse adicionalmente al campo de la representación institucional y de la consulta con las autoridades públicas, a partir de los pronunciamiento de los órganos de control de la OIT[31].

Esbozado así el alcance y necesidad de replantear la tipología de constitución de organizaciones sindicales en nuestro ordenamiento, pasaremos estudiar la necesidad de que estos operen ante las nuevas formas de organización empresarial, tales como la descentralización productiva y el grupo de empresa.

1. La sindicalización en el grupo de empresa

Como quiera que el fenómeno de la agrupación empresarial implica, esencialmente, la decisión unitaria y global por la cual se dirige las empresas conformantes, al superarse la limitación de la tipología cerrada en formación de sindicatos, sería plenamente factible la conformación sindical de los trabajadores a nivel del grupo.

Y no es que se desea constituir organizaciones sindicales por el solo hecho de existir esta forma grupal de empresas; la necesidad de presencia sindical a este nivel se basa en la

(29) Recordemos, sino, que ya van aproximadamente 8 años de espera.
(30) www.mintra.gob.pe/contenidos/institucional/consejo_nacional_del_trabajo/cnt_comision_adhoc.pdf
(31) Villavicencio Ríos, Alfredo, "Los derechos colectivos en un sistema democrático de relaciones laborales: desarrollo de la alternativa propuesta en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo", en *Laborem*, N° 03, Lima, 2003, p. 229.

propia funcionalidad del sindicato para contraponerse al poder empresarial que garantice y equipare en cierto modo las desigualdades materiales que se circunscriben en el seno de estas nuevas formas de relaciones laborales.

En ese sentido, se hace imperativa la configuración del sindicato como contrapoder empresarial –mediante el cual ha de contarse con las decisiones transcendentales a todos los niveles[32]–, para fundamentar, de esta manera, la autonomía de los sujetos colectivos de trabajo como rasgo diferenciador de un sistema democrático de relaciones laborales. Por tanto, al ser el grupo de empresa una de las nuevas formas de organización empresarial, caracterizado por la actuación conjunta y genérica a nivel grupal, se materializaría una desregulación peyorativa para los trabajadores el no permitirle la sindicalización en el mismo grado y nivel que el del grupo de empresa.

Pues bien, la conformación –y presencia– sindical a este nivel trae consigo la ya común dificultad de identificación del grupo empresarial como sujeto empleador de las relaciones laborales que se enmarcan dentro de las empresas que lo conforman[33]. En efecto, la peculiar caracterización económica de los grupos de empresa hace que la mayoría de estos omiten representarse como tales[34].

Ante esta dificultad, la jurisprudencia nacional será la llamada a encontrar los indicios de la identificación del grupo de empresa, y por sobre todo, cuando este se comporte como sujeto empleador de una relación laboral, es decir, cuando, básicamente, se manifiesta el poder de dirección empresarial sobre las relaciones laborales de las empresas particulares que lo conforman[35].

Ahora bien, respecto a los requisitos específicos exigidos a los trabajadores en la formación del sindicato del grupo empresarial, parece lógico que podrá exigirse que dichos trabajadores sean parte de las diferentes empresas del grupo. Asimismo, operará la tutela de la libertad sindical de aquel sindicato en formación que sea objeto de afectaciones que repercutan en el derecho de constitución sindical, entre otros aspectos tutelares.

2. La sindicalización en la descentralización productiva

Hemos afirmado que el desmembramiento empresarial es el fenómeno que repercute con mayor fuerza en el derecho de los trabajadores a sindicalizarse dentro de un sistema de descentralización productiva; Y que, en ese sentido, al fragmentarse las etapas productivas de una empresa principal a diversas contratistas se meya duramente la presencia sindical en estas empresas especializadas

(32) Avilés Ojeda, Alfredo, *Derecho sindical*, Tecnos, 5ª ed., 1990, p, 32.
(33) Otra importante dificultad que se presenta en los sindicatos del grupo de empresa, y que no se analizan por no ser parte del presente trabajo, es la articulación y representación de la negociación colectivas entre ellos.
(34) Otro problema no menos grave es lo que sucede a la inversa, es decir, "cuando agrupaciones productivas que se autodenominan así y que, sin embargo, no cumplen las exigencias jurídicas para considerarse grupos de empresas" (Sempere Navarro, Antonio y Areta Martínez, María, *El Derecho del trabajo y los grupos de empresa:* Inventario, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 48, 2004, p. 97.
(35) Debiéndose aplicar, como concluye Arce Ortiz, la interpretación de analogía iuris para identificar al grupo de empresa para efectos laborales. Dicha forma e interpretación se justifica en tanto que pueda tomarse los distintos conceptos que a nivel de otras disciplinas jurídicas existen. Al respecto, vide Arce Ortiz, *La circulación de trabajadores en el grupo de empresa*, cit., pp.

Ahora bien, bajo una óptica diferente se podría afirmar que ello no es tan cierto, dado que únicamente se afecta el derecho de constituir organizaciones sindicales cuando la fragmentación sea de tal envergadura que en las empresas descentralizadas el número de trabajadores no superase el mínimo admitido por ley para formar sindicatos.

No obstante en realidad la descentralización productiva sí repercute peyorativamente en las organizaciones sindicales, toda vez que esta fragmentación impide no solo la constitución de estas organizaciones, sino también la cabal presencia de los sindicatos como contrarrestadores del poderío empresarial. En efecto, poco o nada podrá contraponer el sindicato a una empresa contratista, si es que esta última desarrolla su actividad únicamente sobre la base del contrato civil que la relación con la empresa principal.

En ese sentido, si por una parte una empresa principal que externaliza sus servicios a empresas especializadas, puede interrelacionarse con estas en distintas formas de organización, la lógica debe ser la misma para la organización de trabajadores; es decir, que estos deben tener todas las herramientas para configurar una presencia importante ante la unidad productiva que se han descentralizado.

Bajo esta perspectiva, superada la valla de tipología cerrada de la constitución del sindicato, consideramos que la presencia sindical en este fenómeno puede apuntar a los diversos planos de organización de las empresas. Así, no existiría impedimento para constituir un sindicato de empresas contratistas, o tal vez, como hemos esbozado en el punto anterior, sindicatos de aquellas empresas descentralizadas con cuyas contratistas se forma un grupo empresarial. Puede darse el caso, también, que se formen sindicatos de acuerdo a los espacios de trabajo y unidades productivas que se desarrollen, independientemente de las diferentes empresas que allí coexistan.

Inclusive, dado que la descentralización productiva no solo abarca la colaboración entre empresas, sino también con personas individuales (autónomos o semiautónomos), nada impide a que estas últimas puedan constituir organizaciones sindicales. En efecto, el propio comité de libertad sindical así lo ha entendido al pronunciarse en favor de sindicalización de aquellas personas que, sin importar su calidad jurídica (laboral o mercantil) son titulares del derecho de libertad sindical, toda vez que "el Convenio 87 solo permite excluir de su ámbito de aplicación a las fuerzas armadas y a la policía, por lo que los vendedores en cuestión, deberán poder constituir las organizaciones que estimen conveniente"[36]. Bajo esta línea de pensamiento, y dado los efectos de la descentralización productiva en la apertura de la frontera del contrato de trabajo con otras figuras afines (locadores de servicios, comisionistas, vendedores, entre otros), deberá realizarse una interpretación extensiva a efectos de incluir en el derecho fundamental de la sindicalización a estas personas. Máxime si en muchos casos la autonomía en su prestación no está claramente determinada.

Ahora bien, respecto la determinación de la contratación temporal en aquellas empresa que tercerizan parte de la actividad económica de una empresa principal. En estos casos muchas veces se utiliza la "temporalidad en la prestación" para lesionar la libre sindicalización de los trabajadores de la empresa contratista.

(36) Oficina Internacional del Trabajo, *La libertad sindical*, cit., p. 54.

Al respecto, la Ley N° 29245, Ley que Regula los Servicios de Tercerización (en adelante LT), menciona de modo genérico en el inciso 3 del artículo 7° de la LT que no se puede utilizar la contratación temporal de la empresa tercerizadora, "con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical"[37].

Si bien es cierto que dicho precepto es insuficiente para salvaguardar la libertad sindical de los trabajadores de una empresa contratista, el trabajador, amparándose en dicho precepto, podrá cuestionar la no renovación de su contrato de trabajo, dada la vulneración al derecho de libertad sindical que ha sido objeto. Por tanto, una vez acreditada dicha afectación, corresponderá al empleador probar que la no renovación del contrato de trabajo no obedece a una práctica antisindical. Dicho de otro modo, poco importará la intencionalidad del empleador en no renovar el contrato temporal, sin con ello se verifica la afectación del derecho de sindicalización del trabajador.

Finalmente, y para concluir, debemos señalar que si bien la normativa puede no ser la mejor en salvaguardar las libertades públicas de los trabajadores, como lo es la sindicalización; ante esta indiferencia del legislador en las afectaciones de la tercerización en materia de relaciones colectiva de trabajo, son los propios trabajadores los llamados a salvaguardar sus derechos con los mecanismos que garantiza nuestra Carta Política y Tratados Internacionales, toda vez que, precisamente estos últimos proscriben todas aquellas prácticas empresariales y estatales que afectan la libre sindicalización de la clase trabajadora.

(37) Se señala, además, la no vulneración de los derechos sindicales como el de la el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical.

LA VIGENCIA DEL DERECHO COLECTIVO EN EL PERÚ EN EL SIGLO XXI

JAVIER ESPINOZA ESCOBAR[1]

"La invención de la dimensión colectiva ha permitido salir del dilema de la subordinación voluntaria, restituyendo al trabajador su cualidad de sujeto libre"
(ALAIN SUPIOT)

1. INTRODUCCIÓN

Parece ocioso referirse –cada vez que se trata de las instituciones propias del Derecho del Trabajo- al aspecto socio - histórico que dio origen al nacimiento del Derecho del Trabajo. Sin embargo, dado que la acción del hombre siempre se efectuará dentro de un espacio y tiempo determinados, y que los hechos actuales son consecuencia del desarrollo histórico pasado, es importante rememorar las condiciones bajo las cuales surgió esta rama del derecho para tomar de ellas lo más importante y consolidar, y en todo caso, "*Repensar las fronteras del Derecho del Trabajo y reafirmar sus principios*[2]".

Teniendo en cuenta ello, el presente artículo pretende referirse a la efectiva vigencia que el Derecho Colectivo del Trabajo tiene en el Perú en el presente siglo, a partir de entender lo que el Derecho Colectivo es en sí y el importante papel que ha jugado en la consolidación del Derecho del Trabajo para, de esta forma, reafirmar su carácter instrumental en la defensa de los intereses que son propios de los trabajadores y de los empleadores.

(1) Javier Espinoza Escobar. Profesor de Derecho Laboral. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovéjo. Chiclayo.

(2) Lema del V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizado por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, desarrollado en Lima en setiembre de 2001.

2. ORIGEN DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Como precisan ERMIDA y VILLAVICENCIO, el Derecho del Trabajo nace como consecuencia de una desigualdad: *la derivada de la inferioridad económica del trabajador.*

Era necesario que dichas desigualdades se corrijan y ello solo era posible con desigualdades de signo opuesto. Durante un tiempo la desigualdad compensatoria se logró porque el estado puso a favor del trabajador el peso de la ley. Surgió así la legislación de trabajo, que básicamente estuvo dirigida al reconocimiento de derechos y beneficios para quien –dentro de una relación laboral- ostentase la calidad de *trabajador.*

Pero luego, la desigualdad compensatoria se obtuvo por otra vía – en el sentido de más suya y más apropiada – creando la fuerza que derive de la unión.(3) Y es que – como afirma VILLAVICENCIO- dentro de las especificidades propias del Derecho del Trabajo, su característica verdaderamente diferenciadora es *la* coexistencia junto al poder normativo del estado, *de otro tipo de fuerzas sociales dotadas de potestad normativa, de autonomía colectiva como actividad de producción de normas particulares que poseen conjuntamente las representaciones de los trabajadores y los empleadores, relativas a los ámbitos de su representación.*(4)

La corrección de la desigualdad propia del contrato de trabajo genera que lo público y lo colectivo, se hallan estrechamente vinculados en el Derecho del Trabajo puesto que las disposiciones que genera el estado al establecer los derechos y deberes de las partes constituyen un estatuto que se inserta en cada contrato de trabajo y contribuye así a forjar una identidad colectiva de los trabajadores por cuenta ajena.(5) Por otro lado, ese orden público impuesto por el estado, reconoce también la autonomía colectiva a trabajadores y empleadores, de tal forma que, en materia laboral, *se deja un espacio a un derecho convencional (autónomo y colectivo)*(6) que también es garantizado por el estado.

De esta forma, a través de las instituciones del Derecho Colectivo reconocidas por los ordenamientos jurídicos se ha permitido a cada trabajador, individualmente considerado, *salir de los impasses de la sumisión voluntaria, y definir un derecho en que puedan convivir la subordinación y la libertad* (7)o, lo que es lo mismo, *salir del dilema de la subordinación voluntaria, restituyendo al trabajador su cualidad de sujeto libre, sin cuestionar su situación subordinada: se le da en el plano colectivo la autonomía de que se le priva en el plano individual.*(8)

(3) ERMIDA URIARTE, Oscar; VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *Derecho Colectivo del trabajo: Materiales de enseñanza* Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p.11.

(4) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, "El principio de autonomía colectiva" 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, 2004, p. 48.

(5) SUPIOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo,* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, p. 161.

(6) SUPIOT, Alain, Ob. Cit. p. 163.

(7) IBIDEM, p. 148.

(8) Ibidem. P. 164. Es por ello que SUPIOT no se equivoca cuando afirma que el reconocimiento de las libertades colectivas de los trabajadores se entronca, con la privación de libertad inherente al contrato individual del trabajo, de allí que es clara la interdependencia del derecho individual del trabajo con el derecho colectivo del Trabajo. SUPIOT, ALain. Ob. Cit. p. 164.

Visto así, el Derecho Colectivo de Trabajo que alcanzó reconocimiento internacional desde el mismo momento de la constitución de la Organización Internacional de Trabajo en el año 1919(9), puede ser definido como *aquella disciplina que -partiendo de la premisa de la desigualdad natural entre empleador y trabajador- estudia los principios y las normas jurídicas que regulan el ejercicio de la autonomía colectiva sea para la constitución, funcionamiento y relaciones entre organizaciones colectivas; la actividad realizada por estas en torno al mejoramiento de las remuneraciones, condiciones de trabajo y de productividad; así como los medios de presión establecidos jurídicamente para la defensa de sus intereses socio económicos.*

De esta forma emergen como temática propia del Derecho Colectivo de Trabajo, el estudio de las organizaciones de trabajadores y empleadores, la negociación colectiva y la huelga; instituciones que - según DE LA CUEVA *"integran una unidad, una consecuencia natural de que fueron el resultado de la lucha obrera en defensa de la libertad, que posee dos dimensiones: el derecho a vivir como corporaciones humanas y el derecho a actuar para la realización de sus fines, esto es, la libertad sindical comprendió desde un principio la facultad de mejorar colectivamente las condiciones de prestación de los trabajadores así como la posibilidad de utilizar los medios a aceptar la contratación colectiva en condiciones justas".*(10)

Son estas instituciones las que, a pesar de las voces que propugnan la desaparición del Derecho del Trabajo o su inoperancia para resolver los conflictos laborales del presente siglo, se tornan indispensables para resolver la nueva cuestión social producto de las aperturas de mercados, la globalización(11) y la flexibilización laboral.

3. LA VIGENCIA ACTUAL DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Por todos es conocida la incorporación de las instituciones del derecho Colectivo de Trabajo en los diferentes ordenamientos jurídicos. Esta situación demuestra la importancia que este sector del Derecho tiene para la convivencia social.

(9) En ese sentido la Constitución de la OIT de 1919 reconoce en su preámbulo el principio de libertad sindical como un mecanismo para frenar el descontento producido por las condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos que constituye una amenaza para la paz y armonía universales. Asimismo, a través de la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional de Trabajo adoptada en 1944 se estableció como uno de los fines de la Organización internacional de trabajo "lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas".

(10) DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo,* Tomo II, segunda edición, Porrúa, México, 1981, p. 214-217

(11) Hablando de la globalización, ERMIDA explicaba que *el proceso globalizador y de entronización de lo financiero* generaba tres grandes dramas para los trabajadores: "A) el relativo desinterés por el mercado interno; b) la limitación del poder estatal para gobernar las variables económicas; y c) el predominio de ideologías que no privilegian el factor trabajo". Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar, "Derechos Fundamentales y Comercio Internacional" EN *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la seguridad social, Lima, 2001, p. 285-303.

A nivel internacional la propia constitución de la OIT de 1919 reconoce en su preámbulo el principio de libertad sindical como un mecanismo "para frenar el descontento producido por las condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos que constituye una amenaza para la paz y armonía universales." Existen además una serie de Convenios de la OIT que regulan las principales instituciones del Derecho Colectivo de Trabajo, tales como, el Convenio 87 sobre *Libertad Sindical* y *Protección del Derecho de sindicación*, ratificado por el Perú el 2 de Marzo de1960, el Convenio 98 sobre *Derecho de sindicación y negociación colectiva*, ratificado por el Perú el 13 de Marzo de 1964, el Convenio 154 sobre *Fomento de la Negociación Colectiva*, etc.

Asimismo, la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional de Trabajo adoptada en 1944 estableció como uno de los fines de la Organización Internacional de Trabajo *"lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas*". También la Declaración de la OIT relativa a los Derechos y Principios fundamentales en el Trabajo y su seguimiento adoptada en 1998 estableció en su numeral 2 que *"todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: (a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (...)"*

En el Ordenamiento nacional, el reconocimiento de las instituciones de Derecho Colectivo se ha efectuado en la propia norma suprema. Así, el artículo 28 de la Constitución, expresamente establece: *"El estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical. 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales La convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones"*.

A nivel legislativo y reglamentario, las normas que regulan los derechos colectivos de trabajo están constituidas por el Decreto Supremo 010-2003-TR que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, D. Ley 25592, modificado por la Ley 27912 y por el Decreto Supremo 011-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Siendo esto así ¿Cuál es la razón por la cual las instituciones del Derecho Colectivo han sido reconocidas por el estado peruano? ¿Por qué se han establecido de tal forma que comportan obligaciones para el estado de *garantizar, fomentar y regular* dichas instituciones?

Existen una serie de argumentos que nos permiten afirmar que -nunca como ahora- el Derecho Colectivo del Trabajo acrecienta su importancia como instrumento flexible que permite la solución de los problemas sociales generados por el trabajo humano no solo desde el punto de vista del trabajador sino también para el empleador e incluso para el estado.

En primer lugar, debemos partir de reconocer que el Derecho Colectivo del Trabajo es importante en tanto en cuanto regula dos manifestaciones naturales y propias del hombre: la socialidad y la laboralidad naturales del hombre[12]; en otras palabras, el hombre satisface sus necesidades a través del trabajo pero necesita de otros para el logro de su cometido, el hombre trabaja en sociedad. Es por ello que Juan Pablo II en la Encíclica LABOREM EXCERSENS afirma que el trabajo tiene como característica ser un medio para construir una comunidad en la cual deben unirse tanto quienes trabajan como los que disponen de los medios de producción o son sus propietarios, ello convierte al trabajo en un factor constructivo de orden social y de solidaridad imprescindible[13].

En ese sentido, el Derecho Colectivo del Trabajo al regular las relaciones colectivas de trabajo tiene por finalidad básica servir de herramienta a través de la cual se forjan lazos de solidaridad entre los sujetos de la relación laboral, entendida aquella no como la agrupación de la clase proletaria para el enfrentamiento con quienes son dueños del capital sino mas bien como una herramienta que les permita el trabajo conjunto y coordinado donde tanto los trabajadores reciban mejores condiciones de trabajo y remuneración, como los empleadores mejores condiciones de productividad aunque dotando a aquellos de mayores herramientas que les permita asegurar sus derechos. En suma, al proteger los derechos del trabajador y permitir una mejor gestión de la empresa y la mejora de la productividad y eficiencia se realza la dignidad de la persona del trabajador, sujeto protagonista del Derecho y se coadyuva a la consecución del bien común.

En segundo lugar, y en un marco en el que los principios económicos invaden la esfera propia del Derecho, produciendo en materia laboral la llamada "flexibilización laboral" cuyo común denominador está dado por la disminución, permanente o temporaria, de los niveles mínimos de contratación laboral aceptados por la legislación, la contratación colectiva o la negociación individual del contrato; el Derecho Colectivo del Trabajo debe jugar un rol fundamental como herramienta que asegura la efectiva vigencia del Derecho del Trabajo.

En efecto, como sabemos, la flexibilización aparece como la antítesis del principio protectorio y repercute en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo y, evidentemente, las trasciende para afectar también las relaciones laborales en el plano colectivo[14].

(12) Sobre el hombre y las características del hombre se puede leer a YEPES STORK, Ricardo, ARANGUREN, Javier, *Fundamentos de antropología: Un ideal de la excelencia humana,* quinta edición, EUNSA, Pamplona, 2001

(13) JUAN PABLO II, *Laborem excersens,* en http://www.vatican.va/edocs/ESL0037/_INDEX.HTM, lunes 01 de setiembre de 2008, 10:20 horas.

(14) En el campo de las relaciones colectivas de trabajo, las reformas (se refiere a las reformas flexibilizadoras) no solo desmontaron el carácter tuitivo del estado en la regulación de la relación laboral, sino que introdujeron un conjunto de dispositivos que atentaban contra la autonomía de los sindicatos, obstaculizaban la constitución de las federaciones o sindicatos de rama. En paralelo, las reformas en el plano individual jugaron un papel fundamental para inhibir la afiliación de nuevos miembros a los sindicatos. A su vez, las restricciones impuestas al derecho a la huelga (la reducción de su alcance, de las causales y la excesiva burocratización en los procedimientos) ocasionaron que este derecho pierda vigencia e importancia como mecanismos de presión legítima con que cuentan los trabajadores para participar de las utilidades de la empresa. Como consecuencia la negociación colectiva se convirtió en un mecanismo de redistribución y nivelación del ingreso sin mayor trascendencia al interior de la empresa. Cfr. Informe sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales 2004: lo que se debe conocer antes de decidir. El impacto del libre comercio en los derechos humanos en el Perú/ *Op. Cit,* p. 31 en http://www.aprodeh.org.pe/desc/informes.htm

La rigidez que ostentan la legislación laboral y la negociación colectiva ha sido cuestionada como factor que –bajo esta perspectiva- inhibe las inversiones productivas, afecta la productividad y competitividad de las empresas, erosiona los puestos de trabajo en el sector formal de la economía y, en definitiva, impide la adaptación de las empresas a las necesidades del mercado.[15] [16] Frente a ello, ¿Debe desaparecer el Derecho Laboral (y dentro de él, el Derecho Colectivo del Trabajo)? o ¿Debe más bien el Derecho Colectivo del Trabajo convertirse en la herramienta que permita a través de la autonomía colectiva la adaptación de las normas laborales rígidas a nuevas circunstancias en pos de lo más conveniente para el trabajador y el empleador?

Es evidente que si el Derecho del Trabajo buscó desde su origen la protección de la parte más débil de la relación laboral, el Derecho Colectivo del Trabajo no debe sino reafirmar sus bases, principios y normas, puesto que lo contrario implicaría "una vuelta atrás en el tiempo, colocando al hombre como una variable más en los costos productivos". En otras palabras el trabajo volvería a ser la misma mercancía que era hasta el siglo XIX.[17]

En ese orden de ideas, si bien es inadmisible la retirada de normas protectoras de los trabajadores sin que permanezca un núcleo de garantías mínimas, de orden público, y sin que existan mecanismos de canalización y de defensa de sus intereses, como son, por excelencia, los sindicatos y su libertad de actuación, también es necesario precisar que la intervención legislativa no puede darse con tal intensidad que los sindicatos acaben de abdicar de las funciones justificatorias de su existencia.[18]

En todo caso, conviene que, en un sistema de *autonomía máxima y heteronomía limitada*[19] la actuación de la organización colectiva (a través básicamente de la negociación colectiva) permita el establecimiento de un ordenamiento que regule los contenidos de la relación laboral con un adecuado conocimiento de cada realidad productiva y con la intervención de los sujetos protagonistas de las relaciones de trabajo, de tal forma que esta regulación *se oriente no solo a compensar la debilidad contractual del trabajador (siendo*

(15) CARBALLO, César A., "Relaciones entre lo individual, lo colectivo y la seguridad social, En *V Congreso Regional (...) Op. Cit.*, p. 408

(16) A pesar de lo argumentos de quienes propugnan la flexibilidad laboral diversos estudios han concluido que la flexibilidad laboral -mediante la cual se prometió la reducción del desempleo- generó en realidad mayor concentración de riqueza en quienes ostentan la propiedad de los medios de producción, y mayor pobreza en la clase trabajadora puesto que se generó mayor desempleo, cayeron los ingresos, lo cual genera como consecuencia que los salarios no cubran las necesidades básicas. Cfr. MANSUETI, Hugo Roberto,"La flexibilidad laboral" en Normas Legales, Trujillo, Tomo 354, Noviembre, 2005, p. 242-244.
En el mismo sentido en el informe sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales 2004 preparado por APRODEH, se concluye que, en el Perú, las reformas flexibilizadoras no estimularon los mercados de trabajo, profundizando la desconexión entre economía de mercado y "empleo decente", se generó informalidad, estancamiento de los salarios, etc. Cfr. Situación de los derechos económicos, sociales y culturales 2004: lo que se debe conocer antes de decidir. El impacto del libre comercio en los derechos humanos en el Perú/ *Op. Cit.*, p. 34-35 en http://www.aprodeh.org.pe/desc/informes.htm, 09 de agosto de 2008, 11:40 horas.

(17) MANSUETI, Hugo Roberto, "La Flexibilidad Laboral" *Op. Cit.*, p. 247

(18) TEIXEIRA FILHO, Jöao de Lima, "Relaciones entre el derecho individual, el derecho colectivo y la seguridad social", En *V Congreso regional (...) Op. Cit.* p. 418.

(19) SAGARDOY BENGOECHEA, J.A. Y DEL VALLE VILLAR, M. citados por VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo, "Los derechos colectivos en un sistema democrático de relaciones laborales: desarrollo de la alternativa propuesta en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo" En *Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* N° 03, Año 2003, p. 224.

por ello una regulación de niveles y condiciones mínimas) sino a facilitar la disposición de la fuerza de trabajo como recurso productivo, es decir, utilizar el factor trabajo por parte de las empresas en condiciones adecuadas de eficiencia[20].

Lo anterior, además, será nítida expresión del estado social y democrático de derecho reconocido en el artículo 43 de la Constitución Política que a partir del reconocimiento de que todo poder, atribución o función emana del pueblo y de la necesidad de que dicho reconocimiento se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, *"(...) cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa "en la vida política, económica, social y cultural de la Nación"*[21]

No está demás traer a colación las enseñanzas del magisterio de la iglesia sobre la "cuestión social"; así si bien para León XIII en la RERUM NOVARUM resulta ineludible que el derecho como medio al servicio del hombre y como instrumento de los gobiernos establezca la necesidad de un control estatal de la cuestión social[22], para Juan Pablo II en la CENTESSIMUS ANNUS, la regulación de la actividad económica (y dentro de ella el aspecto laboral) *debe estar encausada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza, y, atendiendo al papel decisivo de los sindicatos que contratan condiciones mínimas salariales y de trabajo, la negociación colectiva debe ser reforzada asegurando o, en todo caso, un mínimo vital para el trabajador en paro*[23].

En tercer lugar, y en relación con el reconocimiento de los derechos colectivos como derechos fundamentales de la persona tanto en instrumentos internacionales como en las normas internas de cada país, no podemos olvidar que hoy por hoy constituyen un mínimo indispensable para desarrollar acuerdos comerciales y obran como referencia y exponente del equilibrio en el ámbito del comercio internacional[24].

De esta forma los derechos colectivos trascienden el ámbito de lo estrictamente jurídico para convertirse en variables que pueden ser tomadas en cuenta en la política exterior y la política económica de los diversos países. Inclusive, el respeto, por ejemplo, a los derechos de libertad sindical y negociación colectiva puede realzar los logros de una

(20) VEGA RUIZ María Luz, *La reforma laboral en América Latina: Un análisis comparado,* Oficina Internacional de Trabajo, Lima, 2001, p 52.

(21) Cfr. Exp. N° 4677-2004-PA, 07/12/2005, S1, Fundamento Jurídico &12.

(22) Cfr. LEON XIII, Rerum Novarum en www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/ documents/hf_l-xiii_enc_15051891_**rerum-novarum**_sp.html - 90k, jueves 09 de febrero de 2006, 09:25 a.m.

(23) Cfr. JUAN PABLO II, CENTESSIMUS ANNUS, en http://www.multimedios.org/docs/d000066/, 08 de febrero de 2006, 11:15 horas.

(24) ERMIDA explica que la regulación internacional de los derechos laborales no solo se realiza ahora a través de la forma tradicional o directa a través de reglas generales, como pueden ser los Convenios internacionales o las normas supranacionales de derechos humanos sino también a través de las formas alternativas o indirectas, por ejemplo, a través de los códigos de conducta, los "labels", sellos o marcas distintivas de buena práctica laboral, e incluso de las llamadas cláusulas sociales. estas últimas, pueden ser entendidas como cláusulas de tratados, convenios o cuerdos comerciales, a través de las cuales las partes se comprometen a respetar y eventualmente hacer respetar ciertos derechos sociales, y para el caso de violación de los mismos, pactan la caída de las ventajas que se han reconocido recíprocamente o las que hayan acordado a terceros países, o aún la simple rescisión por incumplimiento de todo el acuerdo. Además de ellas Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar, "Derechos Fundamentales y Comercio Internacional" EN *V Congreso Regional (...) Op. Cit.*, p. 297.

empresa al facilitar la innovación y la flexibilidad de la producción y de la organización, siendo además instrumentos de lucha contra la pobreza y de solución de problemas de distribución que amenazan la estabilidad social. De hecho los países con mejor desarrollo de los sistemas de relaciones laborales presentan mejores resultados en materia de empleo y mejores resultados globales económicos.[25]

4. CONCLUSIONES

Hemos visto pues, algunas cuestiones que permiten reafirmar la vigencia actual del Derecho Colectivo del Trabajo; sin embargo, esta vigencia real y efectiva no será posible sin que se reconozca efectivamente que la mutua imbricación de las diferentes instituciones del derecho colectivo constituye un requisito esencial para la existencia del Derecho de Trabajo.

En ese sentido, surge nuevamente el deber del estado –consagrado en el artículo 28 de la Constitución- no solo de reconocer las instituciones del derecho colectivo sino también de garantizar, fomentar y cautelar su ejercicio a través de todos los cauces legales posibles, allanando el camino para que los sujetos colectivos puedan sin ningún tipo de restricción extraña al propio sistema, resolver sus conflictos de intereses.

Para ello, las relaciones colectivas de trabajo requerirán de "condiciones mínimas que van desde un cierto grado de organización social hasta un clima de libertades públicas. Este mínimo ha sido, sin embargo, difícil de alcanzar de manera uniforme en el Perú debido a numerosas vicisitudes, lo que, sin duda ha generado un clima de inestabilidad social que dificulta la solidez de un sistema estable de relaciones de trabajo" [26] o lo que VILLAVICENCIO califica como un sistema democrático de relaciones laborales[27].

Esta tarea es la que aún está pendiente en el Perú y deberán ser los propios sujetos colectivos y el estado quienes a través del diálogo social, sienten de manera definitiva las bases de un auténtico y efectivo sistema de relaciones laborales.

(25) OIT, "*Su voz en el trabajo*" Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, CIT, 2000.
(26) VEGA RUIZ María Luz, *Op. Cit.* 52-53
(27) De acuerdo con Villavicencio un sistema democrático de relaciones laborales implica la presencia gravitante de la autonomía colectiva, como la institución en la que se expresa el papel preponderante que deben tener las representaciones de trabajadores y empleadores para autorregular sus intereses contrapuestos. Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, "Los derechos colectivos en un sistema democrático de relaciones laborales" En *Laborem*, *Op. Cit.* p. 224.

"LOS DESAFÍOS DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL SIGLO XXI EN EL PERÚ"

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ[1]

Los últimos acontecimientos que se refieren fundamentalmente a los problemas económicos de los países latinoamericanos en el proceso de globalización de la economía, nos exige reflexionar sobre el significado de los derechos colectivos como parte sustancial de las relaciones de trabajo en un mundo competitivo. En ese sentido, el objeto de esta ponencia, cumpliendo las reglas de la convocatoria, es examinar los principales desafíos de los derechos colectivos en una sociedad como la peruana, en un contexto de cambios económicos, sociales y políticos en el presente siglo.

El tema, en conjunto con los otros para el III Congreso, es muy importante y de gran interés en estos años, puesto que los cambios en materia laboral, especialmente en los derechos colectivos, han sido muy intensos. En Europa y América Latina se han desarrollado normas jurídicas que están siendo incorporadas al Derecho nacional de los Estados miembros. Estos cambios, producen efectos sobre determinados aspectos del sistema laboral de cada país, lo cual obviamente introduce nuevos elementos que tienden a modificar o conservar la situación imperante. Como se sabe también, el Perú comenzó en los años 90 un proceso de ajuste macroeconómico, que significó profundos y serios cambios en su normatividad laboral.

Por ello, desarrollaremos el tema de la siguiente manera: partiremos analizando los desafíos permanentes (1), luego abordamos cuáles son los desafíos actualmente(2); asimismo, trataremos los medios de autodefensa de los trabajadores para encarar los desafíos (3) y terminaremos con algunas conclusiones (4).

(1) Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, actual Especialista de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República del Perú.

1. LOS DESAFÍOS PERMANENTES

Comenzaremos por exponer en forma breve los desafíos permanentes de los derechos colectivos a través de dos temas específicos.

1. La conflictividad laboral

El mundo laboral se caracteriza por una relación en permanente conflicto entre empleadores y trabajadores; un conflicto que por momentos es muy agudo y por otros, se atenúa, pero que siempre es evidente. Esto radica en la contraposición de los intereses económicos de cada grupo, así como en su diferencia en la empresa[2]. Y sus intereses son opuestos porque, por un lado, los empresarios tienen como móvil -casi absoluto- la obtención de la mayor cantidad posible de beneficios, que tratan de lograr principalmente, con la prolongación del tiempo de trabajo o la intensificación de la labor; mientras, que por otro lado, los trabajadores buscan una disminución de la jornada, un ritmo de trabajo más benigno y remuneraciones más elevadas.

Pese al progreso de la normatividad laboral en el mundo, alcanzado gracias a la presión sindical, es innegable la desigualdad entre empleadores y trabajadores: "se articula en torno a un centro de poder, sustentado en el control del capital"[3], al amparo del ordenamiento jurídico de un país. Dentro de este esquema estructural, es normal que la conflictividad haya persistido y tenga que continuar. No obstante, puede afirmarse que los conflictos de trabajo expresan "juegos de poder"[4], como señala Denis Sulmont[5]: " las relaciones de poder no son relaciones de pura dependencia ni de puro enfrentamiento". Expresan una interacción asimétrica entre la dirección hegemónica de la empresa y sus sectores dominados, en la que ambas partes persiguen objetivos estratégicos, se enfrentan y negocian.

Este aspecto en las relaciones laborales ha sido ampliamente debatido, así Thomas Schelling analiza la negociación explícita e implícita, en la que si uno gana el otro pierde y viceversa[6]. También Robert Axelrod[7] insiste en demostrar que aunque la cooperación sea difícil y no represente la primera opción, es posible alcanzarla y conservarla como modo de operación en los intercambios en un mundo de egoístas no sometidos a un Leviatán[8].

(2) Desde Max Weber a Charles Perrow, el conflicto entre grupos es un hecho de la vida organizacional en una sociedad. Charles Perrow señala que "los conflictos más importantes son aquellos que implican grupos, puesto que los grupos pueden movilizar más recursos, ostentar lealtades..." (Charles Perrow, Sociología de las Organizaciones, Mc Graw-Hill, México, 1991, pág.160).

(3) Denis Sulmont, La Empresa: una mirada sociológica, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pág.39.

(4) Michel Crozier y Erhart Friedberg, El autor y el sistema: las restricciones a la acción colectiva, Alianza Editorial, México, 1997. Los autores desarrollan el concepto del poder desde el punto de vista de los actores. Para ello parten de una definición simple del poder como "posibilidad de actuar sobre otros individuos o grupos"; es decir, siempre el poder se expresa en una relación entre los actores sociales en una lógica instrumental y no como atributo de estos.

(5) Denis Sulmont, Ob.cit., pág.40

(6) Thomas Schelling, Un ensayo sobre la negociación, en La Estrategia del Conflicto, Ed.Tecnos, Madrid, 1964, pág.35-69.

(7) Robert Axelrod, El problema de la cooperación, en La evolución de la cooperación: el dilema del prisionero y la teoría de los juegos, Alianza Editorial, Madrid, 1986, Pág.15-34.

(8) Thomas Hobbes sostiene que "mientras los hombres vivan sin ningún poder común que los atemoricen, se encuentran en la condición que llamamos guerra y esta es de todo hombre contra todo hombre..." (Thomas Hobbes, Leviathan, Penguin Books, London, 1968, Pág.184).

Las relaciones jurídicas de trabajo se desarrollan bajo determinados principios, se ubican en un momento determinado y producen una serie de efectos hasta que se extinguen. Normalmente, estas relaciones se cumplen en la medida prevista por ambas partes de la relación laboral y de acuerdo a las prescripciones legales establecidas. Si eso es así, no podemos hablar de anomalías ni alteraciones, el orden jurídico individual y colectivo no se rompe[9].En ese marco, aunque el conflicto laboral y sus consiguientes contiendas se manifiestan individualizadamente; lo cierto es que - por lo menos paralelamente - influyen en este conflicto las tradicionales nociones del capital y el trabajo, a tal grado que, de alguna manera, limita la autonomía de la voluntad. Mark Granovetter demostró, hace años, que el comportamiento económico está incrustado en las relaciones sociales[10].

2. ¿Intereses colectivos antagónicos?

Mientras el derecho a la asociación profesional no estuvo reconocido por la ley, las organizaciones sindicales[11] representativas de trabajadores debieron vivir al margen del derecho y los conflictos laborales colectivos tuvieron carácter de delitos, penado por el Código Penal. Es por eso, que solo se admitían los conflictos laborales suscitados en torno a la interpretación o aplicación de un contrato individual de trabajo - encajando con el marco jurídico del sistema liberal reinante - pues no era más que la consecuencia de una divergencia de carácter contractual entre las partes ligadas por la relación jurídica. La aceptación y reconocimiento por los Estados fue generada por el fortalecimiento de los sindicatos.

Es decir, en ese contexto, surge un nuevo tipo de conflicto laboral - donde ya no juegan solamente los intereses individuales de las partes sujetas a una relación contractual de trabajo - sino que implica la existencia de instituciones como parte de las reglas de juego de una sociedad o restricciones inventadas por los seres humanos para estructurar la interacción entre los individuos[12]. Dichos conflictos adquieren un carácter colectivo de manera que laboralmente puede definirse, en sentido amplio, como la tensión concreta entre trabajadores y empleadores, en cuanto a factores de producción, debido justamente a la defensa de intereses colectivos antagónicos en el proceso productivo.

De esto modo, el conflicto colectivo es aquel que formaliza la situación conflictiva, mediante una relación de litigio establecida entre una colectividad homogénea de trabajadores y una empresa o grupo de empresas que tengan como materia y objeto propio intereses comunes a la categoría profesional. "Será así colectivo todo conflicto de trabajo, cualquiera

(9) Orden Jurídico como regulación de los actores sociales para la solución de los conflictos en sus relaciones mutuas. Reynaud llama a esto "regulación de control" por ser impuesta por la autoridad formal, como todo orden jurídico. Pero lo sugerente en el autor es la "regulación conjunta" que surge de un proceso de transacción entre las partes (Jean - Daniel Reynaud, *Les Regles du Jeu, L'action Colletive et la Regulation Sociale*, Armand Colin, París, 1993).

(10) Mark Granovetter, Acción económica y estructura social: el problema de la incrustación, en *American Journal Of Sociology*, Vol.91, No.3, noviembre 1985, pág.481-510.

(11) Organizaciones como unidades sociales o agrupaciones humanas deliberadamente construidas o reconstruidas para alcanzar fines específicos (Amitai Etzioni, Organizaciones Modernas, Ed. Limusa, México, 1991).

(12) Estas reglas pueden ser formales (leyes, derechos consuetudinarios, regulaciones), las restricciones informales (convenciones, normas de comportamiento y códigos de conducta) y las características de imposición de ambos. Ver North Douglass, Instituciones, Cambio Institucional y desempeño económico, FCE, México, 1995).

que sea el número de contendientes y la naturaleza de los intereses afectados que sea asumido y tratado como tal, gestionado en definitiva por un sindicato u otro órgano de representación unitaria de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo"[13]. La huelga es, sin lugar a dudas, el conflicto que alcanza mayor significación dentro de los conflictos colectivos promovidos por los trabajadores. Por eso, coincidimos con quienes sostienen que la huelga es, al mismo tiempo, un conflicto laboral y una manera de solucionarlo y "que en definitiva la huelga tiene esta trivalencia de ser medio de acción sindical o gremial, el principal de los conflictos colectivos y, al mismo tiempo, uno de los medios de solución del conflicto colectivo"[14]. Antonio Baylos señala que "la huelga hoy se ha integrado en la cotidianidad de un sistema democrático, cuestión ciertamente muy saludable..."[15].

En términos históricos, en el Perú, desde fines del siglo XIX, los trabajadores artesanales como panaderos, textiles, tipógrafos y portuarios realizaron importantes manifestaciones de protesta para tratar de conseguir condiciones de trabajo. Así, la manifestación de 1896 en la fábrica de Vitarte fue el primer gran conflicto[16]. Este fue un hecho casi aislado puesto que el contexto general estaba marcado por el peso de la agricultura. "La agricultura intensiva en mano de obra del período feudal, fue entonces reemplazada por la ganadería moderna, que utilizaba poca mano de obra y se guiaba por criterios de producción para el mercado". No obstante, "ya desde 1850, pero más claramente desde la época de la primera guerra mundial, hubo rasgos de capitalismo en las haciendas..."[17].

Así, con el nacimiento del capitalismo en el Perú también empezaron a surgir mecanismos de formación de los trabajadores a través de diferentes medios que existían entonces. De esta manera, surgieron las sociedades mutuas con el propósito de protegerse de los riesgos del trabajo capitalista, en tanto que no existía ningún medio de seguro social y menos seguridad social, también con el objetivo político de tener una organización que los represente en sus luchas. Entonces el Perú no ha sido ajeno al nacimiento y a la evolución de los sindicatos, de la negociación colectiva y del fenómeno de la huelga. En efecto, a inicios del siglo pasado, el Perú pasó por una reestructuración capitalista tanto en el plano social como en el económico con el ingreso de las "unidades de producción con gran concentración de capital (...) Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido en Europa, esta gran producción capitalista no ingresó primero a la industria, sino que se introdujo fundamentalmente en la minería y en la agricultura, actividades en las cuales se generaría entonces una elevada concentración de fuerzas de trabajo..."[18].

En 1913 se produce un primer intento por controlar las huelgas en el marco del tratamiento legal, así se expidió la norma de reglamentación de la huelga siendo la primera norma

(13) Carlos Palomeque López, Derecho Sindical Español, Ed.Tecnos, Madrid, 1988, pág.202-204.
(14) Oscar Ermida Uriarte, Apuntes sobre la huelga, en Derecho Colectivo del Trabajo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, pág.242.
(15) Antonio Baylos, Controles Institucionales al ejercicio del derecho de huelga, en Gaceta Sindical, Madrid, Setiembre 1981, pág.57.
(16) Al respecto, ver Denis Sulmont, El movimiento obrero peruano: 1890 – 1980, reseña histórica, Ed. Tarea, 4ta edición, 1984.
(17) Carlos Contreras, El aprendizaje del capitalismo: estudios de historia económica y social del Perú Republicano, Ed. IEP, 2004, pág. 39.
(18) Ernesto Yepes Del Castillo, Perú, 1820-1920: un siglo de desarrollo capitalista?, Lima, IEP y Campodónico ediciones, 1972, pág. 207 - 208.

de Derecho Colectivo en el Perú. Ese año, en especial, existía un contexto excepcional[19]: Guillermo Billinghurst gobernaba el país en medio de una crisis económica caracterizada por el alza de precios y escasez de productos de primera necesidad, debido a que la agricultura se había concentrado en responder las demandas del mercado internacional. Estas condiciones, unidas al crecimiento del movimiento obrero, hicieron necesario controlar los conflictos laborales legalmente. De este modo, los trabajadores portuarios lograron el establecimiento de la jornada de ocho horas mediante la Resolución Suprema del 10 de enero de 1913, hecho que narra en detalle Basadre[20]. Y el gobierno de José Pardo expidió el Decreto Supremo del 15 de enero de 1919, estableciendo la jornada de ocho horas a nivel nacional. De esta manera surgieron las organizaciones sindicales sin el reconocimiento legal hasta el año de 1961 en donde el Estado reconoció de manera explícita con el Decreto Supremo 009 del 3 de mayo de 1961.

2. ¿ACTUALMENTE CUÁLES SON LOS DESAFÍOS?

Las últimas décadas se revelan totalmente distintas a las anteriores, de manera tal que han conformado un "panorama mundial de dificultades para los sindicatos y a nivel nacional de debilitamiento de las instituciones, como son las organizaciones sindicales[21]. Por eso, creemos importante exponer en este punto, cuáles son los desafíos que afectaron y afectan a los derechos colectivos en general y específicamente en el caso peruano. Veamos.

1. La globalización de la economía

Los cambios en las dos últimas décadas se extienden a todas las esferas de la vida humana[22]; especialmente en la evolución tecnológica como en el campo electrónico, en las comunicaciones y en el trasporte: hoy en día, es posible comunicarnos en tiempo real, gracias a los avances de las telecomunicaciones que posibilitan las vinculaciones entre economías y sistemas financieros nacionales e internacionales. Como efecto de ello, se producen los movimientos masivos de capital y de todo tipo de recursos externos a los que tienen acceso los sectores privados. De esta manera, el mundo entero se convierte paulatinamente en un mercado común, en el que el tránsito de mercaderías es cada vez más importante. Este es el fenómeno que ahora se denomina globalización[23], como un nuevo orden político, social, cultural y económico.

(19) Al respecto, ver el testimonio de Julio Portocarrero, protagonista de las primeras luchas obreras y organizador de sindicatos. Julio Portocarrero, Sindicalismo Peruano: primera etapa 1911 - 1930, Ed. Gráfica Labor, Lima, 1987.
(20) Jorge Basadre, Historia de la República, Tomo VII, pág. 3702.
(21) En ese sentido, es interesante observar cómo en Europa los sindicatos están adaptándose al nuevo y más hostil entorno de los años 90. Al respecto, ver la obra Estrategias Sindicales en Europa: Convergencias o divergencias, Mike Rigby y Rafael Serrano Del Rosal (coords), CES, Madrid, 1997.
(22) Ver Vicente Santuc Laborde, "La Nueva Sociedad Mundial: antecedentes, naturaleza, consecuencias, perspectivas", en Estudios Sociales, año XXVI, número 91, Lima, enero-marzo 1993. Determinadas corrientes plantean la revisión radical de la teoría social contemporánea y cuestionan a los autores que fijaron para la sociología moderna los principales marcos de referencia: Marx. Durkheim y Weber. Un análisis de las ideas sociológicas de los tres autores puede verse en la obra de Anthony Giddens, Capitalismo y la moderna teoría social, Ed. Idea universitaria, Barcelona, 1998.
(23) En efecto, la globalización es, sin lugar a dudas, el gran tema de los tiempos que corren. Casi todos los ámbitos del quehacer humano parecieran no solo formar parte inamovible y constitutiva del proceso de globalización, sino, además, ser el resultado directo o indirecto del mismo.

Como señala Jean Bunel, la crisis económica de fines de los 70 y acentuada en los 80, "hizo doblar las campanas de las políticas keynesianas"[24], es decir, de la acción estatal que gestionaba directamente la fuerza de trabajo mediante el marco jurídico y legal que establecía, de la intervención en el control de los sindicatos y organizaciones sociales, de políticas populistas, etc. El paradigma keynesiano se centró en la demanda y el salario: propuso estimular el capital a través del gasto público con efecto multiplicador en el consumo, mediante la creación de empleos y niveles salariales.[25] Estos cambios tuvieron lugar al mismo tiempo que el proceso de globalización, que afectó el funcionamiento de los Estados, las empresas y los sindicatos.

Se argumentaba que el Estado genera gastos improductivos; por ello, el planteamiento era regresar a un Estado que garantice el libre mercado, "la universalización de las leyes económicas, la exigencia de la internacionalización de las economías para la modernización de las sociedades"[26] y el libre juego de las leyes de la competencia. Se buscó reducir la intervención del Estado en lo referente a la producción de normas que protejan a los trabajadores[27]. Así, el debate entre liberalismo y proteccionismo se planteó bajo nuevos términos. En materia laboral, en América Latina "el nuevo contexto económico mundial de comercio y competitividad internacional de introducción de nuevas tecnologías y de nuevas formas de producción en el ámbito nacional, así como de predominio de ideas neoliberales, la regulación de las relaciones laborales se ha ido abriendo a nuevas corrientes doctrinales, aunque el debate entre garantismo y flexibilidad perdura"[28].

En efecto, en estos años, se plantearon opciones para flexibilizar la producción como la relación salarial[29] y la flexibilidad laboral (externa e interna) como la revisión de las normas tendientes a una fuerte reducción de los niveles de protección para que las condiciones de trabajo se fijen a través de normas heterónomas. "Una drástica reducción de niveles de protección legal, e incluso colectiva, con supresión de normas, para conseguir que las condiciones de trabajo se fijen con el libre acuerdo de las partes, retornando al juego del mercado de trabajo. En el fondo, lo que late en la desregulación es un deseo de volver a los orígenes, de retorno a los viejos dogmas de la doctrina liberal pura;(...) la desregulación supone poner en duda los principios mismos del Derecho del Trabajo. La desregulación requiere en alguna medida, y de forma paradójica la intervención estatal, a través de las leyes que se limiten a asegurar el libre juego de la autonomía individual..."[30]. La flexibilización, históricamente,

(24) Jean Bunel, El Sindicalismo sometido a la prueba de la flexibilidad, en Fernando Valdés Dal-Ré (Coord), Sindicalismo y cambios sociales, Madrid: Consejo Económico y Social, 1994, pág. 39.
(25) John M. Keynes, Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero, Ed.Fondo de Cultura Económica, México.
(26) Oscar Ugarteche, El falso dilema, América Latina en la economía global, Lima: Fundación Friedrich Ebert-FES, 1997, pág. 20.
(27) Al respecto ver el libro de Antonio Martín Artiles, Flexibilidad y relaciones laborales, Madrid: Consejo Económico y Social, 1995.
(28) Marleen Rueda-Catry, Juan Manuel Sepúlveda-Malbrán y María Luz Vega-Ruiz, "Estudio comparado: Tendencias y contenidos de la negociación colectiva: Fortalecimiento de las organizaciones sindicales de los países andinos", Documento de la Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 1998, pág.11.
(29) Según el interesante estudio dirigido por Robert Boyer, *La fléxibilité du Travail en Europe*, Edition La Découverte, Paris,1996; y el trabajo de Y.F. LIVIAN, *Organisation*, Dunod, Paris,1998.
(30) Ángel Blasco Pellicer, La individualización de las relaciones laborales, Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, Pág. 31 y 32.

se comenzó a aplicar mediante reformas laborales con "dictaduras militares en el cono sur en los años setenta..."[31].

En el Perú, en un contexto en el que "el sindicalismo de los 90 atraviesa una crisis ideológica y organizativa[32], la segmentación del mercado de trabajo tuvo consecuencias serias para la organización sindical en torno a su ejercicio pleno. De 1990 a la actualidad, el número de huelgas ha caído en un 90.5%, mientras que los trabajadores comprendidos se ha reducido en un 93.3% y las horas hombre perdidas en 97.9%. De este modo, tenemos que a junio del 2007 de la población económicamente activa urbana a nivel nacional (PEA) solo el 3.43% de trabajadores del sector privado estaban sindicalizados, mientras que el 6.86% del sector público lo estaban mientras que los no sindicalizados llegaban al 89.71% y no tenían ninguna posibilidad de negociar con sus empleadores.

2. Los bloques regionales y los tratados de libre comercio

La globalización de la economía y la liberación de los mercados nacionales, han obligado a que las antiguas alianzas estratégicas de países de distintas regiones, en distintos momentos, busquen fortalecer los esquemas de integración existentes. Así surgió la tríada que señala Castells con los bloques norteamericano, europeo y asiático[33].

Es preciso indicar que, por definición, toda integración es un proceso a largo plazo y sus efectos deben medirse en el tiempo y en permanente contraste con los objetivos generales del proceso y de la forma en que los países miembros afrontan su inserción en la economía internacional. Esto último es de vital importancia para evaluar los logros en torno al reconocimiento de los derechos laborales y la participación de trabajadores organizados como parte de los derechos sociales. En todas las experiencias mencionadas, lo económico ha prevalecido sobre lo social, pues este era simplemente, al inicio, un instrumento para alcanzar los fines del mercado común. Eso generó una contradicción grave: lo social reflejado en la exclusión de las mayorías y evidenciando los desequilibrios, que tiene a los procesos de apertura implementados como agravante.

El panorama socio-económico generó una crisis en la conciencia de los trabajadores, sostenida por la cada vez más variada fuerza de trabajo, la temporalidad y subcontratación, que tuvo participación directa en la estructura de clases distintas, dispersa objetivos, vivencias y problemáticas en el corazón de los trabajadores, quebrando la unión sindical que permitió tantos logros al movimiento obrero en la era industrial. Quiere decir, que al lado de los valores y motivaciones que impulsaron la lucha sindical del siglo pasado, se unen nuevas formas de empleo, que junto con la diferenciación de categorías entre trabajadores, marcan la marcha del sindicalismo. Es decir, la globalización de los procesos de integración regional, tienen influencia en este sentido.

Por ello, paulatinamente se fue reconociendo el tema social con la denominación de "cláusula social" como "restricciones comerciales, a los países que contravengan ciertas

(31) Enrique De La Garza Toledo, La Flexibilidad del Trabajo en América Latina, en la Revista Latino-americana de Estudios do trabalho, año 3, No.5, 1997, pág.129.
(32) Carmen Rosa Balbi, "Sindicalismo y Flexibilización del Mercado de Trabajo en el Perú", en Revista Debates en Sociología, No. 19, Lima, 1995, Pág. 91.
(33) Asistimos a un choque de proyectos hegemónicos: un proyecto económico y militar de EU con un dólar en crisis y una UE con un euro fuerte y economía predominantemente financiera.

normas o derechos laborales básicos, en el comercio internacional"[34]. En 1989, el Consejo Europeo de ese momento, adoptó la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales que constituye un verdadero código básico en materia de derechos laborales para los países que integran la UE. En marzo de 1995, Copenhague recibió a dirigentes de 115 países para la Cumbre Mundial de Naciones Unidas sobre Desarrollo Social conocida como la "Cumbre Social". La reunión permitió, por primera vez, debatir los problemas sociales, llegando a la conclusión de que la economía global tiene que tener una dimensión social.

Así, los derechos básicos de los trabajadores pueden vincularse con la liberación del comercio a través de la cláusula sobre los derechos de los trabajadores ("Cláusula Social"). Estas normas concentran una reducida lista de derechos laborales fundamentales, están diseñados para prevenir la represión, la discriminación, el trabajo infantil y el forzoso; son derechos básicos que todos los países -sin importar su nivel de desarrollo- deben cumplir como exigencia mínima de democracia y respeto a los derechos humanos[35]. Vale decir, que fueron los trabajadores organizados los que determinaron la vigencia de las cláusulas sociales en los Tratados de Integración, en materia de reconocimiento de sus derechos básicos, derechos individuales, así como la libertad sindical y negociación colectiva, la abolición del trabajo forzoso, la no discriminación en el empleo, la erradicación del trabajo infantil, etc.

En cuanto a los Tratados de Libre Comercio (TLC), hay problemas en nuestro país que se pueden agravar con su implemementación: el problema de fondo es la existencia de asimetrías como la capacitación de los trabajadores. En general, las experiencias en América Latina no son buenas como es el caso de Chile y México (que tiene un TLC hace ya más de 15 años) que muestran que si bien el TLC generó en ambos casos impactos positivos macroeconómicos, estos son pequeños o temporales. Por otro lado, existe evolución económica sin TLC, como es el caso de Costa Rica que se muestra sólida y estable. Concretamente el capítulo laboral del mencionado TLC contempla cuatro derechos fundamentales: la sindicalización y la negociación colectiva, contra el trabajo forzoso, derechos contra la discriminación; finalmente, la prohibición del trabajo infantil.

3. LOS MEDIOS DE AUTODEFENSA PARA ENCARAR LOS DESAFÍOS

Un elemento fundamental que afecta los derechos colectivos en el mundo y particularmente en América Latina es el contexto socio-económico presente en todos los países que se vieron forzados a profundas reformas económicas. No obstante, los trabajadores tienen mecanismos de lucha como medios de autodefensa. Veamos.

1. ANTE LA GLOBALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA

En medio de los grandes cambios que provocó la globalización de la economía, los trabajadores han destinado invalorables esfuerzos para enfrentar esos retos y adaptarse a las circunstancias actuales. Como señalamos, el sindicalismo nació conjuntamente con el desa-

(34) Alberto López Valcárcel, "Seguridad y Salud en el trabajo en el marco de la globalización de la economía", documento de la Oficina Regional de la OIT, Lima, marzo 1996, pág. 7.

(35) Ver documento "La lucha en favor de los derechos humanos de los trabajadores y trabajadoras en la economía global" de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales (CIOSL), Bruselas, 1998.

rrollo de la sociedad industrial, en la que el Estado era el principal centro de poder decisorio y el modelo de producción, posteriormente se consolidó con el sistema taylorista - fordista.

El sindicalismo actual se desenvuelve en un contexto radicalmente diferente: la globalización de la economía[36]. El nuevo contexto socio - económico provocó una crisis en el movimiento obrero, fundamentado sobre todo en una cada vez más heterogénea fuerza de trabajo, que diluye objetivos, vivencias y problemáticas en el seno de los trabajadores, rompiendo la unidad sindical que fue la táctica del movimiento obrero en la era industrial. Además, las empresas transnacionales tienen la posibilidad de mudarse a otro lugar, sin necesidad de perder sus conexiones con el mercado o con la red de producción[37]. De este modo, tanto si utiliza la automatización para sustituir la mano de obra, como si obtiene concesiones bajo la amenaza de automatizarse o cambiar la empresa de lugar, "el capital se sirve de las nuevas tecnologías para liberarse de los límites impuestos por las organizaciones laborales"[38].

Esto llevó al sindicalismo, en las últimas décadas, a cambiar la concepción sobre la regulación de las relaciones laborales: "La visión de dos partes enfrentadas, empresarios y trabajadores, llamadas a la confrontación y al conflicto, sin más remedio que la intervención del Estado para reglamentar sus intereses, se ha quebrado ante un cambio de actitudes fundamentadas en el respeto al diálogo social y a la negociación. Ello ha desembocado en que sean los propios agentes sociales los conductores de sus relaciones y los que determinen la configuración de sus intereses económicos y sociales con la intervención, en ocasiones, de la administración"[39]. En efecto, una voluntad de intercambio de informaciones y de propuestas orientadas a asumir la regulación de las relaciones laborales ha servido de base para entablar un diálogo social entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios, extensivo, además, a los poderes públicos. La adopción de acuerdos, de carácter tripartito, en los que el gobierno participa como sujeto activo con los agentes sociales, para adoptar decisiones en el ámbito de la política social y de las relaciones laborales, se denomina concertación social.

En esa transición entre una sociedad industrial y una nueva etapa con la inclusión de la tecnología en la producción, los sindicatos tienen el reto de modificar sus estrategias, tanto como sus metas, de manera que puedan atender a otros colectivos (desde la diversidad existente en la escena laboral actual) y no solo en términos cuantitativos (salarios, jornada laboral, etc.) sino en un plano cualitativo, con mayor énfasis en los nuevos valores emergentes en nuestra sociedad.

Por otro lado, hay otro sector también que es importante: el sector informal, y aquí es importante la extensión del Derecho del Trabajo. En esto hay experiencias que ya se están dando en Europa, específicamente en Francia, España, Italia, en donde las mismas organizaciones sindicales se han visto desbordadas, porque se obligaron ellos mismos, a incorporar

(36) Una visión panorámica del sindicalismo en ese nuevo contexto en Beethoven Herrera, El sindicalismo en el milenio de la globalización, Lima, OIT, 2001.

(37) En cuanto a la relación de la organización sindical con las transnacionales ver Hilda Sánchez, Flujos internacionales de capital, empresas multinacionales: una perspectiva sindical, OIT, Lima, 2001.

(38) Manuel Castells, La ciudad informacional: Tecnologías de la información, reestructuración económica y el proceso urbano regional, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pág. 60.

(39) Carmen Moreno de Toro, Diálogo y concertación social, en Ley General del Trabajo:concertando voluntades, una experiencia de diálogo social, Comisión de Trabajo del Congreso de la República, Lima, 2006, pág. 163.

trabajadores autónomos, a representar a los trabajadores informales, a los trabajadores que se generan su propio empleo. Y eso francamente no solo es novedad, sino es la perspectiva que puede tener el Derecho del Trabajo, pues se extiende su rol y su ámbito. En ese sentido, también puede aminorar algunas consecuencias negativas de la globalización. De esta manera, los sin trabajo, los trabajadores informales puedan participar en las organizaciones sindicales en tanto estos vienen planteando hace años reducir la jornada laboral, justamente con la idea que estos trabajadores que no tienen empleo participen en completar las jornadas que se dejarían de trabajar. Es decir, reducir la jornada laboral, pero reducir no solo para que puedan ellos descansar, la idea es que sea política de empleo: reducir para trabajar más, reducir para que otros tengan posibilidades de trabajar. Así, en Italia, los sindicalistas se plantearon desde 1998, en el XII Congreso de la Central Obrera, "*lavorare meno per lavorare tutti*".

Asimismo, los sindicatos están trasladando su influencia a niveles internacionales, regionales y locales, de forma que obtienen resultados concretos partiendo desde la labor sindical. Se busca que el sindicato goce de los mismos derechos supranacionales que tiene el capital, de forma que pueda nivelar la balanza de poder e influencia. La respuesta sindical de este nuevo contexto, pasa por ampliar sus preocupaciones -como hemos señalado- para intervenir en la gestión de la producción, la economía internacional, las nuevas realidades mundiales, con un interés no solo en un núcleo marginal de trabajadores estables, sino en la gran mayoría de trabajadores no estables. La novedad en este aspecto son las negociaciones supranacionales, por ejemplo en Europa la organización sindical europea está negociando a nivel de la Unión y eso hace que países de menor desarrollo sindical puedan también tener mejores derechos, mejores posibilidades.

Por otro lado, el sindicalismo actual se plantea alternativas en un plano político de concertación social, tanto a nivel local como internacional. Concertación social que consiste en un intercambio político entre los actores de las relaciones laborales que garantice el equilibrio neokeysiano. Vale decir, el Estado debe eliminar las desigualdades, el sindicato tutelar a los sectores laborales más desprotegidos y los empleadores sostienen las reivindicaciones de la empresa. En ese sentido, los sindicatos no descartan soluciones negociadas y acuerdos tripartitos.

Para los países latinoamericanos, y en especial, para el Perú, mientras sigamos en un proceso de transición a la democracia social - que pueda legitimar el rol y representativita de los actores colectivos en el sistema de relaciones laborales- tiene mucho sentido plantear esta estrategia de concertación social. En ese aspecto, es importante remarcar lo dicho por Federico Durán durante su discurso de instalación de la Cumbre Presidencial Andina, en el que señaló de forma contundente que "la concertación, el tripartismo son instrumentos que contribuyen a consolidar la democracia en nuestros países y a crear una nueva cultura de las relaciones laborales"[40].

Finalmente, frente a la globalización económica, los sindicatos y otras organizaciones participan activamente en manifestaciones internacionales antineoliberales como en Seattle, Niza, Nápoles, Porto Alegre. Es decir, la respuesta más visible en estas circunstancias ha

(40) Palabras de Federico Durán López, Presidente del Consejo Económico y Social de España, en la instalación de la Reunión Conjunta de los Consejos Consultivos Laboral y Empresarial Andinos, en Cartagena de Indias, 23 y 24 de mayo de 1999.

sido el surgimiento de movimientos antiglobalización, bajo la consigna de "otro mundo es posible".

2. Ante los bloques regionales y los tratados de libre comercio

Podemos hablar, en el caso de los bloques regionales como grandes mercados que se manifiestan en la libre circulación de mercaderías, capitales y trabajadores provenientes de los Estados que lo componen, los que, se encuentran obligados a dejarlos entrar a sus territorios sin restricciones distintas de las que imponen a sus propias mercaderías, capitales y trabajadores.

En América Latina el MERCOSUR, como mecanismo de integración económica conformado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, desde marzo de 1991, ha ido ganando espacio político y económico, especialmente en su zona de influencia. Como indica Rodolfo Capón Filas "la integración regional del MERCOSUR es un modo inteligente de responder a la globalización..."[41]. Por su parte. Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela (que ha renunciado), conforman la Comunidad Andina que 1990 estableció las acciones necesarias para profundizar la integración con miras a configurar un mercado común, zona de libre comercio, armonizar las políticas económicas, liberalizar la circulación de capitales, personas y servicios, integración física y fronteriza. Aunque dicho proceso está en stand by debido a la situación política interna de muchos de sus miembros y de la situación entre los países miembros.

Es por esto que, actualmente -en medio de estas contradicciones y dificultades- los trabajadores se esfuerzan para que los derechos laborales sean un tema discutido e integrante de los Tratados de Integración Regional. Para los trabajadores, la integración representa parte de su propia aspiración histórica como organización que busca fortalecer la solidaridad. Esto quedo plasmado en llamado del Manifiesto de 1848 "proletarios de todos los países, uníos". Así, las centrales sindicales de los países miembros de un bloque, están obligadas a actuar en perspectiva regional, superando las diferencias en que la integración las coloca como contradicción al interior de cada movimiento sindical. De este modo, podemos mencionar el trabajo de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), la Confederación Europea de Sindicatos (CES) y la Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur (CCSCS) que buscan garantizar la participación de los trabajadores del MERCOSUR, UE, respectivamente.

Aunque, debemos señalar que la participación real de los trabajadores[42], en los procesos de integración, aún no sale del contexto de comités de carácter consultivo como capacidad de emitir dictámenes. Así tenemos: el Comité Consultivo Interprofesional de la UE, formado por delegaciones tripartitas de representante de empresarios, sindicatos y gobiernos, para la articulación del llamado diálogo social de Val Duchesse[43] a través del

(41) Rodolfo Capón Filas, Integración y Derecho del Trabajo, Ed. Trabajo y Utopía, Buenos Aires, junio 1998, pág. 42.

(42) Igualmente la participación ciudadana, como bien señala Peter Drucker: "hay que restaurar también la responsabilidad civil, que es la señal de ciudadanía, el orgullo cívico, que es señal de comunidad. Sin ello, la democracia en el mundo enfrentará tiempos complejos" (Entrevista en la Revista Debate, Vol. XVI, Lima, julio-agosto, 1994, Nro. 78).

(43) El diálogo social de Val-Duchesse, localidad próxima a Bruselas, se aprobó con la participación de la CES, la UNICE y el CEEP y el procedimiento seguido logró múltiples dictámenes

Comité del Diálogo Social integrados a su vez por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Industrias de la Comunidad Europea (UNICE) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

El MERCOSUR cuenta con el Foro Consultivo, que tiene como partida de nacimiento el Protocolo de Ouro Preto, constituye un órgano de representación de los sectores económicos y sociales y está vigente desde 26 de junio de 1996. Las centrales sindicales lograron una actuación importante tanto en sus países respectivos como en el Foro Consultivo con una perspectiva de carácter regional: en diciembre de 1997, por primera vez, las centrales sindicales de los cuatro países del MERCOSUR realizaron demostraciones y marchas públicas enarbolando criterios para el mejor desarrollo del mismo, convencidos de que no será posible avanzar en el proceso de integración sin atender a su dimensión humana. Y la Comunidad Andina cuenta con un Consejo Consultivo Laboral que fue creado en enero de 1983, mediante la Decisión 176, integrado por delegados de las organizaciones representativas del sector laboral de cada país miembro de la CA[44], y cuenta con la Carta Social Andina, adoptada en 1994, en donde se aprueba reconocer un conjunto de derechos del trabajador andino como el libre tránsito por el territorio de los países de la subregión y constituir organizaciones sindicales.

Finalmente, en el país en cuanto al TLC que ya está aprobado, se debe rescatar la posibilidad de convertir en instrumento jurídico, el cumplimiento y la garantía de los derechos laborales mínimos mencionados en el TLC. En efecto, en este capítulo, lo que hace es plantear el respeto de los derechos básicos, derechos que ya vienen desde 1919 con la creación de la OIT.

3. Diálogo social, autorregulación y normas autónomas

En general, el desarrollo social e histórico de las sociedades ha evidenciado la importancia del diálogo social como el esfuerzo de desarrollo y progreso de la convivencia humana. El diálogo social permite afianzar la democracia, consolidar la paz social-laboral, y contribuye a la modernización del Estado, amplía la participación, y constituye la transición hacia nuevos modelos de desarrollo económico. Esto se configura a través de una institucionalidad propiciadora, en perspectiva al diálogo tripartito, como ente público de participación, estudio, deliberación y propuesta, formado democráticamente con representación tripartita.

Ciertamente consolida la democracia social por dos razones principales. En primer lugar, en la democracia social el Estado reconoce las reivindicaciones de los sindicatos y la asume como propias, transformando el conflicto laboral en algo intrínseco y natural. En segundo lugar, en la democracia social, es la pluralidad de sujetos que participan en la formación de la voluntad política del pueblo quienes son protagonistas del quehacer político de la nación, asegurando que sus intereses particulares sean considerados a la hora de tomar cualquiera decisión que de alguna manera les afecten. De esta manera, el país puede pasar de la democracia formal hacía la democracia cada vez más real. El diálogo social es fundamental.[45]

(44) Ver el libro de Jaime Córdoba Zuloaga, Integración Andina en perspectiva, su importancia en la era de la economía internacional globalizada, Lima, mayo, 1997; y el documento del Foro Euro-Andino 98, La Nueva Realidad Andina, Londres, mayo, 1998.

(45) Al respecto véase: Federico Durán López (coord.), El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica, Madrid: AECI-Consejo Económico y Social, junio 1998.

Desde hace mucho tiempo, casi desde los primeros años de nuestra vida republicana, se ha considerado en el país, la necesidad de unificar en un solo cuerpo legislativo la múltiple y dispersa legislación laboral. Es así que había sectores que proponían la elaboración de un Código de Trabajo, e incluso, la parte procesal. Otros postulaban la necesidad de una Ley General del Trabajo, que comprendiera solo la parte sustantiva; vale decir, las relaciones individuales y colectivas, independientemente de cualquier otra materia. Han habido hasta trece intentos anteriores para contar con una normativa como la que ahora debate el Congreso de la República, los cuales no han podido culminar satisfactoriamente precisamente por las contradicciones entre los sectores involucrados.

Actualmente en el caso particular de la elaboración de la Ley General del Trabajo, el diálogo social se ha dado principalmente a través del Consejo Nacional de Trabajo y Fomento del Empleo (CNT). Este, conforme a su normatividad[46], es el órgano consultivo de carácter tripartito de la Alta Dirección del Ministerio de Trabajo y Fomento del Empleo; está integrado por el Ministro, quien lo preside, y por los representantes de los trabajadores, de los empleadores, incluidos en estos a los representantes de la pequeña y micro empresa y de las organizaciones sociales representativas vinculadas a los sectores del Ministerio[47]. Su objeto es la discusión y concertación de políticas sobre materia de trabajo y promoción del empleo y de protección social en función del desarrollo nacional y regional. Tiene así mismo, competencia para la regulación de las remuneraciones mínimas vitales.

El CNT ha cumplido un papel fundamental en la revisión, análisis, debate y consenso de los artículos del Proyecto de la Ley General de Trabajo. Dicho logro representa un 85% del total de ellos. Sin embargo existe una obligación extralegal de mantener y respetar los consensos arribados por esta órgano tripartito, toda vez que está conformado por los entes dinámicos de la relación laboral, vale decir los representantes de los trabajadores y de los empleadores, e incluso por la representación del Estado. Es más, la doctrina y la misma práctica laboral ha demostrado que muchas veces resultan más eficaces las normas de autorregulación (entiéndase convenios colectivos, pactos sociales o acuerdos consensuados como el ocurrido en el CNT) que las normas legislativas muchas veces inconsultas.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Los desafíos de los derechos colectivos pasan necesariamente por la renovación de las organizaciones sindicales y del rol del Estado. En el primer caso, se requieren nuevas propuestas de las organizaciones sindicales, fruto de la creatividad, de la atenta observación de la realidad y de las causas de los cambios que se producen actualmente. Es imprescindible recuperar el equilibrio en las relaciones de trabajo a partir del reconocimiento del sistema de relaciones colectivas de trabajo.

(46) Ley 27711, Ley del Ministerio de Trabajo y Fomento al Empleo, Artículos 5°, estructura orgánica, y Artículo 13°, Consejo Nacional de Trabajo.

(47) Actualmente, los representantes de los trabajadores son de la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), 3 representantes; de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), 2 representantes; de la Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CATP), 1 representante; y de la Confederación de Trabajadores del Perú (CTP), 1 representante. Los empleadores están representados por la CONFIEP y otros gremios empresariales, cuentan con 8 representantes. El Sector Trabajo participa con 3 representantes: el Ministro y los Viceministros de Trabajo y Promoción del Empleo.

En cuanto al segundo tema, el rol del Estado: hace más de 100 años el Estado no solo es promotor sino actor y árbitro de las relaciones laborales; de manera que equilibra o compensa las desigualdades reales con desigualdades jurídicas, a favor de los trabajadores. Esto motivó que el trabajo en cuanto a su regulación jurídica fuera reconocida como entidad propia, diferenciándose de los contratos incorporados a los Códigos Civiles y Comerciales. El Estado demoliberal o benefactor, de bienestar social o demosocialista, fueron los que hicieron posible este reconocimiento. Es preciso recordar que la historia del Derecho Laboral, ha estado marcada por la constante intervención estatal para regular las relaciones laborales y así "cubrir con su manto protector aquellos sectores del mundo del trabajo que tenían o se suponía que tenían una excepcional necesidad de ello"[48].

(48) Juan Carlos Alvarez C. y Francisco Trujillo V., "algunas reflexiones sobre el contenido asistencial de los convenios colectivos tras la Reforma producida por la Ley 11/1994", en Jesús Cruz Villalón (Coord.), Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo, Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, pág 265.

EMPRESAS Y GLOBALIZACIÓN: MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA ACCIÓN SINDICAL

CLAUDIA CECILIA IRUJO PAREDES[1]

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de globalización de nuestros días ha traído consigo cambios fundamentales en la estructura tradicional de las relaciones laborales, generando la necesidad de re pensar las instituciones laborales clásicas, tanto en el ámbito individual, como el colectivo. Estos cambios se sustentan en la aparición y proliferación de las nuevas tecnologías de la información y comunicaciones - en adelante TICS - , las cuales han generado que el mercado trascienda las fronteras geográficas y se produzca una movilidad del capital antes insospechada. En esta línea, hoy presenciamos a las empresas recurrir a la deslocalización en búsqueda de mejores contextos para su inversión, así como a mecanismos de descentralización productiva, mediante los cuales se forman cadenas de producción extensas y las denominadas redes de empresa.

Ahora bien, la globalización no solo ha determinado cambios en lo económico, sino también en lo social y cultural. Son precisamente estos cambios los que ameritan la adecuación de las instituciones laborales a la nueva realidad del mercado, especialmente las instituciones colectivas de trabajo, siendo que la acción colectiva es la herramienta de regulación de la relación de trabajo por excelencia; más aún en un entorno donde la movilidad del capital ha desvirtuado la capacidad del Estado de controlar los problemas sociales y las desigualdades generadas. En este contexto, los sindicatos a nivel mundial se encuentran enfrentando los retos que el día de hoy representa la globalización, la cual excede la regulación existente y no cuenta con un marco legal adecuado a sus características. Ciertamente, nos enfrentamos

(1) Jefe del Área Laboral del Estudio Delmar Ugarte, Abogados. Diplomada en Derecho Laboral y Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

frente a la asincronía entre lo económico, social y político. Mientras que la transformación de la economía es un fenómeno de alcance global; las instituciones sociales y políticas siguen manteniéndose a nivel local o a lo sumo regional. Así, siendo que la globalización ha dejado de lado los aspectos básicos de democracia y no ha conseguido corregir las inequidades derivadas de la diferencia entre los países, es que se hace necesario buscar mecanismos alternativos para crear marcos regulatorios que sí cumplan estos retos.

Estrictamente en el campo laboral, la globalización normalmente se identifica con el desmedro de derechos; sin embargo, es posible utilizar la globalización en búsqueda de mayor protección laboral. En ese sentido, ciertos estudios han demostrado que la globalización ha permitido a muchos trabajadores organizarse a nivel transnacional, negociar con compañías a nivel global, así como combatir fenómenos como la discriminación desde una plataforma mundial. El objeto del presente trabajo se centrará en analizar las respuestas que se exigen al sindicalismo y la acción colectiva en general, frente al proceso de globalización y sus consecuencias.

La globalización es un fenómeno presente y por ende hay que adaptarse a él. ¿Es este fenómeno bueno o malo para los trabajadores? Y ¿Qué estrategias deben tomar los sindicatos para asumir los retos derivados del mismo? Esto es lo que pretendemos esbozar en las siguientes líneas.

1. El proceso de globalización y/o mundialización: características y efectos

Para todos es conocido el contexto globalizado en el que se maneja la sociedad de nuestros días. Sin embargo, a efectos de una exposición más detalla, creemos conveniente incidir en las características generales de este proceso, puesto que será este el entorno en que tendrá que desarrollarse la nueva estrategia y/o agenda sindical.

1.1. Características generales de un contexto globalizado:

i. Intensificación del comercio mundial y transnacionalización productiva: se eliminan las barreras nacionales generando que el Estado y los sindicatos pierdan su papel de reguladores en la relación de trabajo.

ii. La actividad financiera está cada vez menos vinculada al plano productivo: la organización empresarial ha visto modificada su estructura hacia lo mínimo e indispensable, recurriendo considerablemente a técnicas de subcontratación.

iii. Desarrollo de numerosos avances tecnológicos: la aparición y continua proliferación de las TICS han permitido que la eliminación de las fronteras, centralización del capital y fenómenos de deslocalización/descentralización productiva no generen la pérdida de control del empresario, sino por el contrario le permiten uniformizar sus procedimientos creando sistemas just in time y demás.

iv. Concientización medioambiental: la preocupación medioambiental se convierte en agenda central de la humanidad. Surge la idea de sostenibilidad del crecimiento económico.

Conforme ha sido expuesto, en el contexto actual la mayoría de bienes del mercado son producidos a nivel internacional y a través de una serie de complejos procesos de subcontratación que exceden las fronteras nacionales y vinculan tanto a países industrializados,

como a aquellos en desarrollo. A este tipo de economía, basado en las TICS, se le ha denominado capitalismo de redes. Las empresas que hacen uso de las TICS reducen sus costos mediante la tercerización de su producción hacia otros manufactureros y proveedores. En ese sentido, presenciamos el tránsito desde una economía productiva, proveniente del sistema industrializado, hacia una donde predominan los servicios y aparecen nuevos colectivos en el mercado de trabajo desprovistos de protección por los esquemas tradicionales.

Entonces, lo que ha constituido una estrategia corporativa exitosa ha traído como consecuencia el deterioro de los derechos laborales de los trabajadores empleados a final de la cadena productiva. Ejemplos de esto son, el recurso a contratos temporales en sociedades con baja empleabilidad y la generación de autoempleos, mediante el recurso a la micro y pequeña empresa (nuestro caso sería el de la EIRL's).

1.2. Efectos de la globalización en las relaciones de trabajo:

En el ámbito de las relaciones de trabajo, los efectos generados con la globalización se traducen en un contexto de mayor inseguridad. Al respecto SASTRE IBARRECHE[2] considera que La internacionalización de la producción ha generado: i) La pérdida de puestos de trabajo y descenso en los salarios en aquellos sectores sometidos a la competencia internacional, debido a la necesidad de adecuación y flexibilidad imperante que lleva a las empresas a recurrir a prácticas de deslocalización y reducción de la inversión en los países donde operan sus centros de producción hacia supuestas mejores condiciones para lograr esa adaptabilidad. De igual forma, está la pérdida de eficacia de la huelga por los fenómenos de derivación de la producción hacia terceros que implica mayores dificultades en la obtención de información por parte de los sindicatos y la separación física entre el centro de decisión empresarial y los centros de producción; ii) Deterioro de la relación de trabajo tradicional (traspaso del riesgo del negocio hacia el trabajador); iii) Las actividades de atención y cuidado han quedado marginadas (aspecto social desentendido) y iv) La omnipresencia tecnológica ha generado la expansión del poder de dirección y el control empresarial, que algunas veces roza el derecho a la intimidad de los trabajadores.

De acuerdo a lo expuesto, es innegable que la globalización ha acentuado muchos problemas sociales y ha exacerbado las desigualdades. Ciertamente la movilidad del capital producto de este proceso ha desvirtuado la capacidad del Estado de controlar estas ineficiencias e inequidades típicas del proceso. En tal sentido, el efecto negativo generado en las comunidades y los trabajadores, así como la falta de capacidad de las tradicionales estrategias políticas para enfrentar estos efectos, han determinado retos para las agrupaciones sindicales y otros actores sociales.

Ahora bien, siendo que la dimensión colectiva de las relaciones de trabajo se ha vinculado siempre a las formas de organización de la actividad empresarial; ante los cambios descritos en esta, surge la necesidad de adecuación de las instituciones colectivas a la nueva realidad empresarial. Así, si la mayoría de decisiones acerca del funcionamiento empresarial se adopta en instancias supranacionales, resulta lógico que existan políticas sindicales también de ámbito supranacional. Sin embargo, un acuerdo sobre las mismas que sea válido

(2) SATRE IBARRECHE, Rafael. Algunas claves para un sindicalismo también globalizado. En Sanguinetti Raymond, Wilfredo y García Laso (EDS), Globalización Económica y Relaciones laborales Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca 2003, pp. 181.

para los diversos sindicatos de países igualmente distintos, platea no pocas dificultades. En este sentido, aún lográndose dicho acuerdo los canales de influencia sobre los organismos internacionales también resulta restringido.

Por otro lado, la fragmentación de los espacios de negociación, fruto de una reducción del volumen de las unidades productivas y de la opción a procesos de descentralización y subcontratación, hace que la segmentación y multiplicación de las diferencias entre derechos y condiciones laborales se agudice, (individualización de las relaciones laborales). En este contexto, la creación de un proyecto colectivo que aglutine a tan amplia base social, requiere de un esfuerzo sindical amplio.

2. Funcionalidad de la organización colectiva de trabajadores

Si bien las características de una sociedad globalizada requieren el replanteamiento de las instituciones laborales, lo cierto es que el rol fundamental de la organización colectiva de los trabajadores, que es ser un actor social en búsqueda de equilibrio y estabilidad, se mantiene inalterable. En efecto, aunque dicho rol deberá ser ejercido considerando que la organización y desenvolvimiento de las relaciones laborales enfrenta una nueva realidad, con nuevas necesidades colectivas, la funcionalidad de los entes colectivos de trabajadores es innegable.

En ese sentido, si nos enfrentamos a una sociedad con una estructura de relaciones más compleja, así como con intereses más divididos y heterogéneos, el mantenimiento de la estabilidad social está condicionado a la capacidad de los sindicatos en contrapartida a los gremios empresariales de expresar dicha diversidad de componentes[3].

3. Necesidad de adecuación del movimiento sindical a la nueva realidad del mercado de trabajo

El sistema productivo sobre el cual fueron construidos los mecanismos jurídicos de acción, representación y negociación colectiva fue el modelo industrial. En este, la acción colectiva se vincula con una empresa o un sector específico de la actividad. No obstante, en la actualidad las nuevas formas de organización empresarial suponen un sistema mundial en el cual las funciones esenciales son organizadas a través de un plan transnacional. Así, se trata de sistemas de producción en los cuales la asociación de la actividad sindical a la empresa y/o el sector ya no es suficiente.

Ciertamente, *"Lo nuevo en la conducción de las grandes empresas no es el lugar que ocupan en los intercambios internacionales, sino su emancipación del marco institucional de los Estados"*[4]. En tal sentido ya no es posible hablar del binomio empleador/asalariado, sino que comprende también a accionistas, proveedores, subcontratistas e incluso clientes. Se produce así un desplazamiento desde la empresa concebida como institución hacia la empresa red y desde lo nacional hacia lo transnacional. Las consecuencias de este fenómeno

(3) CASAS BAAMONDE, Maria Emilia, Nuevas tendencias de la negociación colectiva en la unión Europa. En: Empleo, Contratación y Negociación Colectiva, XI Jornadas de de Estudios sobre la Negociación Colectiva. Madrid: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.1998, p.75.

(4) SUPIOT, Alain. Revisiter les droits d' action collective. En: Droit Social N° 7/8 Juilliet-Out 2001, p. 696.

son especialización en actividades del core bussines; externalización de actividades; recurso a la subcontrata y apertura a la competencia internacional de los trabajadores, lo cual lleva implícito cierto grado de precarización de una parte de la mano de obra.

En conclusión, hoy en día la autonomía colectiva debe desarrollarse en el ámbito multinacional, generando la necesidad de internacionalización de las agrupaciones sindicales para adaptarse a las nuevas figuras empresariales existentes.

4. Cambios en la acción colectiva

Como sabemos, la defensa de los derechos de los trabajadores de forma colectiva contempla tres aspectos interrelacionados, que deben presentarse en su integridad para que la misma sea efectiva, estos aspectos son: i) representación, ii) acción y iii) negociación. Sin embargo, no basta el mero reconocimiento formal de estos derechos, sino es necesario que los mismos puedan ejercerse en el campo donde operan los empresarios (empleadores). En ese marco, *"(...) los derechos colectivos de los trabajadores deben poder adherir las formas que los empresarios imprimen a la organización del trabajo"*[5].

Entonces creemos que si, como indica LYON CAEN[6], antes de la sociedad industrial la acción colectiva no se planteaba en términos de huelga sino de coalición. Hoy, resulta un ejercicio obligatorio analizar la posibilidad de utilizar los nuevos recursos que ofrecen los mismos principios de la sociedad de redes para controlar los efectos negativos de la economía globalizada.

Al hablar de cambios en la acción colectiva lo primero por señalar es la aparición de nuevas organizaciones que también practican funciones de representación de intereses colectivos civiles. Así, aunque dichas organizaciones no tienen por objeto la conciliación de intereses entre empleador y trabajadores, sí han logrado ejercer presión a nivel político. Por lo tanto, se producen formulas de interlocución más complejas, con la intervención de otras organizaciones también llamadas a lograr el diálogo social. De igual forma, se observa que los sindicatos y otras agrupaciones de defensa de los trabajadores han adoptado estrategias de presión directa en las corporaciones y que la negociación colectiva está tomando lugar y ocupándose de asuntos que escapan a sus tradicionales agendas.

En consecuencia, la negociación colectiva pasa inevitablemente por un proceso de extensión que implica abarcar nuevos sujetos, asunción de nuevas funciones y el tratamiento de nuevas materias u objetos. Al respecto, pasamos a exponer los cambios observados en cada uno de estos niveles:

4.1. Ampliación subjetiva

En relación con la ampliación de los sujetos, encontramos que la negociación colectiva está ampliando su marco de aplicación hacia figuras como el trabajador autónomo y los trabajadores de contratistas jurídicamente independientes, pero económicamente dependientes de una empresa (sea en su totalidad o mayoría). Con ello se pretenden extender los efectos jurídicos de la negociación colectiva y su protección a las nuevas formas de empleo

(5) Ibidem. p. 687.

(6) Citado por SUPIOT, Alain, Ob. Cit. p. 688

existentes. En el escenario nacional, un ejemplo de este cambio puede encontrarse en las recientes mesas de diálogo establecidas con motivo de las demandas realizadas entre los trabajadores de las empresas contratistas mineras, las contratistas, las empresas mineras e incluso el Ministerio de Trabajo.

Si bien, esta postura cuenta con serias objeciones fundadas en el plano teórico jurídico, creemos que su razonabilidad se encuentra en que la acción colectiva no puede mantenerse concentrada en el binomio empleador/trabajador en una sociedad con las características esbozadas en el punto 1 del presente. Ciertamente, en un contexto como el actual, donde los efectos dañinos de la huelga ya no alcanzan al empleador, por encontrarse este difuminado en el grupo o redes de empresa, es necesario ampliar el ámbito subjetivo si queremos una acción colectiva eficaz.

En virtud a lo expuesto, se recurre a la implicación de terceros en el conflicto a fin de ejercer presión sobre el público general. Por ejemplo, mediante la privación de servicios o bloqueo de vías de circulación. Mecanismo que ha sido usado por trabajadores independientes y también en las redes de empresa, a efectos de llamar la atención de los accionistas y que sean ellos quienes hagan presión en la dirección de la empresa.

Un caso ejemplar de lo anterior, lo encontramos en el desarrollo alcanzado por el sector vestuario a nivel mundial, en el cual se han generado exitosos intentos de extensión de la protección sindical hacia los trabajadores de proveedores de empresas, donde el sindicato contaba con reconocimiento. Asimismo, se han generado acuerdos de responsabilidad solidaria entre el la empresa principal y las condiciones laborales de sus contratistas (Caso Topy Top). Otro caso es el de "Canadian Auto Workers", quienes desarrollaron un nuevo concepto de negociación colectiva basado en la teoría del "work ownership" (dueño del negocio) y la "satellite bargaining" (negociación satelital) a efectos de superar los límites impuestos a la acción sindical en estos escenarios, debido a que la misma estaría reservada únicamente para los trabajadores directos[7].

4.2. Ampliación funcional

En la actualidad, se aprecia que existe una mutación de la función tradicionalmente asignada a la negociación colectiva[8], la cual se extiende progresivamente a cuestiones no salariales. Podemos indicar así que su función ahora encuadra más con la de mecanismo de organización del trabajo y de las relaciones laborales, llegando a convertirse incluso en una herramienta esencial para este fin. Se le considera entonces un mecanismo de asistencia para la incorporación de cambios y reorganización del trabajo. Es pues respecto de este último aspecto que *"la negociación colectiva se convierte en un modo de ejercicio del poder de dirección empresarial"*[9]. De ahí que en determinados contextos, sea la propia empresa quien encuentre en el sindicato un aliado estratégico.

(7) FERUS-COMELO, Anibel. Paving the path toward the unionization of high-tech sweatshops. En: Trade Union Responses to Globalization. Geneve International Labour Office: Global Union Research Network. 2007, p. 55.

(8) Que siempre ha sido vinculada a la repartición de las ganancias de la productividad y fijación de condiciones de trabajo como mecanismos de protección de los trabajadores

(9) CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. Ob. Cit. p. 88.

4.3. Ampliación objetiva

En cuanto al contenido de la negociación colectiva, tenemos que la negociación colectiva actual aborda contenidos que trascienden de los clásicos salarios y herramientas de trabajo, sino que contempla materias como la organización del tiempo de trabajo, conservación y/o generación de puestos de trabajo, formación y capacitación profesional y esquemas de mayor protección social, como compromisos en materia de seguridad y salud en el trabajo, son algunos de los temas abordados. Para la implementación de las materias indicadas, se hace necesaria también la aparición de nuevas técnicas, que se basan en estrategias de negociación, convirtiendo a la negociación colectiva en espacios para el intercambio colectivo entre empresa y trabajadores

Esta ampliación objetiva o de las materias abordadas por la negociación colectiva, se produce tanto por espacios dejados por la Ley, como por el desarrollo de movimientos sociales que si bien son ajenos a los trabajadores subordinados, como son los autónomos o los indocumentados, que incorporan la lucha la reivindicación de otros aspectos sociales, además del tema salarial. Estos conflictos pueden tratar además de las condiciones de los asalariados, los productos o los servicios prestados por la empresa, así como el uso de las TICS para combatir los efectos sociales de la globalización.[10]

Hoy se plantea la necesidad de adecuación del sindicalismo desde un sistema de masas y población asalariada homogénea hacia un sistema de redes de empresas, población diversa y complejidad de intereses. Dicha evolución es necesaria por cuanto es la única alternativa para hacer frente a los nuevas funciones asignadas a la negociación colectiva, las cuales traspasan los asuntos relativos a intercambios salariales hasta llegar a materias como empleos, organización del tiempo de trabajo, entre otros. Así, siendo que el derecho de las relaciones colectivas de trabajo está compuesto por una triple identidad: negociación, representación y acción colectiva. Son estos tres conceptos los que deben replantearse debido a la afectación que sufren con motivo de los cambios en la organización del trabajo.

5. Variación de la estrategia sindical: nuevas formas de la acción colectiva:

La huelga carece de efectividad en un contexto de dispersión de centros de trabajo y fragmentación de la homogeneidad[11] como el descrito; sin embargo, el conflicto no desaparece. Por lo tanto, es necesario buscar mecanismos alternativos que permitan ejercer presión y exteriorizar la expresión del conflicto.

Para estos efectos, creemos conveniente observar que la globalización es también una fuente de vulnerabilidad para la gran empresa quien, fuera de los marcos jurídicos del Estado, corre nuevos riesgos.[12] Asimismo, los avances en las TICS exponen a la empresa a la mirada crítica de los consumidores, de los accionistas y asociaciones de defensa del

(10) Sobre este último punto, hemos tenido la oportunidad de revisar jurisprudencia española que señala que el uso de las redes informáticas de la empresa con fines sindicales, es posible en la medida que dicho uso no genere un perjuicio para el empleador. Sin perjuicio de ello, todavía no hay una posición uniforme y pacífica al respecto.

(11) Esto se produce gracias a las prácticas de subcontratación.

(12) Entre ellos tenemos, la desaparición de sus mercados cautivos, la libre circulación de capitales que la expone a tomas de control especulativas y la volatilidad de los capitales que la moviliza.

medio ambiente. Hay por tanto, puntos sensibles de la acción económica, que son también puntos vulnerables a las nuevas formas de acción colectiva[13].

5.1 Uso de la información y de las TICS:

Si bien la proliferación de las TICS ha posibilitado el control de los medios de producción a la distancia e incluso ha aumentado el poder de dirección del empresario, desde la perspectiva inversa, es posible indicar que las mismas pueden ser utilizadas en pro de la mejora de la acción sindical.

Un primer ejemplo de lo expuesto tiene que ver con el uso sindical de los medios de información relacionados con las TICS, específicamente nos referimos a las posibilidades abiertas con el Internet. Con la aparición de la red, la transferencia de la información se hace inminente, lo cual posibilita a la organización sindical no solo mantener una comunicación más directa entre sus afiliados y con otras organizaciones de igual naturaleza, sino informar a la colectividad en general de aquellas informaciones sensibles y/o relevantes que puedan poner en riesgo la percepción del público respecto de determinada empresa. Un caso especialmente relevante vinculado con el uso de las TICS ha sido la huelga virtual realizada en el Portal Informático "Second Life", donde los trabajadores de la empresa IBM en Italia que reclamaban un incremento salarial, decidieron realizar la primera protesta virtual del referido portal. A estos efectos contaron con la ayuda de la UNI (Union Network Internacional/ Red sindical internacional).

De otro lado, el contexto actual exige a las empresas adoptar políticas de mayor transparencia en la gestión hacia sus accionistas, quienes al igual que los consumidores pueden ser sensibles a la información relativa a la política social de la empresa, las TICS son el medio para llegar a ellos mediante campañas internacionales de información y presión sobre gobiernos, inversores y consumidores, especialmente utilizando el internet.

5.2. Actuar sobre la demanda: recurso a la sensibilidad de la demanda:

En el sector servicios la actividad del trabajador y el producto de la misma resultan normalmente indisociables. En este sentido, la consideración de la calidad del producto y del cliente ingresan en la esfera de las relaciones laborales, constituyendo un canal de acción adicional. En el mismo sentido, la responsabilidad del productor por los daños causados por defectos de sus productos restablece el vínculo entre el producto y el trabajo del cual este es resultante. Entonces, La calidad del producto o servicio y la responsabilidad derivada de la inexistencia de los mismos puede unir a los trabajadores por encima de los Estados o empresas, así como vincularlos con los consumidores y defensores del medio ambiente[14].

(13) Un mayor detalle puede encontrarse en SUPIOT, Alain. Ob. Cit. p. 688 y ss.

(14) Las nuevas libertades derivadas de la globalización: libre elección del consumidor y del inversor, y libertad de información, ambas capaces de influir en la política social de la empresa, son mecanismos que pueden utilizarse para el restablecimiento de cierto equilibrio social. Además es posible distinguir lo social y lo económico con el objeto de someter las fuerzas del mercado a un control social de sus actividades por parte de organizaciones/instituciones encargadas de aspectos sociales. Estos mecanismos pueden configurar espacios de acción colectiva para los trabajadores de los ámbitos hoy excluidos y generar un contrapeso a la actividad económica hoy sin bandera.

En este sentido, ante el incumplimiento de las normas sociales y medio ambientales de empresas multinacionales, las federaciones sindicales pueden: i) iniciar una acción demostrativa o, ii) tomar la iniciativa y hacer una propuesta de negociación con la corporación que termine en un acuerdo vinculante, normalmente ambas se vinculan[15].

6. Redes, alianzas, negociaciones transnacionales y responsabilidad social empresarial (RSE)

Cuando hablamos de redes y alianzas nos referimos a los mecanismos de coordinación de los sindicatos de los distintos países afectados. Al respecto, sirven de ejemplo la elaboración de alianzas sindicales multinacionales desarrollada por la Red Sindical Internacional (UNI). Estas alianzas surgen como respuesta a la hostilidad mostrada por las empresas al fenómeno sindical y necesidad de aplicar solidaridad internacional auténtica y de compartir información más allá de las fronteras nacionales a efectos de contrarrestar el poder empresarial. Sus actividades, además del análisis y difusión de diversa información comprende la negociación de acuerdos marcos.

Ciertamente, la búsqueda de aliados es esencial, ya que muchos de los problemas planteados desbordan la capacidad de respuesta de los sindicatos. Así, se apunta a lograr alianzas con partidos políticos, organizaciones no gubernamentales, organizaciones ecologistas y de defensa de los derechos humanos, redes ciudadanas y organizaciones de consumidores[16]. Esto es particularmente importante para el monitoreo de la eficacia de herramientas como códigos de conducta RSE, etiquetados, campañas de conscientizacion de inversores, entre otros.

Un caso en el ámbito nacional que ejemplifica cómo lo previamente expuesto sí logra efectivos resultados, lo encontramos en la empresa textil Topy Top; en la cual el intento de organización de un sindicato en la empresa, a efectos de negociar las condiciones de trabajo, generó el despido de ochenta y tres (83) trabajadores. Sin embargo, mediante la acción colectiva internacional, se logró la reivindicación de sus derechos. Topy Top es proveedora de Inditex y Gap quienes cuentan con Códigos de Conducta en los que expresamente se incluye la obligación de los proveedores de respetar los derechos básicos del trabajo, entre ellos el de libertad sindical y negociación colectiva, y el compromiso de las multinacionales de velar por tal cumplimiento de los mismos.

En este caso, la denuncia de la afectación de los derechos de los trabajadores fue canalizada a través de la Federación Sindical española FITEQA-CC.OO, con la finalidad de

(15) Lo primero se encuentra referido a hacer público el incumplimiento incurrido. Se trata de una campaña publicitaria agresiva que denuncia los incumplimientos de las empresas. Por ejemplo, llamar a los clientes y solicitarles que dejen de trabajar con dichas empresas infractoras. Esto es típico de las organizaciones no gubernamentales (ONG's) y muchas veces se hace en alianzas con estas. Muchas veces este mecanismo de presión es el único medio posible para forzar a las empresas a negociar en estas materias. Para este tipo de acción la existencia o desarrollo de cadenas de sindicatos globales que conecten las actividades de consejos de trabajo europeos o incluso sindicatos globales es muy útil. El segundo tipo de acción que consiste en buscar negociaciones con la administración central de las multinacionales, es el mecanismo más utilizado, podría decirse que la estrategia prioritaria de los sindicatos. Así, se busca lograr acuerdos vinculantes sobre la base del diálogo.

(16) OJEDA AVILES, Antonio. Respuestas sindicales a la mundialización: el caso español. Documento de Trabajo N° 114. Ginebra: IEL- OIT. 2000, p. 43 y ss.

que se exija la aplicación efectiva de los Códigos de Conducta vigentes. Como respuesta, Inditex suscribió un Acuerdo Marco con la Federación Sindical Internacional sobre la aplicación de su código de conducta[17] aplicable a toda la cadena productiva.

Por otro lado, en materia de negociación colectiva, si bien las dificultades propias del ámbito supranacional no permiten la utilización del convenio colectivo tradicional, sí es posible recurrir a nuevas fórmulas que regulen las relaciones laborales basándose también en la autonomía colectiva[18], por ejemplo los acuerdos marcos[19]. Estos documentos reflejan el compromiso de respetar estándares laborales internacionales. Por lo tanto, en principio, el empleador que suscribe uno de estos acuerdos demuestra que está a favor de buenas relaciones al interior de la empresa y asume responsabilidad por toda la estructura productiva, contando con una visión positiva de las actividades sindicales.

La ausencia de órganos de representación multinacional no ha impedido la negociación de acuerdos entre empresas multinacionales y las federaciones sindicales internacionales por rama de actividad, quienes han generado los primeros intentos de canales de interlocución. Estos mecanismos parten de la premisa de reconocer capacidad de representación a las organizaciones sindicales afiliadas a dichas federaciones firmantes, respecto de los trabajadores de todas las empresas involucradas. Además se les reconoce la posibilidad de fijar principios básicos que deben regir la actuación laboral de estas empresas. Se trataría así de formas de regulación alternativas que atendiendo a su amplitud y flexibilidad están en condiciones de servir de referente para las negociaciones colectivas en sentido estricto, que pueden llevarse a cabo en el ámbito nacional.

Finalmente, insistimos en la idea de que no obstante la globalización es un fenómeno que representa numerosos obstáculos para el desarrollo de la organización sindical también brinda oportunidades de acción, las cuales deben ser detenidamente exploradas y utilizadas por el movimiento sindical. Se trata básicamente de tres aspectos interrelacionados los que deben tenerse en cuenta a estos efectos[20]:

- La movilidad del capital debe analizarse con la finalidad de encontrar los aspectos que la motivan y principalmente encontrar mecanismos que permitan vincular dicho capital a un espacio geográfico determinado, con la finalidad de que no se extingan los centros de producción.

(17) Respecto a los códigos de conducta creemos que si bien los mismos no pueden sustituir a la legislación ni a la negociación colectiva, sí se presentan como alternativa de regulación de determinados derechos laborales y en tal sentido como herramientas complementarias en el marco de la RSE. En este sentido, el reto para la actividad sindical, será inmiscuirse en el proceso de su adopción y definición de contenidos, pero sobretodo en el proceso de fiscalización de su cumplimiento.

(18) Para más detalles, BAYLOS GRAU, Antonio. Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto. Cuadernos de Relaciones Laborales N° 19, 1999 p. 44

(19) Sobre los acuerdos marco, vale precisar que se trata de instrumentos negociados entre empresas transnacionales y Federaciones Sindicales Internacionales por medio de los cuales se establece un marco de derechos destinado a fomentar el reconocimiento y la negociación en niveles nacionales o inferiores. Estos instrumentos son una alternativa a la unilateralidad y en consecuencia arbitrariedad de los códigos de conducta que son normalmente voluntarios.

(20) FERUS-COMELO, Anibel. Ob. Cit. P. 52.

- Los retos que la globalización impone radican en la identificación y uso de las vulnerabilidades que la misma genera en la estructura empresarial, para estos efectos se requiere la intervención a escala internacional.

- La organización colectiva debe extenderse más allá de las agrupaciones sindicales e integrar otras organizaciones sociales cuyas finalidades y actividades coadyuven a la reivindicación de justicia social.

Nuevamente en el ámbito nacional, creemos conveniente referirnos brevemente a la gestión realizada por El Programa de Vigilancia Social (VISO) de PLADES[21] – Programa Laboral de Desarrollo - que creemos constituye un avance en la línea de lo expuesto en el presente trabajo. Se trata de una alternativa para el establecimiento de estándares laborales y sociales justos en las operaciones de las empresas transnacionales ubicadas en nuestro país[22]. Dentro de las acciones desarrolladas por este programa se encuentran, por ejemplo, formación sociolaboral, entrenamiento en negociación colectiva, asesoría en casos emblemáticos y defensa frente a violaciones flagrantes. Esta iniciativa se basa en la creación de un sistema de información que posibilita la acción de los actores sociales, mediante el monitoreo y seguimiento de las operaciones y registro de las conductas laborales y sociales de las empresas. De igual forma, recurren a alianzas con actores nacionales e internacionales en búsqueda de exigibilidad de derechos laborales fundamentales y RSE en las empresas transnacionales[23].

Al mismo tiempo, lo que se procura con esta iniciativa es lograr un mayor conocimiento, por parte de los sindicatos, de las características de las estrategias corporativas y una mayor exposición del comportamiento de empresarial de las empresas transnacionales, así como su impacto en las zonas donde operan. En este sentido, VISO se constituye como espacio de encuentro, intercambio, reflexión colectiva y acción colectiva. Entre los logros alcanzados se encuentran: i) la sistematización de la información sobre el comportamiento de las empresas, ii) promoción de alianzas entre sindicatos, comunidades, trabajadores fuera de la red de protección de sindicatos (outsourcing), iii) mayor uso de las TICS y fortalecimiento de la acción sindical a través del reconocimiento de la misma como un derecho de todos los trabajadores, lo cual evita acciones anti sindicales.

CONCLUSIONES

1. El proceso de globalización que asiste a la sociedad de nuestros tiempos tiene fuertes impactos en las relaciones laborales, tanto en el ámbito individual, como en colectivo de las relaciones de trabajo

2. En el ámbito de la autonomía colectiva, la globalización ha implicado: i) La internacionalización de las organizaciones sindicales, debido al rol de las empresas

(21) PLADES [en línea]. Programa de Vigilancia Social de Empresas Transnacionales en Perú. http://www.plades.org.pe/publicaciones/pdf/plades_viso_peru.ppt. [Consulta: Septiembre 2008]

(22) VISO convoca sindicatos de empresas transnacionales con el objeto de formar un grupo de vigilancia social. Se inició con apenas 13 sindicatos, el día de hoy cuenta con más de 100 sindicatos de más de 60 empresas transnacionales.

(23) Quejas internacionales ante la OIT, requerimientos sobre acuerdos marco internacionales, exigencia de cumplimiento de lineamientos de OCDE y denuncias sobre incumplimientos de códigos de conducta.

multinacionales en el mundo globalizado y, ii) La necesidad de adecuación de los sindicatos a los cambios generados en la estructura empresarial. Es decir, los grupos de empresas, la tercerización, cadenas productivas, entre otros.

3. En materia de cambios en la estructura empresarial, observamos la desmaterialización del empleador/empresario, convirtiéndose en un "ente articulador de relaciones" que no ha disminuido sus facultades de control, sino por el contrario, las ha concentrado.

4. La acción sindical en el contexto descrito deja de ser eficaz, eliminándose la estructura de pesos y contrapesos en la relación laboral. Se observa que la acción sindical no ha logrado todavía adaptarse a este nuevo capitalismo virtual, con lo cual se está produciendo un debilitamiento de la acción sindical y en consecuencia privación de los derechos colectivos de los trabajadores. La herramienta de presión tradicional de la acción colectiva, la huelga ha perdido sus efectos.

5. Es necesario que la organización colectiva se adapte al nuevo paradigma empresarial recurriendo a i) el reforzamiento del sindicato como actor político y ii) representando no solo a los trabajadores subordinados, sino a la ciudadanía en su conjunto. En este contexto tenemos que:

- Debe realizarse una redefinición y redistribución de las funciones de la negociación colectiva que ya no puede centrarse en el equilibrio entre las partes de la relación laboral y/o la uniformización de las condiciones laborales.
- El convenio colectivo debe contemplar aspectos organizacionales, mecanismos de participación del trabajador en la empresa.
- La negociación colectiva y el producto derivado de la misma, deben constituir instrumentos que propicien la gestión flexible de las relaciones laborales.

6. Debe admitirse la validez de productos paralelos al convenio colectivo, como los denominados convenios de empresa.

7. Siendo que la negociación ya no es centralizada, deben utilizarse mecanismos de articulación en el marco de un mercado global descentralizado, con la consecuente aparición de unidades de negociación supra empresarial.

LOS GRUPOS DE EMPRESAS, LOS CONSORCIOS EMPRESARIALES Y LAS RELACIONES LABORALES. UNA NUEVA FORMA DE HACER EMPRESA EN EL PERU Y SU IMPACTO EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO

JORGE LUIS MAYOR SANCHEZ[1]

"A los Erasmus estudiantes del
Espacio Europeo de la Educación
Superior de quienes aprendí el
Espíritu y Tolerancia entre culturas".

I INTRODUCCION:

Las actuales formas de organización empresarial y su impacto en el Derecho Colectivo del Trabajo, exigen un sistema de flexibilidad tal que permita afrontar los retos de la

(1) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado de la Gerencia Técnica Legal de la Contraloría General de la Republica del Perú. Doctorando en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Salamanca - España. Docente de Derecho Laboral de la Academia de la Magistratura del Perú. Maestrista en Derecho con mención en Política Jurisdiccional y en Derecho Procesal de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Estudios Avanzados en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca - España. Diplomado en Dirección Estratégica de Recursos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid. Diplomado en Relaciones Internacionales, Diplomacia y Medios de Comunicación por la Escuela Diplomática de Madrid y la Universidad Complutense de Madrid. Diplomado en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Salamanca – España. Título de Especialista en Derecho y Política Jurisdiccional por la Universidad de Castilla – La Mancha de España. Consultor en Creación de Empresas del Programa Galileo del Fondo Social de la Unión Europea.

globalización y de los fenómenos de integración (Tratados de Libre Comercio, Acuerdos de Cooperación Económica, Alianzas Económicas de Mercado por ejemplo) sin que esto lleve a menoscabar los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales y en las constituciones políticas de todos los países del orbe. Así un plan operativo de las entidades, en pro del cumplimiento de objetivos medibles, necesita muchas veces para su implementación del aprovechamiento de sinergias y focalizamiento de las partes que forman parte del proceso productivo con un know how propio y original y una ventaja competitiva y comparativa. Es por eso que, en la actualidad es común que las grandes corporaciones y los consorcios empresariales afronten sus metas de crecimiento económico y laboral llevando sus intereses a empresas más pequeñas y satelitales sin necesidad de copar toda su plana accionaria o directiva, piénsese por ejemplo en la estrategia de Microsoft e IBM de adquirir a nuevos desarrolladores de software que aparecen en el mercado con oficinas y socios virtuales que pueden y podrían tener hasta un solo trabajador e inclusive deslocalizado laboralmente hablando, es por eso que el fortalecimiento de una corporación depende muchas veces de su posibilidad y capacidad de captar para si las ventajas competitivas y comparativas de las potenciales y actuales empresas que complementan o compiten con su actividad empresarial. A ello va unido otro forma o enfoque empresarial en el ámbito de las relaciones laborales como son los Consorcios Empresariales ese conglomerado económico laboral de empresas e instituciones que se unen en aventuras empresariales siendo en el caso peruano alguno de ellos: "Sagen -Enter -Certicom"; "Pontificia Universidad Católica del Perú-Cosapi - Certicom"; "Ransa -Comsa"; "Gmd-Telefónica del Perú"; etc, etc o empresas solitarias como la misma IBM y Telefónica del Perú.

En tal sentido actualmente ya se superó en la mayoría de casos la idea de los clásicos holding en donde el control de los resultados desde un punto de vista descentralizado sea el modo de gestionar intereses en empresas diversas; ahora la autonomía y la especialización deben necesariamente supeditarse a un sistema de coordinación versátil, imaginativo, creativo, idóneo y espontáneo en la búsqueda de soluciones empresariales inter e intra económicas, en donde se explote al máximo la competitividad de cada una de las empresas que componen el grupo empresarial(2). Es en este contexto que los derechos laborales, como la estabilidad en el empleo, afrontan el reto de permanecer vigentes sin ser un impedimento para este tipo de crecimiento. Por ejemplo, si la dinámica de un proceso económico-técnico-productivo implica la incursión en nuevas áreas de producción como el caso de la empresa Gloria que al tener un sólido mercado en la producción de productos lácteos decidió hace años incursionar en el rubro de la producción de conservas de pescado, por lo que definitivamente entre los retos está cómo movilizar a su personal entre los negocios vinculantes y oscilantes sin que eso represente alguna vulneración al sistema legal de trabajo y en los derecho sindicales de sus trabajadores, recalcándose justamente que para el crecimiento se forman o se adquieren nuevas sociedades o núcleos productivos que hacen que cuando uno diga empresa se refiera en verdad a un grupo de corporaciones que persiguen un interés común de aprovechamiento de sinergias bajo un sistema centralizado de dirección y gerencia, siendo que justamente como lo define la doctrina el grupo de empresas se caracteriza por la existencia de una única dirección empresarial específica(3).

(2) **BAZ RODRIGUEZ, Jesús.**.Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo. España, Editorial Comares, pp. 15 a 20.

(3) **ARCE ORTIZ, Elmer.**Grupo de Empresas y Derecho Laboral. Revista Ius Et Veritas N° 26, año XIII, Junio 2003, pp. 248.

II EL REAL EMPLEADOR EN EL GRUPO DE EMPRESAS.

El empezar nuevos retos negociales aprovechando las ventajas competitivas de los ya existentes, muchas veces necesita de la formación de nuevas personas jurídicas, justamente porque así lo exige la ley, piénsese por ejemplo en que una entidad no puede ser al mismo tiempo AFP y Banco, lo que lleva a que pueda existir una libre circulación de trabajadores entre empresas del mismo grupo económico y un mayor movimiento funcional; por eso no seria extraño pensar que personal de ventas de una pase a la otra indistintamente, lo que llevaría a la sucesiva firma de contratos temporales en sus distintas formas con la posibilidad de que un mismo trabajador labore para el mismo grupo durante más de cinco años sin gozar de un contrato de trabajo a plazo indeterminado por el simple hecho de que quién firma como empleador en el contrato de trabajo son personas jurídicas diferentes oscilantes y mutables que pertenecen al mismo grupo empresarial, y lo más importante el impacto e incidencia en las relaciones colectivas de los trabajadores que verían en cierta medida alterados el normal desarrollo de sus actividades sindicales y/o laborales.

Además, la propia ley podría llevar a que una empresa se divida en dos o más unidades manteniendo la misma dirección y composición accionaría, se cita por ejemplo la Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, Ley 27626, en donde en su Art. 2° se dispone que las empresas de intermediación laboral tendrán como fin exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral. En tal sentido si un empresa preexistente desarrollaba la consultoría de recursos humanos de forma integral, entonces luego de esa ley tendría que haber desmembrado sus actividades en como mínimo dos empresas, sin que esto denote un plan estratégico de por medio como causa de tal decisión empresarial valga salvedad del caso lo que originaría un ilógico entrampe laboral en la constitución empresarial y en la innecesaria creación de empresas satélites o paralelas.

Por otro lado, la privatización de empresas del Estado en el Perú y los sistemas de concesiones tampoco se encuentran ajenos a este problema de identificación del verdadero empleador en empresas del mismo grupo, más aún en un país como el nuestro donde como política de Estado se prioriza la rentabilidad empresarial del Estado, antes que las mejores tarifas para los usuarios o las mejores condiciones laborales de los trabajadores e incluso el normal desarrollo de sus actividades sindicales. En tal sentido en el Perú se presentó en su momento el problema de la llamada Cláusula Sexta del contrato de compra venta de acciones mediante el cual el Holding de Telefónica adquirió el 30% de las acciones de la extinta Compañía Peruana de Teléfonos; en esta cláusula se pactó la obligación de que en un plazo de cinco años no iban a realizarse despidos salvo en los casos permitidos por Ley; sin embargo dentro de ese lapso de tiempo la empresa Telefónica Perú realizó una serie de despidos que dieron lugar a procesos de amparo en donde el Tribunal Constitucional a principios de la presente década anuló los procesos iniciados en donde la holding y la empresa del grupo no habían sido debidamente emplazadas como litisconsortes necesarios pasivos. Muy a parte de esto los supuestos despidos pudieron haber sido "negociados colectivamente en su momento con los sindicatos de trabajadores" con la finalidad de darle un rostro humano de corte laboral a estas movidas dentro del mundo del Derecho Societario, pero con gran impacto por la movilidad de los trabajadores y sus desplazamientos colectivos en el seno del Grupo Empresarial arrastrando con ello la discusión de la permanencia total y/o global de los trabajadores en la Empresa.

Ante estas situaciones un jurista se encuentra ante dos posibilidades: (i) Hace suyo todo las instituciones jurídicas que permitan diferenciar la responsabilidad del Grupo de Empresas en relación a sus integrantes como primera pauta u (ii) Opta por hacer un análisis de lo que pasó en la realidad, verificando por ejemplo las actas de directorio y junta general de accionistas tanto de la holding como de las empresas del grupo para determinar quién tuvo el poder fáctico de decidir materias laborales como el despido o la compra de renuncias voluntarias de los trabajadores o el incumplimiento de disposiciones legales del derecho del trabajo y su impacto en el marco normativo de los Derechos Colectivos de los trabajadores. A ello le denominamos el levantamiento del velo societario para hurgar e ir más allá del contenido normal, esencial y tradicional de los tentáculos que eslabonan las relaciones extra e intra empresariales para buscar los lazos comunes que identifican a uno que otro empleador.

Mención aparte merecen las situaciones fraudulentas[4] en donde una corporación a efectos de evadir normas del derecho laboral como la estabilidad en el empleo, el pago de beneficios sociales y desarticular las organizaciones sindicales existentes en el interior de la empresa para ***amenguar y/o atenuar la fuerza vinculante del contenido de los convenios colectivos de trabajo*** y opte por escindirse o formar empresas paralelas por no decir empresas flotantes o empresas golondrinas, que permitan alegar en un proceso judicial la falta de liquidez de una ellas a fin de incumplir resoluciones judiciales y atentar con ello contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En tal supuesto cabe preguntarse si el levantamiento del velo se haría en virtud al principio de primacía de la realidad o necesitaría alguna regulación especial. Nuestra posición personal gira en torno a cautelar los derechos laborales individuales y/o colectivos de los trabajadores sin tanto desborde de los principios laborales, porque, los derechos son uno solo y mientras elaboramos regulaciones especiales simplemente menoscabamos el fin mismo del Derecho del Trabajo, y muchas veces atenuamos la esfera Individual del Derecho Laboral y en especial en el campo Colectivo del Derecho del Trabajo y el aspecto tuitivo del Indubio Pro Operario que forman parte de las bases esenciales del Derecho del Trabajo.

III POSICION DE LA JURISPRUDENCIA

En relación al grupo de empresas y sus implicancias laborales, la Jurisprudencia Peruana mediante Resolución Casatoria N° 932-2002-Lima del seis de mayo de 2005, por mayoría determinó la inaplicación del articulo 68° del Código Civil referido a la autonomía de la persona jurídica así como del artículo 1183° del mismo cuerpo legal respecto a que la solidaridad no se presume, sino que debe pactarse expresamente; estableciendo que si existía vinculación económica entre todos los codemandados, la Asociación Real Club de Lima y el Hotel Country Club de Lima, toda vez que la primera era propietaria del inmueble donde operaba la segunda y además era propietaria de sus acciones, siendo que se utilizó el control difuso en aras de la defensa del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú de 1993; asimismo se dispuso que la obligación solidaria de los derechos laborales reclamados se sustentaba también en

(4) **ARCE ORTIZ, Elmer.**La Circulación de Trabajadores en el Grupo de Empresas. Mergablum Edición y Comunicación, S.L., Sevilla, 2003.,pp. 56.

que por ser de naturaleza laboral, gozaban del privilegio de persecutoriedad de conformidad con lo regulado en el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 856[5] .

En tal sentido teniendo como base la jurisprudencia y la doctrina nacional, una vez determinada la vinculación económica de las empresas que conforman el grupo económico existente, estas tendrían la condición de codemandados a un nivel de afectación patrimonial[6]. La posición antes descrita guarda correspondencia con lo señalado en el anteproyecto de la Ley General de Trabajo que señala en su artículo 6° que:

> "Hay grupo de empresas cuando varias empresas, jurídicamente independientes constituyen o actúan como una unidad económica o productiva de carácter permanente y están sujetas a una dirección técnica de contenido general. Cuando un trabajador ha prestado servicios en varias empresas que conforman el grupo estas son solidariamente responsables".

La pregunta que nos planteamos hasta aquí es si a falta de regulación legal la jurisprudencia peruana está en capacidad actual de imputar responsabilidad solidaria a las empresas que conforman el grupo sobretodo en el ámbito de los Derechos Sindicales; en tal sentido nos encontramos con posiciones doctrinarias que aparentemente indicarían que sí, argumentando que si bien el grupo de empresas no está desarrollado en el actual ordenamiento laboral, sí esta regulado en materia tributaria, mercantil y societaria, pudiéndose recurrir a instituciones como la analogía juris[7]. Lo cierto es que tal como está nuestro sistema no hay todavía una norma que regule el grupo de empresas desde el punto de vista laboral, por lo que desde una opinión personal, seria inviable tratar de regularlo recurriendo a otras áreas de derecho, toda vez que recurriendo a estas mismas áreas se puede determinar validamente, en base a los mismos preceptos del Código Civil inaplicados en sede casatoria, que la solidaridad no se presume y que la persona jurídica es independiente de sus accionistas.

Analizada la resolución casatoria que se citó, se aprecia que antes que recurrir a ordenamientos no laborales, su fundamento es un precepto constitucional, la tutela jurisdiccional efectiva, siendo que a partir de este instituto jurídico se determinó la solidaridad de las empresas vinculadas. Considero como no válido tal argumento, toda vez que este no presupone solidaridad alguna ya que es una norma de carácter procesal, que sí tendría relevancia si es que mediante conductas fraudulentas como la formación de nuevas empresas se trata de evadir el cumplimiento de potenciales o reales resoluciones judiciales.

En tal sentido cuando el comportamiento fraudulento no es acreditado en sede judicial o no se ha producido en la realidad, entonces la imputación de la solidaridad a las empresas parte del grupo debería basarse en un adecuado análisis de la parte pasiva de la relación procesal en correspondencia con su sustrato material siendo que una vez determinado quiénes han sido efectivamente los empleadores, se debe entonces saber como está regulado este

(5) **TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y CUEVA VIEIRA, Eduardo.** Vinculación Económica y Solidaridad por Deudas Laborales. Revista Dialogo con la Jurisprudencia N° 90, Gaceta Jurídica, Lima, Año 11, pp. 21 a 22.

(6) **Idem** pp. 28. y **ARCE ORTIZ, Elmer.** La Circulación de Trabajadores en el Grupo de Empresas. Mergablum Edición y Comunicación, S.L., Sevilla, 2003. 230 pp. 168

(7) **ARCE ORTIZ, Elmer.** La Circulación de Trabajadores en el Grupo de Empresas. Mergablum Edición y Comunicación, S.L., Sevilla, 2003. 230 pp. 71 a 73.

supuesto de hecho y si no lo esta tampoco se podría atentar contra normas de orden público que entrañan una seguridad jurídica indiscutible como son la autonomía de la persona jurídica en tanto tal y la no presunción de la responsabilidad solidaria.

IV NECESIDAD DE REGULACION ESPECÍFICA

El determinar en los hechos que existe un grupo de empresas objeto de solidaridad requiere necesariamente de un mecanismo predecible para llegar a tal afirmación pues las formas de organización de la producción son tan variadas[8] y diversas que tampoco se puede abrir puertas para que por el solo hecho de la propiedad de acciones se determine que se esta hablando de un Grupo; en tal sentido a falta de paramentos legales para determinar si ha habido o no vinculación y las consecuencias de quién finalmente toma las decisiones con implicancia laboral al interior del Grupo, consideramos que es importante el artículo 7° del anteproyecto de la Ley General de Trabajo, el cual indica lo siguiente:

> "Se presumirá, salvo prueba en contrario la existencia de un Grupo de Empresas cuando: 1. Desarrollen un conjunto de actividades que evidencie su integración económica o productiva; 2. Exista relación de dominio accionario sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueran comunes; 3. Los órganos de dirección de las empresas estén conformados, en proporción significativa, por las mismas personas; o 4. Utilicen una idéntica denominación, marca o emblema".

Sin embargo, una regulación del Grupo de Empresas desde el punto de vista laboral va mucho más allá de los artículos del anteproyecto de Ley General de Trabajo mencionados durante el presente trabajo, toda vez que es imprescindible delimitar ciertos aspectos del Ius Variandi[9] a efectos de por ejemplo determinar si un trabajador tiene la obligación de prestar su servicio solo en una de las empresas del grupo o en todas si es que el empleador lo decide o si esta contemplado en los convenios colectivos de trabajo o en el ámbito interempresarial de los sindicatos, debiéndose en consecuencia regular el pacto de puesta a disposición de trabajadores en el ámbito de un mismo grupo; mas aún si la movilidad al interior del grupo importa situaciones de probables cambios geográficos de la prestación del trabajo, con todo lo que implica para el desarrollo personal y contexto familiar del trabajador y su impacto en la organización sindical de los trabajadores debido a la volatilidad funcional al ser derivados de de una a otra unidad económica independiente en la cual circulan los trabajadores y su impacto en los derechos colectivos adquiridos y en el contenido negocial de los convenios colectivos de trabajo suscritos entre los empleadores y las organizaciones sindicales de los trabajadores para evitar elusiones, burlas y/o fraudes a las leyes laborales.

Cabe también preguntarse si el Grupo de Empresas siempre va a ser la parte empleadora de todos los trabajadores que laboren en su interior, pues si bien van a haber trabajadores que por su calificación van a ser susceptibles de movilidad al interior del grupo, hay otros

(8) **BAZ RODRIGUEZ, Jesús.** Las Relaciones de trabajo en la empresa de grupo. España, Editorial Comares, pp.26 a 30.

(9) **MONEREO PEREZ, José Luis y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal** .El Modelo de Regulación Jurídico – Laboral de los Grupos de Empresas – Una propuesta de reforma. Granada, 2002, pp.66.

que solo van a ser contratados a efectos de prestar sus servicios solo al interior de una de las empresas del grupo. Piénsese por ejemplo si sería viable que las condiciones laborales de los trabajadores de la empresa al interior del grupo que ya no es viable en el mercado se podría seguir entendiendo con la empresa también del grupo que si es viable; por tal motivo es necesario una regulación adecuada del cese colectivo por causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas o de producción) cuando estas se producen al interior del grupo[10]; más aún si el grupo no tributa como tal y se comporta más como complementariedad de ventajas competitivas en la cual las diferencias de riesgo y gestión en su interior existieran al margen de si compartiendo una única dirección que actúa más como ente coordinador antes que como ente de verticalidad decisoria empresarial.

V. LOS CONVENIOS COLECTIVOS AL INTERIOR DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS

La alta movilidad empresarial de nuestros días hace que la mutabilidad al interior del núcleo de los Consorcios Empresariales juegan con las expectativas de las organizaciones sindicales de los trabajadores en todo su conjunto debido a la alta rotación de los mismos, pero debe mantenerse incólume la vigencia de la naturaleza de las secciones sindicales en su conjunto de todas y cada una de las organizaciones sindicales de los trabajadores. Si los trabajadores por necesidades empresariales son abruptamente "deslocalizados laboralmente" y "enajenados empresarialmente" o "expatriados laboralmente hablando". Son los sindicatos de trabajadores quienes deben en igual medida actuar con desplazamientos de sus unidades ejecutoras a fin de que sus afiliados no vean relativizados ni mucho menos mermados sus "derechos colectivos" validamente ganados en anteriores negociaciones colectivas y que estas pierdan fuerza por la traslación de la fuerza y/o de la energía laborativa de sus afiliados de una "unidad económica independiente" a otra que forma parte de un mismo Grupo de Empresa. De manera que la organización sindical siga desarrollando su vida colectiva a pesar del "desarraigo organizativo de los trabajadores" quienes continuamente y/o esporádicamente por decisiones empresariales experimentan la traslación y/o rotación de sus puestos de trabajo iniciales a nuevos destinos productivos y hacia los nuevos retos empresariales.

De forma tal que los trabajadores afiliados a un sindicato son libres o no para constituir las correspondientes secciones sindicales y decidir libremente a constituirlas inmediatamente en sus nuevos destinos laborales, para hacerlo en el nuevo centro de trabajo y de destino en un afán por poner en marcha su instinto de supervivencia sindical más allá de los continuos y repetitivos desplazamientos de sus centros de trabajo.

La elección entre uno u otro ámbito corresponde a los propios sindicatos y a sus miembros, mientras los estatutos del sindicato no dispongan de otra cosa. Y es que los trabajadores afiliados han de actuar "de conformidad con lo establecido en los estatutos del sindicato", de suerte que los tentáculos de la organización sindical puedan hacer que la misma asociación sindical pueda decidir si extiende su estructura organizativa en forma de sección sindical hasta la empresa o el centro de trabajo o simplemente si el número lo permite constituir un nuevo sindicato para hacer frente a las nuevas estrategias empresariales que invocan los llamados Grupos de Empresas por razones de dinámica empresarial y que

(10) Idem. pp. 90.

muchas veces lesionan los "derechos colectivos de los trabajadores".

Ante las nuevas necesidades del desarrollo del Derecho de la Empresa el Derecho Colectivo del Trabajo no puede quedar inerme o inerte ante los nuevos desafíos y amenazas económicas y el ingenio de la organización sindical esta en armonizar su desarrollo con creatividad colectiva. Si los trabajadores que son la esencia base del sindicato son trasladados de manera intempestiva de un lugar a otro de una empresa a otra; de una unidad económica productiva a otra el animus persecutorio del espíritu del Derecho Colectivo del Trabajo debe acompañar al trabajador afiliado de manera que este conserve de manera incólume todos y cada uno de sus Derechos Colectivos debidamente ganados como fruto de una saludable y fructífera negociación colectiva.

La Negociación Colectiva y los Derechos Colectivos al interior de los Grupos de Empresas debe responder a nuevos desafíos en el ámbito negocial como son las nuevas formas o controles en la optimización del tiempo y de la jornada de trabajo a través de:

a. El uso de las tecnologías de la información en las empresas de manera física y virtual.

b. El adecuado empleo de controles biométricos para el control y registro de la jornada y/o horario de trabajo de los trabajadores.

c. El empleo de programas o software laborales en los ordenadores y computadoras de los Grupos de Empresas a fin de tomar lectura del iris de los ojos de los trabajadores dependientes o autónomos al realizar las labores en una computadora empresarial vía teletrabajo.

d. El empleo cada vez mas acucioso de los "GPS" (Sistemas de Posicionamiento Global) como medio de control de horario y jornada de trabajo de los trabajadores como medio de supervisión del trabajo a ejecutar en plena y en la cotidiana movilidad laboral dentro del seno de los Grupo de Empresas.

e. Las cláusulas de inaplicación salarial aun por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y la excedencia de un grandes y numerosos contingentes de trabajadores sindicalizados victimas de la "excedencia laboral".

f. La implementación progresiva de la robótica en los procesos productivos con la incorporación asidua de la mecatrónica como sustitución progresiva de la fuerza de trabajo humana en las relaciones laborales en todas y cada una de las esferas productivas de los Grupos de Empresas.

g. Ante los fenómenos cada vez mas frecuentes de la supresión y/o amortización de los puestos de trabajo para evitar oscilaciones en las constantes derivaciones de uno o mas trabajadores dentro del Grupo Empresarial antes de desvincularlo/s de la empresa se debe procurar que estas amortizaciones sean con rostro humano procurando la incorporación de cláusulas de prejubilación y/o jubilación forzosa para realizar "despidos laborales" de manera ordenada y completamente negociada con los sindicatos al interior de toda la red y el tejido del Grupo empresarial.

h. Evitar que los trabajadores sean seleccionados, despedidos o movilizados de

su actual ubicación de una Unidad Económica Productiva a otra dentro del conglomerado empresarial de la empresa primigenia base o matriz con el uso y empleo cada vez más frecuente del empleo del polígrafo para determinar la selección y permanencia de los trabajadores en la entidad matriz.

i. El uso de escáner como medio tecnológico para hacer una barrida de la lectura de la mente de un trabajador de alta rotación empresarial dentro del seno de los Grupos de Empresas para determinar el manejo de la información clasificada, etc, etc.

VI. LA NEGOCIACION COLECTIVA EN EL AMBITO DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS

La negociación colectiva ha tejido, y la jurisprudencia ha bordado, un "traje a la medida" deseada por los Grupos de Empresas, en orden a establecer un marco convencional de regulación de las relaciones de trabajo, para cada momento y para cada especifica situación organizativa y funcional.

La experiencia está conociendo, en definitiva, una multiplicidad de acuerdos y convenios colectivos "de" y "en" en los grupos empresariales, atendiendo opciones político-organizativas de los interlocutores, mas allá de los limitados márgenes que imponen las reglas legales de legitimación en la negociación de los convenios de eficacia general.

Pero en un plano cualitativo se están haciendo acreedores o merecedores de una especial atención, pues su trascendencia va en ascenso, de modo que es posible ya individualizar experiencias tan relevantes y originales como han venido proliferando en otras experiencias comparadas. En aquellas experiencias como en el sistema los Grupos de Empresas se están consolidando como un auténtico "sujeto colectivo", configurado como alternativa al "asociacionismo empresarial", de corte tradicional, eminentemente "defensivo" y disfuncional para las propias exigencias de innovación económica y social. La presencia de los Grupos de Empresa se está haciendo cada vez más evidente en las Mesas de Negociación, por lo que ***su efecto innovador aparece comúnmente recogido en cualquier estudio realizado sobre el futuro de las transformaciones del ámbito negociador del Derecho Colectivo del Trabajo.***

Entre la negociación colectiva y los Grupos de Empresa comienza a crearse un "circulo virtuoso" que cabe, quizás, sintetizar eficazmente en el siguiente silogismo: si los Grupos de Empresas son los actores del sistema dotados de la mayor capacidad de transformación, y la negociación colectiva es la herramienta potencialmente mas adecuada y delicada para acompañar como socio estratégico laboralmente en ese cambio, porque permite una adaptación permanente a cada realidad organizativa y a cada momento histórico por el que atraviesa el proceso económico de la empresa, parece difícil negar la capacidad de los grupos para convertirse en ámbitos privilegiados para realizar las experiencias mas innovadoras en la transformación del sistema, tanto en un plano estructural como funcional. En efecto, las funciones progresivamente asumidas por estas prácticas inicialmente atípicas de la negociación, y por tanto sus contenidos, han ido incrementándose y variando igualmente, por lo que la tipología de estos "convenios" y "acuerdos colectivos de grupo" también ofrece, una gama muy amplia que va desde los tradicionales convenios de regulación, hasta los "Acuerdos Marco" comunes en regiones como la Europa Comunitaria.

En efecto, ni existe el mas mínimo obstáculo jurídico en el sistema peruano para la institucionalización del grupo como ámbito de negociación, que cuente con múltiples canales para la más original e informar de las experiencias negociadoras que pueda producir en el seno de los Grupos de Empresas entre el real empleador y las organizaciones sindicales en pro de la negociación de los Derechos Colectivos en esta fuente inagotable de creatividad jurídica que es el Grupo, ni esta realidad socio-económica que puede considerarse "naturalmente refractaria" a la juridificacion como unidad de negociación, pues su pretensión de actuar como un "mercado de trabajo flexible" le lleva a precisar, de forma normalizada, la participación de los trabajadores inherente e inmediata de los trabajadores a través de sus organizaciones sindicales. La persistente "omisión" de una referencia expresa a los Grupos de Empresas y la inclusión de su correlato en el ámbito del Sistema Legal peruano no puede identificarse con un vacío legal de su regulación, pues, la regulación peruana ha contado con suficientes y efectivas garantías contempladas en el Derecho Societario, pero que debido al avance progresivo del desarrollo de las relaciones laborales ha sido sustraído al marco del Derecho Laboral por el fuerte impacto que han tenido al alterar el normal desarrollo de las actividades sindicales y colectivas de los trabajadores organizados en sus sindicatos al amparo del Convenio 154 OIT como para encauzar y normalizar cualquier producto convencional que resulte del encuentro de voluntades entre los niveles de decisión económica y ***las estructuras de representación, unitaria y sindical, externa o interna,*** de los trabajadores actuantes en el ámbito del grupo. Naturalmente, sus concretos efectos jurídicos estarán en función tanto de sus características estructurales, funcionales y de contenido, cuanto de su adecuación a una u otra norma, por supuesto interpretadas estas normas no de forma estática y literal sino en atención a la realidad socio-económica del tiempo en que han de ser aplicadas y conforme al principio constitucional que realizan: la autonomía colectiva.

La mejor prueba de esta aseveración es que, en nuestro país, pese a esta pretendida carencia y desfase reguladores se esta generando un tratamiento diferenciado en la aplicación de las reglas estatutarias sobre legitimación y composición de la comisión negociadora "a medida" de cada concreta situación.

Consecuentemente, parece no difícil no llegar a la conclusión, congruente por lo demás con el modelo normativo que inspira el nuevo Derecho Laboral de Grupos que actualmente hace su aparición y emergencia en el escenario ius laboralista actualmente valido, vigente y efectivo, según la cual, una vez mas estamos en nuestro país ante un silencio regulador, esto es, expresa una concreta opción legislativa muchas veces favorable a la política de los grupos empresariales y en desmedro de los Derechos Colectivos de los Trabajadores.

Ahora bien, cualquiera que sea la valoración que esta opción de política de derecho merezca, en términos de acierto o desacierto de dejar en manos de los interlocutores sociales, pero sobre todo de la Dirección del Grupo una extraordinaria libertad de elección de sujetos y niveles de negociación, no cabe duda que este modelo no está hoy en condiciones de garantizar el razonable nivel de certeza jurídica que necesita, por razones económicas y por razones sociales en el sistema de negociación colectiva.

La libertad de las partes en este modelo de delimitación del ámbito convencional, ha venido por la dificultad jurídica existente para deducir la respuesta correcta a la siguiente opción de política interpretativa: el convenio laboral a través de los convenios colectivos en los Grupos de Empresas el cual debe incluirse como convenios de ámbito de negociación supreempresarial, con la correspondiente "exclusividad" en materia de negociación atribuida

al sindicato.

Las dificultades provienen básicamente de la rígida dicotomía subsistente en nuestro sistema legal, no puede encajar en modo alguno, sin forzar hasta el extremo, el grupo como nuevo modelo jurídico evolucionado de la organización económica de la actividad de la empresa. El Grupo, en cuanto empresa colectiva articulada subjetivamente, se constituye y funciona permanentemente como una realidad unitaria pero plural al mismo tiempo, hasta abarcar un número elevadísimo de trabajadores y un conjunto amplísimo de unidades económico-jurídico dotadas de cierta autonomía, que posiblemente actúen en sectores o ramas de actividad económica fuertemente diversificados.

Pero la decisión, cualquiera que sea, no deja de tener aporías importantes respecto a su conformidad con las mismas exigencias de ordenación del Derecho Sindical y Colectivo de Grupos de Grupos, que debe gozar de un margen suficientemente significativo, aunque ciertamente no absoluto, de libertad de organización y regulación, en función de las preferencias expresadas por los interlocutores sociales en la construcción del sistema de negociación colectiva, como parte del sistema mas amplio del sistema de más amplio de "democracia industrial" en el ámbito del Derecho Colectivo. Por lo que cualquier propuesta de reforma que desconozca la permanente tensión unidad/pluralidad, optando radicalmente por un ámbito u otro, sin dotar de la suficiente singularidad al grupo, corre el riesgo de producir un efecto contraproducente, dificultando antes que promoviendo la emersión del Grupo como unidad de negociación, razón ultima que debe inspirar, a nuestro juicio, cualquier regulación legislativa de esta materia.

VII. EL ROL DEL CONVENIO COLECTIVO DE GRUPO DE EMPRESAS

En la historia reciente del movimiento reformador del Derecho Colectivo peruano, ciertamente intenso, extenso y continuo, no han faltado ocasiones para introducir una regulación legislativa específica para la negociación colectiva en los grupos.

Ese régimen jurídico legislativo vendría a coincidir básicamente con las primeras etapas por las que ha atravesado la negociación colectiva en este ámbito complejo, en las que ambas partes de la negociación venían aceptando, con un elevado grado de consenso, la reconducción de la mayor parte de estos productos convencionales por la vía de los típicos convenios de regulación de ámbito empresarial, respecto de los cuales apenas si existían diferencias significativas. Aunque en la mayoría de estos supuestos el grado de integración de las diferentes unidades es tan intenso que justificaba esta elección, pues su base socio-económica distaba poco de la situación generada por empresas de estructura subjetiva simple pero con una "pluralidad de centros de trabajo" alternantes, flotantes y/o diversificados por motivos empresariales (el grupo se comporta como una "unidad laboral de empresa", en otros, dada la entidad económico-organizativa de la persona jurídico-societaria, tal posibilidad en el Derecho del Trabajo solo puede admitirse sobre la base de una autentica ficción jurídico-convencional el Grupo debe tratarse como si fuese "un único empleador" en especial en el Derecho Sindical y en el marco de las Relaciones Colectivas de Trabajo.

A nuestro criterio cualquiera que sea la normativa a seguir, la solución final debería tener en cuenta, al menos las siguientes cuestiones. En primer lugar, es de todo punto aconsejable, o mejor, o mejor, necesario partir de la imposibilidad de configurar legalmente al grupo como un ámbito unitario para la negociación colectiva, pues como consecuencia

de su realidad una y plurima al mismo tiempo, en una tensión permanente entre contrarios irrenunciable so pena de perder su especificidad conceptual y, por tanto, organizativa y normativa, es un espacio especialmente abonado para la fragmentación y diversificación pero, asimismo para la articulación y la uniformización.

Desde esta perspectiva, las reglas de legitimación, que deben permitir una regulación al mismo tiempo unificadora y flexible, por razones de seguridad jurídica y operatividad de la negociación colectiva de grupo, debería tener en cuenta esta diversidad de productos. Esta puede ordenarse en torno a 3 básicas finalidades o funciones de las prácticas de negociación en el seno del grupo, y en general en el sistema. A saber:

1° Convenios Colectivos de Grupos: su finalidad es la regulación directa y uniforme de las condiciones de trabajo de los trabajadores de todas las empresas integradas en el grupo.

2° Acuerdos Colectivos de Empresas en Grupo: su finalidad es básicamente coincidente con la propia de los "acuerdos colectivos de empresa", caracterizados como acuerdos de contenido singular que persiguen la producción de reglas procedimentales, (re)organizativas y de gestión de los principales aspectos vinculados a la política.

3° Convenios de Grupo: persiguen la articulación y coordinación de los diferentes niveles de negociación existentes, en particular cuando se configure como una estructura organizativa particularmente compleja, en el grupo.

Puesto que esta tipología de negociación colectiva de Grupo, esto es, aquellos que tienen como unidad de negociación todas o parte (Convenio de Subgrupo o Grupo Parcial) de las empresas integrantes del mismo, cuenta con una regulación diferenciada. Aunque es cierto que esta clasificación coincide básicamente con la gama de experiencias prácticas hoy conocidas en nuestro sistema, así como en el resto de los ordenamientos comparados, no por ello el modelo legal debe identificarse estrictamente con estas practicas, ya que en los ámbitos de regulación, el modelo legislativo debe ser la resultante ponderada y transaccional entre las exigencias de la normalización jurídica flexible de las practicas económicas de Grupo y los imperativos de juridificación, que requieren reintroducir algunos vínculos garantistas rotos por aquellas practicas.

Por lo que refiere al primer grupo, aunque quizás pudiera pensarse en la conveniencia de distinguir, a su vez, entre "convenios colectivos de grupo" y "convenio colectivo plural" dentro de un mismo grupo, es decir, el celebrado únicamente por algunas empresas vinculadas (Grupo parcial o subgrupo), creemos que puede resultar más conveniente para la seguridad jurídica y la coherencia del sistema contener una previsión unitaria, pero suficientemente flexible como para que pueda adaptarse a diferentes situaciones. Debiéndose indicar que la singularidad del grupo respeto al ámbito propiamente empresarial y supraempresarial, podría indicarse que las representaciones internas de los trabajadores en la empresa –unitarias, seccionales y sindicales-, especialmente si su ámbito coincide con el Grupo, tiene legitimación para negociar Convenios Colectivos Estatutarios de Grupo, pero también recogiendo la experiencia de la misma vida sindical.

Esta opción se corresponde con la consideración del Grupo como un ámbito singular,

pero complejo, para la organización de un conjunto de relaciones laborales, y con la doble presencia de un interés del grupo y un interés colectivo o general del personal que presta servicios dentro de la estructura empresarial en Grupo. La negociación colectiva de Grupo, cabe advertir, no prejuzga necesariamente la comunicación de la responsabilidad empresarial fuera de los términos colectivamente acordados y de los criterios de imputación jurídica radicalmente deducibles del comportamiento laboral del poder de dirección unitaria. No supone, en principio, atribución per se (directa, indiferenciada o general) de responsabilidad más allá de la derivada del cumplimiento de los deberes deducibles del mismo (es decir, atendiendo a lo pactado colectivamente).

Por lo que respecta a los denominados "Acuerdos Colectivos de Empresas de Grupo", deberán ser competentes para su conclusión tanto las representaciones unitarias especificas –Comités de Grupo-, cuanto las representaciones sindicales igualmente adaptadas a la estructura compleja del grupo.

A la vista de las reflexiones hasta aquí realizadas, la reforma que proponemos al legislador peruano, o a los interlocutores sociales, y siempre en los términos de formulas no cerradas hasta aquí seguidos, pues tan solo se trata de ofrecer un "modelo articulado" en el marco de la negociación colectiva y en el desarrollo del derecho sindical peruano el cual renace y que pueda servir de referente para una acuciosa discusión académica y doctrinaria en el país.

VIII. CONCLUSIONES

1° Por lo tanto, es importante establecer parámetros para determinar quién tomó las decisiones como empleador real a efectos de poderse imputar al Grupo la solidaridad en materia laboral, así como para establecer las situaciones fraudulentas.

2° La solidaridad en las obligaciones laborales en los Grupo de Empresas alcanza al empresario principal y a todos y cada uno de sus unidades económicas independientes quienes son deudores solidarios frente al trabajador impago o a la entidad de previsión social para evitar el fraude o la elusión de las leyes laborales por el empleo y uso de esta nueva figura empresarial y más aún en el Derecho Colectivo del Trabajo peruano.

3° Es necesaria una regulación específica en el ordenamiento laboral peruano para el grupo de empresas, siendo insuficiente lo dispuesto en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo ante los vacíos y deficiencias que este encierra.

¿EL DEBER DE PAZ LABORAL Y LAS NUEVAS FORMAS DE GENERACIÓN DE PAZ Y PRODUCTIVIDAD EN LA EMPRESA AFECTAN EL DERECHO DE HUELGA?

ALFREDO LUIS SALVADOR VARGAS[1]

INTRODUCCIÓN

El rango de derecho fundamental de la huelga, en la actualidad no admite prácticamente discusión alguna, pues así ha sido calificado por instrumentos internacionales sobre derechos humanos e, inclusive, ha sido expresamente reconocido por nuestra Constitución Política. Sin embargo, como todo derecho fundamental, la huelga no constituye uno de carácter ilimitado, pues deberá modularse cuando se contraponga a otros del mismo nivel y ejercerse observando el interés social o colectivo, tal como lo indica la Constitución Política de 1993.

Es allí en donde pretende centrarse el presente trabajo: la posibilidad de restringir o limitar el ejercicio del derecho de huelga. Los mecanismos implementados se han estructurado desde distintas perspectivas, unos toman como punto de partida la voluntad de paz laboral que enmarca el proceso de negociación colectiva, debiendo entenderse que cualquier acuerdo entre las partes negociales debe conducirnos a la pacificación de las relaciones laborales; otros han sido más directos, buscando evitar el ejercicio del derecho fundamental, sancionándolo cuando ello ocurriese. Sin embargo, todos han coincidido en que tal limitación se justifica por el interés colectivo, resultando pertinente cuestionarnos acerca de los alcances de tales restricciones o limitaciones, los efectos de los mismos y la legalidad de las sanciones frente a su incumplimiento.

(1) Profesor de Derecho Laboral en la UPC. Abogado Asociado de Miranda & Amado Abogados S. Civil de R. L.

Es en función a lo indicado en los párrafos superiores, que en las siguientes líneas realizaremos un breve análisis acerca del derecho de huelga, para luego examinar la legalidad del deber de paz laboral y de los mecanismos generadores de paz y productividad en la empresa.

I. LA HUELGA

La huelga es una medida de conflicto concedida a los trabajadores que consiste en el incumplimiento deliberado de su prestación laboral[2], es decir, se trata de la facultad de poder suspender el trabajo colectivamente sin la previa resolución del contrato de trabajo[3]. Según lo indicado por el Tribunal Constitucional Español, a través de la Sentencia No. 11/1981, *"(...) caracteriza la huelga la voluntad deliberada de los huelguistas de colocarse provisionalmente fuera del marco del contrato de trabajo (...)"*. En el mismo sentido, de acuerdo a lo señalado por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1952, el principio básico en cuanto al derecho de huelga radica en que es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales.

Como se puede apreciar, es reconocido en forma amplia que el derecho de huelga es una facultad otorgada a los trabajadores, que les permite suspender el vínculo laboral, con el objeto de defender sus intereses en su calidad de tales, sin que el empleador esté permitido a introducir consecuencias laborales en su contra.

La huelga, como una de las manifestaciones de la libertad sindical[4], surge como consecuencia de la intención de los trabajadores de contraponer sus intereses al poder que ostenta el empleador, como propietario de los bienes y del capital de trabajo en la fábrica, ya que, como indica Kahn-Freund, la relación de trabajo se caracteriza por tratarse de *"(...) una relación entre un detentador de poder (sobre personas y cosas) y quien no detenta poder alguno (...)"*. Ahora bien, para que el derecho de huelga sea reconocido como tal, es decir, para que el Estado asuma los conflictos surgidos de la contraposición de intereses económicos y sociales, como algo inherente a las relaciones sociales, laborales y productivas y, opte por proporcionarles los cauces institucionales correspondientes[5], se ha transcurrido por diversas etapas históricas. Desde la prohibición que recaía sobre esta medida a mediados del siglo XIX, su reconocimiento como derecho y posterior veto en los países regidos por regímenes fascistas, hasta su reconocimiento pleno, como parte del Estado Social de Derecho.

En este punto habría que hacer referencia a lo indicado por lo profesores De La Villa Gil, García Becedas y García Perrote[6], cuando concuerdan con quienes afirman que

(2) NEVES MUJICA, Javier. Derecho Colectivo del Trabajo, material de trabajo inédito. Lima. Pp. 33-34.
(3) DÄUBLER, Wolfgang. Derecho del Trabajo. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1994. P. 231.
(4) A pesar de que la huelga constituye parte del contenido esencial de otro derecho como es el de libertad sindical, su importancia en el desarrollo de las relaciones sociales ha merecido que recaiga sobre dicha institución un estudio específico.
(5) RAMOS QUINTANA, Margarita. El deber de paz laboral (su regulación en la Ley y en el Convenio Colectivo). Editorial CIVITAS S.A. Madrid, 1993. Pp. 15-16.
(6) DE LA VILLA GIL, Enrique; GARCÍA BECEDAS, Gabriel; y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. "Instituciones del Derecho del Trabajo". Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1991. P. 64.

determinados derechos, entre los que se encuentra el derecho a la huelga, trascienden al puro ámbito del Derecho del Trabajo para contribuir a la definición de una forma democrática de organización social y distribución de poder. Es decir, el reconocimiento de derechos como el analizado en el presente acápite constituye una característica de la existencia de una sociedad democrática.

Pues bien, los dos modelos de huelga a los que se ha referido la doctrina y dentro de los que se enmarca el derecho en mención, son el estático y el dinámico[7]. De acuerdo al modelo estático, la huelga consiste en la suspensión continua y total de la prestación de servicios por parte de aquellos que se adhieren a la medida conflicto, debiendo abandonar estos el centro de trabajo. Mientras tanto, el dinámico consiste en realizar cualquier tipo de alteración a la forma ordinaria de prestar servicios, ello por supuesto, con la intención de causarle perjuicio al empleador.

En cuanto a su reconocimiento internacional, es preciso señalar que la Organización Internacional del Trabajo no ha expedido ningún convenio que trate expresamente el derecho de huelga, sin embargo, cabe recordar que este ha sido explícitamente reconocido como derecho humano, a través del artículo 8.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[8]. Del mismo modo, aunque, como hemos indicado anteriormente, no existe convenio de la Organización Internacional del Trabajo que se haya ocupado del derecho de huelga, ha merecido reconocimiento por los órganos de control de aquella; y, finalmente, al igual que la Constitución Política de 1993, casi la totalidad de constituciones latinoamericanas reconocen el derecho de huelga y remiten su regulación a la ley.

Ahora bien, los dos modelos y las modalidades de huelga que se desprenden de los mismos, han sido aceptados por el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. Al respecto, la Comisión de Expertos ha señalado lo siguiente:

> "Cuando la legislación nacional garantiza el derecho de huelga, muy a menudo se plantea el problema de determinar si la acción emprendida por los trabajadores efectivamente constituye una huelga de conformidad con la definición contenida en la ley. En general, cabe considerar como huelga toda suspensión del trabajo, por breve que sea esta; ahora bien, establecer esta clasificación resulta menos fácil cuando, en lugar de producirse una cesación absoluta de la actividad, se trabaja con mayor lentitud (huelga de trabajo a ritmo lento) o se aplica el reglamento al pie de la letra (huelga de celo o trabajo a reglamento): trátase en ambos casos de huelgas que tienen efectos tan paralizantes como la suspensión radical del trabajo. Observando que las legislaciones y las prácticas nacionales son extremadamente variadas sobre este punto, la Comisión estima que las restricciones en relación a los tipos de huelgas solo se justificarían si la huelga perdiese su carácter específico (...)"[9].

Citado por: VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "La libertad sindical en el Perú". Organización Internacional del Trabajo. Lima 1999. P. 8.
(7) NEVES MUJICA, Javier. Ibid. P. 34.
(8) El resto de instrumentos que regulan de manera genérica los derechos humanos omiten hacer referencia expresa al derecho de huelga, sin embargo, al formar parte integrante del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, se encontraría contenido en todos los que reconocen este último.
(9) Citado por GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; y GUIDO, Horacio. "Principios de la OIT sobre el derecho de huelga, en: Revista Internacional del Trabajo, Volumen 117, No. 4. Ginebra, 1998. Pp. 476-477.

En nuestra legislación, el derecho de huelga se encuentra reconocido en el numeral 3 del artículo 28 de la Constitución Política de 1993. Sin embargo, la regulación contenida en dicho texto no define el derecho, ni indica el modelo permitido, su configuración, titularidad, restricciones, razón por la que una norma de rango inferior debe desarrollar el derecho[10]. Eso sí, la norma constitucional indica expresamente que el derecho de huelga debe ejercerse en armonía con el interés social[11]. Ahora, sin perjuicio de la omisión en que incurre la Constitución Política respecto a la delimitación del derecho, ello no quiere decir que su ejercicio esté supeditado a un desarrollo posterior, el derecho de huelga es uno de exigibilidad inmediata[12].

Entonces, siendo que el derecho de huelga goza de reconocimiento en pactos internacionales sobre derechos humanos que han sido suscritos por nuestro país, así como por nuestra Constitución Política, este constituye un derecho fundamental laboral, de igual magnitud que cualquier otro derecho fundamental.

Ahora, en nuestra legislación el derecho de huelga se encuentra definido conceptualmente por el artículo 72 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que indica lo siguiente:

> *"Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo (...)".*

Como se ve, la definición normativa descrita arroja ciertos indicios acerca de la titularidad del derecho de huelga en nuestro ordenamiento y el modelo aceptado por nuestra legislación. En el cuadro que se consigna a continuación se sintetiza la regulación sobre la materia. El objeto es determinar cuáles son los fines de la huelga que nuestra legislación contempla, sus modalidades, los requisitos para su ejercicio y los efectos esperados de la misma.

(10) No necesariamente tendría que hacerse heterónomamente, consideramos que podría regularse autónomamente o a través de una fórmula mixta e, incluso, como ha sucedido en países de la Comunidad Europea de Naciones, a través de pronunciamientos judiciales. Como indica el profesor VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT. Montevideo 2007. P. 26: *"(...) en los países más desarrollados la participación del Estado se ha visto cada vez más reducida porque los propios interlocutores sociales han señalado que así como a nivel de la unidad productiva son ellos los que pueden regular más adecuadamente las condiciones de trabajo, pues conocen de primera mano la situación de las empresas, también pueden hacerlo con el sistema global de relaciones laborales, porque son sus protagonistas (...)".*

(11) Cabe indicar, que a través de los artículos 42 de la Constitución Política de 1993 se excluye del derecho de huelga a *"(...) los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional"*. Del mismo modo, mediante el artículo 153 de la norma legal referida se excluye también del ejercicio de tal derecho a los jueces y fiscales.

(12) BOZA PRO, Guillermo. "La protección constitucional de la libertad sindical (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia del 5 de enero de 2006)". En: Trabajo y Seguridad Social Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez., publicación de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Editorial Jurídica Grijley, 2008. P. 347.

NORMA LEGAL	REGULACIÓN
Art. 73 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo	Condiciones para su declaración: - Su objeto debe ser la defensa de los derechos socioeconómicos o profesionales de los trabajadores. - Se debe adoptar en la forma establecida en los estatutos y siempre por la mayoría de trabajadores comprendidos.
Art. 62 del Reglamento	Podrá declararla el Sindicato, según lo establecido por sus estatutos, la decisión debe ser adoptada por la mayoría de sus afiliados votantes, debiendo encontrarse presentes al menos los dos tercios del total de afiliados. De no haber sindicato en el ámbito o, en caso de no haberse regulado la declaración de huelga en los estatutos, podrá declararla la mayoría de trabajadores votantes en la asamblea, debiendo encontrarse presentes al menos los dos tercios del total de trabajadores del ámbito.
Art. 77 de la LRCT	Efectos: - Determina la abstención total de las actividades de los trabajadores comprendidos. - Suspende los efectos de los contratos individuales de trabajo, sin afectar la subsistencia del vínculo laboral. - Impide retirar del centro de trabajo las maquinarias, materias primas u otros bienes.
Art. 70 del Reglamento de la LRCT	Los trabajadores comprendidos en el ámbito deberán abstenerse de laborar.
Art. 79 de la LRCT	Debe desarrollarse en forma pacífica, sin recurrir a la violencia sobre las personas o bienes.
Art. 81 de la LRCT	Modalidades prohibidas: No están amparadas las modalidades irregulares, tales como la paralización intempestiva, paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al mismo.

Tal como se aprecia, contrariamente a lo ocurrido en distintos países de la Comunidad Europea de Naciones, en el nuestro el legislador ha optado por una regulación del conflicto completamente legalista o heterónoma, dejando prácticamente sin campo de acción a las partes intervinientes en aquel. Esto es innegable, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento regulan el modelo y las modalidades de huelga permitidas, la finalidad de la huelga, la titularidad de la misma, los requisitos y condiciones para recurrir a aquella, sus características, los efectos jurídicos que de ella se desprenden, etc.

Así, al apreciar nuestra legislación resulta meridianamente sencillo concluir que el modelo de huelga admitido por aquella es el estático, encontrándose proscrita cualquier manifestación o modalidad de conflicto distinta a la paralización de labores con abandono del centro de trabajo[13] y, además, su finalidad debe encontrarse estrechamente vinculada a la

(13) Por oposición al modelo dinámico que no es inherente a nuestra legislación, se encuentran expresamente proscritas manifestaciones distintas a la paralización de laboras con abandono del centro de trabajo, tales como *"(...) trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al mismo"*.

defensa de los derechos socioeconómicos o profesionales de los trabajadores, descartándose de plano las medidas cuyos fines fueran exclusivamente políticos o solidarios[14]. Incluso, de acuerdo a nuestra legislación, en el caso que los fines socioeconómicos o profesionales alegados a través de la medida de conflicto adoptada encubriesen tras de sí reales fines políticos o solidarios, tal medida debería ser rechazada.

En cuanto a la titularidad del derecho, nuestra legislación se ha inclinado por una fórmula mixta respecto de su convocatoria, es decir, será el sindicato quien convoque, de acuerdo a sus estatutos y, de no existir el mismo, los trabajadores (aunque resulta sumamente complicado que se convoque a la huelga exitosamente cuando no exista organización sindical al interior de la empresa). Ahora bien, tal como puede apreciarse, aunque nuestra legislación establece que la titularidad de la convocatoria de la huelga es mixta, prefiere que sea realizada por el Sindicato, solo a falta del mismo, la huelga podrá ser convocada por los trabajadores. Ahora, esta opción legislativa nos deja algunas interrogantes, tales como: ¿si es que el sindicato fuese minoritario, la mayoría de trabajadores, tomando en cuenta que no son sindicalizados, podrían convocar a la huelga? Además de lo indicado, cabe recalcar que en nuestra legislación también encontramos manifestaciones de titularidad individual del derecho, tales como su ejercicio o la decisión de darla por concluida. Así según indica el profesor Boza Pro citando a Palomeque López[15], nos encontramos frente a un derecho de titularidad diferenciada, porque determinados aspectos se reconocen y ejercitan individualmente y otros en forma colectiva.

De otro lado, según lo establecido por nuestra legislación los efectos de la huelga se encuentran estrechamente vinculados a la forma de adoptarla. Es decir, la huelga podrá comprender a todos los trabajadores del ámbito, sindicalizados o no sindicalizados, así como únicamente a los miembros del sindicato. Así, si el sindicato que adopta la medida es mayoritario, la huelga tendrá efectos generales, es decir, suspenderá las labores de todos los trabajadores del ámbito (en caso no existiese sindicato, para que la huelga recaiga sobre todo el ámbito, los que voten por la adopción de la medida de fuerza deben ser la mayoría de trabajadores de de la empresa). De otro lado, si quien adoptase la medida fuese un sindicato minoritario, sus efectos solamente recaerán sobre los trabajadores afiliados al mismo. Finalmente, es preciso recordar que nuestra legislación excluye del ejercicio del derecho de huelga a los trabajadores de dirección y a los de confianza, salvo que respecto de los últimos, el estatuto indique lo contrario.

A continuación se consigna un cuadro en el que se resume el ejercicio del derecho huelga en nuestra legislación:

(14) ERMIDA URIARTE, Óscar. Apuntes sobre la huelga universitaria. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1983. Pp. 59-67.
(15) BOZA PRO, Guillermo. Ibid. P. 349.

Modelo	Modalidad	Titularidad	Fines	Efectos
Estático	Suspensión de labores con abandono del centro de trabajo	- Convocatoria: mixta, con predominio del ente colectivo. - Ejercicio: individual	Socioeconómicos o profesionales	Todo el ámbito o sólo respecto del ente o las personas que la convocaron, dependiendo de quien la convoque

Entonces, podemos concluir que el derecho de huelga es uno de carácter fundamental, que en nuestro país, se encuentra reconocido a nivel constitucional y regulado intensamente por la legislación, quien determina la titulariza del derecho sea mixta en cuanto a su convocatoria (básicamente colectiva) e individual respecto a su ejercicio. Por su calidad de derecho fundamental, la huelga no debe ser limitada en su convocatoria o su ejercicio, salvo cuando se contraponga a otros derechos fundamentales o al interés social, en cuyo caso, se recurrirá a la ponderación de derechos, lo que de ninguna manera significa que se restringirá el derecho, sino que se modulará.

II. EL DEBER DE PAZ LABORAL Y LOS MECANISMOS DE GENERACIÓN DE PAZ Y PRODUCTIVIDAD EN LA EMPRESA

Habiendo analizado y calificado a la huelga como derecho fundamental y, entre otras cosas, de titularidad básicamente colectiva en cuanto a su convocatoria e individual respecto a su ejercicio, en el presente acápite se evaluará el deber de paz laboral, así como distintos mecanismos que pretenden el establecimiento de un clima pacífico en el trámite de las relaciones laborales e intentan incrementar la producción de la empresa, medidas que sin duda tendrán incidencia también en el ejercicio de dicho derecho.

1. El deber de paz laboral

El deber de paz laboral es aquel compromiso asumido por los trabajadores de no ejercitar el derecho de huelga durante determinado período. Tradicionalmente, el deber de paz laboral ha sido vinculado al convenio colectivo, así, se ha dicho que este es intrínseco al mismo[16], incluso, indicándose que la paz laboral es la causa del mismo y, por consiguiente es inmanente a aquel. Otros han señalado que el deber de paz laboral no es implícito, sino que se requiere su pacto expreso, sin perjuicio de ello, la vinculación del deber de paz al convenio colectivo ha sido generalizada.

Por ejemplo, los profesores Barbagelata, Rosenbaum y Garmendia[17], han señalado respecto del deber de paz, que este se entiende como el deber de abstenerse a recurrir a medidas de fuerza, que las partes que suscriben un convenio colectivo asumirán, durante la vigencia de aquel. Tal como se aprecia, para los profesores precitados, el elemento configurador del deber de paz laboral será siempre el convenio colectivo. Sin embargo, como se ha indicado en el párrafo superior, respecto de lo que no existe consenso es sobre si el deber de paz es inherente al convenio o si para que exista es necesario que se fije explícitamente.

(16) DÄUBLER, Wolfgang. Ibid. Pp. 157-158.
(17) BARBAGELATA, Héctor; ROSENBAUM, Jorge; y GARMENDIA, Mario."El contenido de los convenios colectivos". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo P. 30.

Así, los partidarios de la teoría de la inmanencia del deber de paz laboral sostienen que en todo convenio colectivo se impone automáticamente la obligación ineludible de no aplicar medidas de conflicto colectivo para alterar su contenido[18]. Esta posición se sostiene sobre la aceptación de la naturaleza contractual del convenio colectivo, es decir, se resume en el deber que tienen las partes de cumplir lo acordado contractualmente, además del reconocimiento de la característica sinalagmática del convenio colectivo, esto es, los empleadores realizan concesiones con la expectativa de obtener la paz laboral durante el período de vigencia del convenio[19]. Como hemos indicado anteriormente, el deber de paz laboral se constituiría en la causa del convenio colectivo, configurándose como el bien superior que las partes pretenden tras la suscripción del mismo, es decir, motivo y consecuencia del convenio colectivo. En síntesis, para los defensores de la tesis de la inmanencia del deber de paz al convenio colectivo, este se convierte en "una parte integrante necesaria del convenio colectivo, es inmanente al mismo y no requiere una pactación expresa. Una exclusión del deber de paz sería contraria a la esencia del convenio colectivo y es por ello ilícita. En tal caso, no existiría un convenio colectivo válido"[20].

En el otro lado se encuentran aquellos que pregonan que el deber de paz laboral, para que exista y surta efectos, es necesario que sea de carácter explícito. Así, quienes rechazan el hecho de que el deber de paz se encuentre implícitamente contenido en los convenios colectivos, son también aquellos que niegan la naturaleza contractual del convenio colectivo. Además, indican que no es posible limitar o restringir un derecho constitucional, como es la huelga, sobre la base de un acuerdo tácito.

Podría afirmarse entonces, que quienes sostienen esta tesis, se inclinarían también por la desvinculación de los derechos de huelga y de negociación colectiva. Es decir, la huelga es un derecho complejo consistente en la suspensión de las labores con la intención de lograr un fin, mientras que la negociación colectiva es el mecanismo a través del cual las partes acuerdan o pactan las condiciones de trabajo, siendo este último un derecho dinámico, pudiendo variar las condiciones pactadas, incluso durante el período de vigencia del acuerdo. Entonces, siendo que uno es independiente del otro, podrían existir o sobrevivir autónomamente. Por tanto, el deber de paz, como compromiso de no ejercitar el derecho de huelga durante determinado período, no podría estar vinculado tampoco al convenio colectivo.

En cuanto al alcance del deber de paz, también existen dos posiciones encontradas. La primera de ellas (vinculada a la inmanencia del deber de paz) indica que el deber de paz es de carácter absoluto, es decir, se extiende a todas las materias de índole laboral, hayan sido o no negociadas e incorporadas a un convenio colectivo. Quienes respaldan la posición descrita, indican que esta refleja que las partes están dispuestas a mantener un clima pacífico, salvo que de manera expresa delimiten el deber de paz a determinadas materias, excluyendo otras. La posición contraria sostiene que el deber de paz laboral es de carácter relativo, extendiéndose únicamente a las materias contenidas en el convenio colectivo. Sin embargo, la relatividad del deber de paz puede transformarse en absolutez, mediante el acuerdo entre

(18) DÄUBLER, Wolfgang. Derecho del Trabajo. Ibid. P. 157.
(19) BARBAGELATA, Héctor; ROSENBAUM, Jorge; y GARMENDIA, Mario. Op cit. Pp. 30-32.
(20) HUECK Y NIPPERDEY. "Lehbruch des Arbesretchs. Berlin und Frankfurt, 1957. Citados por: RAMOS QUINTANA, Margarita. El deber de paz laboral (su regulación en la Ley y en el Convenio Colectivo). Editorial CIVITAS S.A. Madrid, 1993. P. 25.

las partes, prohibiéndose entonces cualquier paralización, inclusive las referidas a materias no comprendidas en el convenio colectivo.

Ahora, ya sea que el deber de paz sea implícito al convenio colectivo o, en el caso que deba ser explícito, mientras más extenso, menor será la posibilidad de ejercer el derecho constitucional[21], por tanto, no creemos en declaraciones universales de configuración del deber de paz, ya que estas constituirían una amplísima restricción al ejercicio del derecho de huelga. Ahora, si existiese duda respecto a la amplitud del deber de paz, siguiendo la teoría que indica que toda disposición restrictiva de derechos debe ser aplicada de manera estricta y, dado que tal deber implica de por sí la limitación del ejercicio del derecho de huelga, este no debería exceder al contenido del convenio colectivo.

Para terminar con el análisis del deber de paz, cabe preguntarnos si, siendo este de carácter implícito o explícito, de alcance relativo o absoluto, no implicaría la renuncia al ejercicio de un derecho fundamental, como es el de la huelga y, por consiguiente, la teoría de la inmanencia sería inválida y, en todo caso, el pacto que contuviera la observación de tal deber, nulo.

Al respecto, se ha indicado que no se trata de un acto de disposición del derecho de huelga, sino que se trata de un instrumento de tutela del interés colectivo (lo que ambas partes pretenden es un acuerdo para dar por terminada una confrontación en curso, del que no puede extraerse una proyección hacia el futuro, a menos que se haya pactado expresamente), que solo sería inadmisible si abarca un campo o un plazo demasiado extenso[22]. Sin embargo, habría que indicar que realmente no se trata de una renuncia, sino de la limitación del ejercicio de un derecho. Incluso, el deber de paz laboral podría levantarse legítimamente cuando el empleador incumpliese algunas de las consideraciones laborales que sirvieron para que se pacte o por la alteración de las condiciones socioeconómicas o de cualquier clase que primaban al momento de acordarse.

Ahora, sin perjuicio de lo indicado, aunque consideramos que el deber de paz laboral no implica de por sí una renuncia al derecho de huelga, sino que condiciona su ejercicio, sí somos de la opinión que cualquiera fuese la modalidad de deber de paz por la que se opte (implícita o explícita), así como sus alcances (relativos o absolutos), cuando únicamente esté dirigida al ejercicio del derecho de huelga, su finalidad última será desincentivar el ejercicio del mismo y, por consiguiente afectará la libertad sindical, sin embargo, dado que se lo que se pretende proteger es el interés colectivo, tal limitación podría encontrarse justificada. Ahora, la posición plasmada descarta de por sí la existencia de un deber de paz implícito y absoluto, pues debiera pactarse y fijarse respecto de determinados puntos contenidos en el acuerdo colectivo y, claro está, si el contexto variase, sería posible quebrar el deber de paz. Una posición contraria, consideramos que sería incompatible con la proclamación de un Estado Social de Derecho, en donde se acepta la contraposición de poderes del empleador y los trabajadores, se reconoce la existencia del conflicto y se viabiliza a través de la concesión de una medida de fuerza, como es la huelga, elevándose a la misma a la categoría de derecho fundamental[23].

(21) DÄUBLER, Wolfgang. Ibid. P. 162.
(22) PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. "El derecho de la huelga". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1993. P. 304.
(23) Hay quienes sostienen que el deber de paz laboral es la vía a partir de la cual los sindicatos logran el objetivo

Entonces, reiteramos que no nos encontramos de acuerdo con la proclamación de un deber de paz puro, consideramos que esto contraviene los principios del Estado Social de Derecho y, en el último caso, se parece más a lo que dogmáticamente se ha denominado: "primas antihuelga".

2. Las primas antihuelga y los incentivos por asistencia perfecta o por reducción del ausentismo

La doctrina y la jurisprudencia han concordado al afirmar la diferencia existente entre las primas antihuelga y los incentivos por asistencia perfecta o por reducción del ausentismo, pronunciándose acerca de la ilegalidad de las primeras y, contrariamente a ello, respecto de la legalidad de las últimas.

Las primas antihuelga no son otra cosa que sumas dinerarias otorgadas a los trabajadores por el hecho de no ejercer el derecho de huelga. Este acuerdo puede celebrarse individual o colectivamente, estableciéndose en él la cuantía del beneficio, su periodicidad, forma de entrega y cualquier otra especificación acerca del mismo. Lo cierto es que es de carácter remunerativo y su contrapartida es el no ejercicio del derecho de huelga. Ahora, si el acuerdo estuviese contenido en un convenio colectivo constituiría una cláusula obligacional y, por consiguiente, el responsable por su cumplimiento será la organización sindical, contrariamente a si el acuerdo se celebrase con cada uno de los trabajadores.

Es decir, tal como lo indicase el Tribunal Constitucional Español a través de su Sentencia No. 189/1993, las primas antihuelga están directa y únicamente conectadas al ejercicio del derecho de huelga. Por consiguiente, a pesar de que, al igual que en cuanto al deber de paz laboral, mediante las primas antihuelga tampoco se renuncia al derecho de huelga, sino que se desincentiva su ejercicio, lo que de por sí, como lo hemos indicado anteriormente, afecta la libertad sindical, tanto en su faceta individual, como colectiva, y contraviene los principios del Estado Social de Derecho, ello, porque además de estar vinculadas únicamente al derecho de huelga, también son desproporcionadas respecto a la sanción que recae al ejercer el derecho, dado que, el solo hecho de participar en la medida deviene en la pérdida total del beneficio acordado, situación que afecta flagrantemente el principio de proporcionalidad[24].

En cuanto a los incentivos por asistencia perfecta o por ausentismo, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado su licitud, sobre la base de que este constituye un instrumento disuasorio de ausencias, que no se encuentra directa y únicamente conectado al ejercicio del derecho de huelga, ni se pierde por el mero hecho de ausencias por huelga. Este tipo de incentivos se encuentran condicionados a no superar ciertas cuotas de ausentismo, incluyendo en las causales que reducen el incentivo diversas situaciones, tales como las vinculadas a la conducta del trabajador (por ejemplo, las suspensiones derivadas de una sanción disciplinaria), las faltas al centro de trabajo por enfermedad, las licencias o permisos e, inclusive, las paralizaciones que devienen del ejercicio del derecho de huelga.

de obtener las condiciones laborales que persiguen y la empresa la viabilidad que necesita para desarrollar sus actividades, por consiguiente, al pretender un bien superior, que es el interés colectivo, sería válido

(24) MERCADER UGUINA, Jesús. "Modernas tendencias en la Ordenación Salarial". Aranzadi Editorial.

Adicionalmente a lo indicado, los incentivos por asistencia perfecta o por reducción del ausentismo, están directamente vinculados al nivel de cumplimiento del compromiso, de tal forma que se observa estrictamente el principio de proporcionalidad.

Tal como se aprecia, en la configuración de los incentivos por asistencia perfecta o por reducción del ausentismo el ejercicio del derecho de huelga no cumple un rol determinante para la obtención del beneficio, pues este se incorpora a una serie de condiciones adicionales que ostentan el mismo valor al momento de cuantificar el monto del beneficio que corresponde abonar a un trabajador. Es decir, el derecho de ejercitar la huelga se diluye entre otros aspectos de igual valor.

Lo que realmente se pretende a través de la celebración de este tipo de acuerdos es incrementar la productividad, incentivando, entre otros aspectos, la asistencia, la puntualidad y otros factores que repercuten en el nivel de productividad de la empresa, incluso, una adecuada compensación al trabajador, en función a los factores referidos.

Ahora, siguiendo a cierta jurisprudencia producida por el Tribunal Supremo Español, expedida con posterioridad a la Sentencia No. 189/1993 del Tribunal Constitucional Español, a la que nos refiriéramos párrafos arriba, dado que las ausencias que se materializan al ejercer el derecho de huelga son de naturaleza completamente distinta al resto de condiciones establecidas para obtener el incentivo por asistencia perfecta o reducción del ausentismo, aquellas no pueden ser consideradas a efectos del cálculo del beneficio, salvo que se encuentren expresamente contempladas en el acuerdo[25]. Entendemos que tal razonamiento responde a la naturaleza de derecho fundamental de la huelga, por lo que requiere de un tratamiento especial, en caso se le incluyese como condición para el cálculo de este tipo de beneficios. Nótese sin embargo, que no se proscribe la inclusión del derecho de huelga como factor que mellará la cuantía del incentivo, sino que se requiere su inclusión expresa como tal.

Cabe indicar que concordamos con esta última posición, ya que, incluir expresamente a la huelga como factor para la obtención del beneficio, reducirá la posibilidad de que se genere un conflicto en torno a la interpretación del acuerdo.

Finalmente, habiendo concluido acerca de la licitud de los incentivos por asistencia perfecta o por reducción del ausentismo, resulta pertinente preguntarnos si es posible que estos sean acordados de manera individual o debería hacerse siempre a través del organismo colectivo. Al respecto, consideramos que, siendo que este tipo de acuerdos no contemplan como factor fundamental al derecho de huelga, sino a otros diversos más vinculados al derecho al trabajo, pertenecientes a la esfera del trabajador como persona individual, sí resulta posible y plenamente lícito celebrarlos individualmente, hecho que no afectaría la libertad sindical.

III. CONCLUSIONES

1. La huelga es un derecho reconocido a nivel internacional, como un derecho humano e, incluso, a nivel nacional no existe discusión en cuanto a su rango de derecho

(25) Sentencia del 27 de diciembre de 1993, que fuese expedida por el Tribunal Supremo Español.

fundamental, al encontrarse expresamente reconocido por la Constitución Política de 1993.

2. En el Perú el derecho de huelga es uno de exigibilidad inmediata, sin embargo, extensamente regulado por la legislación sobre la materia, quien lo define y fija los lineamientos para su convocatoria, ejercicio, efectos, limitaciones, etc.

3. El deber de paz laboral es aquel compromiso asumido por los trabajadores de no ejercitar el derecho de huelga durante determinado período. Hay quienes sostienen que el deber referido es implícito al convenio colectivo, pudiendo incluso ser absoluto mientras que otro sector manifiesta que debe ser explícito, inclinándose por su relatividad.

4. El deber de paz laboral no implica una renuncia al derecho de huelga, sin embargo, sí constituye una limitación a su ejercicio, teniendo como justificación el interés colectivo. Por tales circunstancias, consideramos que el deber de paz laboral debería ser siempre explícito y relativo, cabiendo la posibilidad legítima de su quebrantamiento cuando el empleador no cumpliese con lo acordado respecto a su campo de acción, e incluso, cuando el contexto bajo el que se acordó variase.

5. A diferencia del deber de paz laboral, tal como se han planteado en el presente trabajo, sí consideramos que las primas antihuelga son ilícitas, ya que, constituyen una amplísima restricción del ejercicio del derecho de huelga y si se pretendiese resolver el acuerdo la sanción resulta siempre afectando el principio de proporcionalidad.

6. Finalmente, concordamos con quienes sostienen que los incentivos por asistencia perfecta o por reducción del ausentismo no afectan el ejercicio del derecho de huelga ni la libertad sindical. Pues, la estructura de este tipo de incentivos no contempla al derecho de huelga como un factor primordial, sino que se encuentra acompañado por otros diversos que determinará la obtención de una ventaja económica a favor de los trabajadores. Además de ello, a diferencia del caso de las primas antihuelga, en caso se quebrantase el acuerdo, la sanción que recaerá sobre los trabajadores respetará el principio de proporcionalidad.

EL ROL ESTATAL DE FOMENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

FERNANDO CUADROS LUQUE[1]

CHRISTIAN SÁNCHEZ REYES[2]

"Todos los derechos fundamentales –no solo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones- equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho. (…)
Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos por la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la esfera de lo decidible, delimitada y vinculada por aquellos derechos."
Luigi Ferrajoli, "El derecho como sistema de garantías".

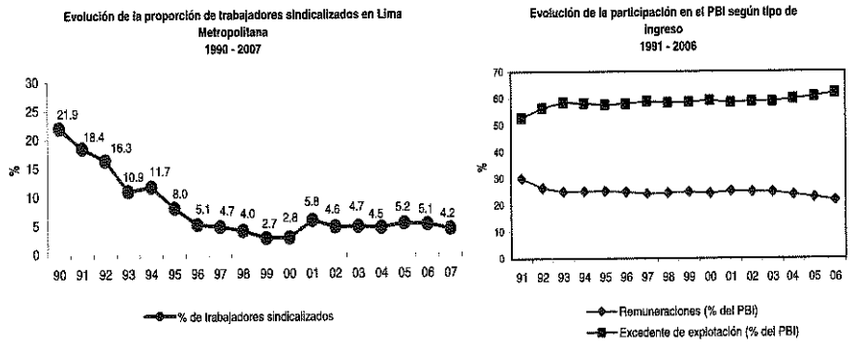
I. PANORAMA DE LA SINDICACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN PERÚ[3]

Luego de la reforma laboral de inicios de la década de los noventas, la tasa de sindicación sufrió una drástica caída. Así, en Lima Metropolitana el porcentaje de asalariados

(1) Economista
(2) Abogado
(3) El presente artículo presenta un enfoque económico y jurídico del desarrollo y vigencia de la negociación colectiva en el Perú, por su naturaleza y debido a los límites naturales del presente estudio, no explora las causas sociales, histórico culturales o ideológicas que provocaron el deliberado abandono estatal del rol de fomento de la negociación colectiva, sobre el particular puede revisarse el interesante estudio de Oscar Ermida Uriarte titulado "La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas. En: http://www.nuso.org/upload/articulos/2287_1.pdf. Adicionalmente, cabe precisar que este artículo se centra en el análisis de los trabajadores regulados por el régimen laboral de la actividad privada.

afiliados a algún sindicato pasó de 22% en 1990 a poco más de 4% en el 2007[4]. Cabe resaltar que este fenómeno estuvo acompañado por una reducción de la participación de las remuneraciones en el Producto Bruto Interno por tipo de ingreso, de 30% a 22% entre 1991 y 2006, y por un incremento de la participación del excedente de explotación[5], de 53% a 62% en el mismo período[6], lo cual incrementó la brecha entre ambos componentes en 17 puntos porcentuales del PBI (ver gráfico N° 1).

Gráfico N° 1



Fuente: Encuesta Nacional de Hogares Especializada en Niveles de Empleo, 1990 - 2007. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - MTPE.

Entre las principales razones que explicarían esta disminución en la tasa de sindicación se encuentran el límite mínimo de trabajadores impuesto para constituir un sindicato (20 trabajadores para sindicato de empresa y 50 trabajadores para sindicatos de otra naturaleza[7]), el uso intensivo de la contratación temporal por parte de la mediana y gran empresa[8], el crecimiento de la participación en el empleo de los trabajadores ocupados en el segmento de la microempresa[9], el incremento de la informalidad laboral, así como el debilitamiento de la capacidad fiscalizadora de la Autoridad Administrativa del Trabajo, entre otras (ver gráficos N° 2 y N° 3).

(4) Fuente: Encuesta de Hogares Especializada en Niveles de Empleo, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - MTPE.

(5) Comprende a la retribución al riesgo empresarial por su participación en el proceso productivo (alrededor del 87% del excedente de explotación en el año 2006) y al ingreso de los trabajadores independientes (alrededor del 13% del excedente de explotación en el año 2006).

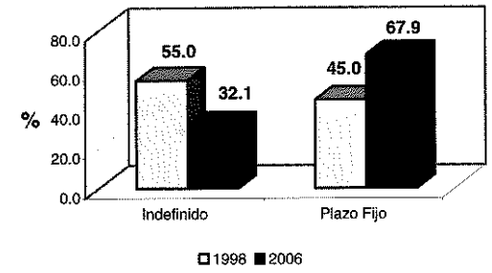
(6) Mientras que la participación del resto de componentes del PBI por tipo de ingreso se mantuvo constante. Fuente: Dirección Nacional de Cuentas Nacionales, Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI.

(7) Artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

(8) Ver: CUADROS, Fernando y SÁNCHEZ, Christian. "La contratación temporal en el Perú: la informalidad escondida", 2007.

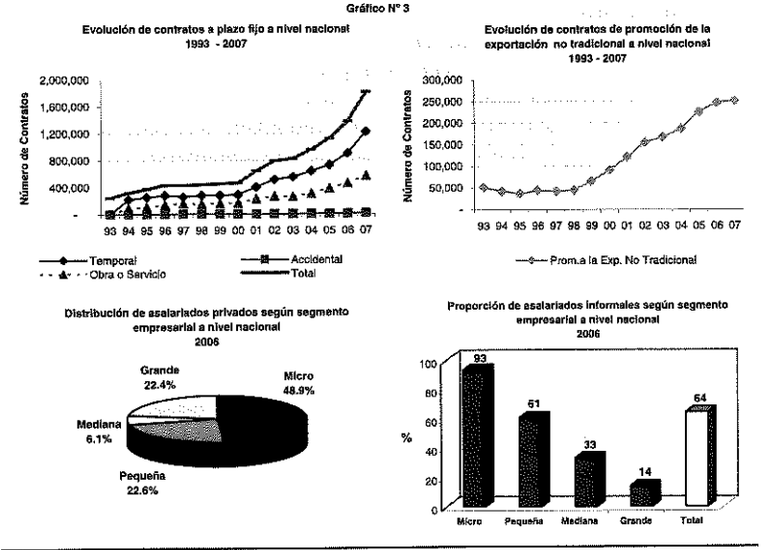
(9) Empresas con un máximo de 10 trabajadores y 150 UIT de ventas brutas anuales de acuerdo con la Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa.

Gráfico N° 2



Fuente: Encuesta Nacional de Hogares, continua 2006. INEI.

Gráfico N° 3



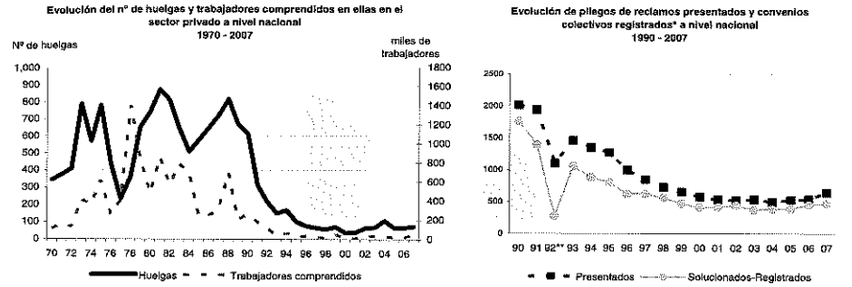
Fuente: Oficina de Estadística e Informática, MTPE; y Encuesta Nacional de Hogares, continua 2006. INEI.

Adicionalmente, es importante señalar que la caída en la tasa de sindicación se encuentra directamente correlacionada con la disminución del número de huelgas y de trabajadores comprendidos en ellas, de la cantidad de convenios colectivos registrados y de la proporción de trabajadores sujetos a negociación colectiva[10] durante los últimos diecisiete años. En ese sentido, se puede apreciar que las huelgas producidas en el 2007 y los trabajadores que participaron en ellas representan el 12% y 19% respectivamente de los valores observados

(10) Actualmente solo el 9% de asalariados privados formales se encuentran sujetos a negociación colectiva. Fuente: Hojas de Resumen de Planillas. Oficina de Estadística e Informática, MTPE.

en 1990, mientras que los convenios colectivos registrados en el 2007 constituyen la cuarta parte de los registrados a comienzos de la década pasada[11] (ver gráfico N° 4).

Gráfico N° 4

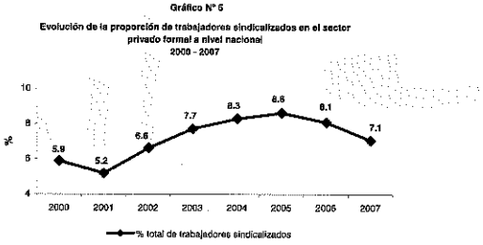


*Incluye Pliegos de reclamos presentados en años anteriores y solucionados a la fecha.
**La información de 1992 corresponde a Lima Metropolitana.
Fuente: Oficina de Estadística e Informática - MTPE .

Asimismo, como un factor adicional que ha contribuido al debilitamiento de la negociación colectiva, se debe destacar que la legislación actual impone, a falta de acuerdo entre trabajadores y empleador, un nivel determinado de negociación colectiva, el de empresa, a pesar de que la mayoría de unidades productivas no tienen el número suficiente de trabajadores para poder constituir una organización sindical a dicho nivel[12] (el 60% de asalariados privados se encuentra ocupado en empresas con menos de 20 trabajadores[13]).

Sin embargo, a partir de la información contenida en las hojas de resumen de planillas de empresas formales con 5 o más trabajadores, se puede observar que en el período 2000 - 2007 la tasa de sindicación de los trabajadores a nivel nacional ha mostrado una tendencia ligeramente creciente, pasando de 5,9% a 7,1%, aunque dicha recuperación aún resulta claramente insuficiente y parece haberse revertido en los últimos dos años[14] (ver gráfico N° 5).

Gráfico N° 5

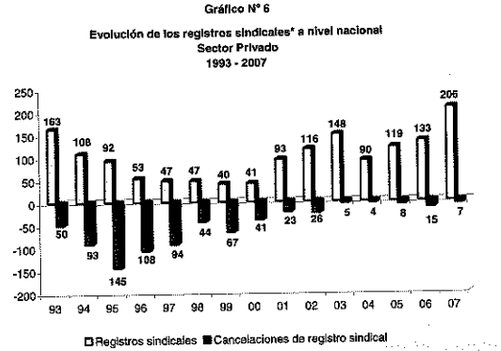


Fuente: Hojas de Resumen de Planillas. Oficina de Estadística e Informática - MTPE

(11) Fuente: Oficina de Estadística e Informática, MTPE.
(12) Según la información estadística disponible, en Europa Occidental predomina la negociación colectiva centralizada (nacional, por sector o regional), lo cual ha influido en las altas tasas de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva (alrededor del 80% en promedio). Ver: GARCÍA LAZO, Agustín. "Sindicatos y estrategias sindicales en las dos últimas décadas", 2002.
(13) Fuente: Encuesta Nacional de Hogares (ENAHO) – INEI, continua 2006.
(14) Si se incluye dentro de la población "sindicalizable" a los trabajadores que laboran en empresas formales de menos de cinco trabajadores y a los informales, la tasa de sindicación se reduce a 2.2%; y si se agrega al resto de la fuerza laboral (independientes, trabajadores del hogar, etc.), dicha tasa cae a 0.6%. Fuente: ENAHO – INEI; y Hojas de Resumen de Planillas. Oficina de Estadística e Informática, MTPE.

Lo señalado en el párrafo anterior se ve respaldado al analizar la evolución de los registros sindicales en el sector privado en el período 2001 – 2007, los cuales han crecido de manera importante[15], revirtiendo de esta forma la tendencia apreciada en años anteriores, donde eran superados por las cancelaciones de registro sindical[16] (ver gráfico N° 6).

Gráfico N° 6



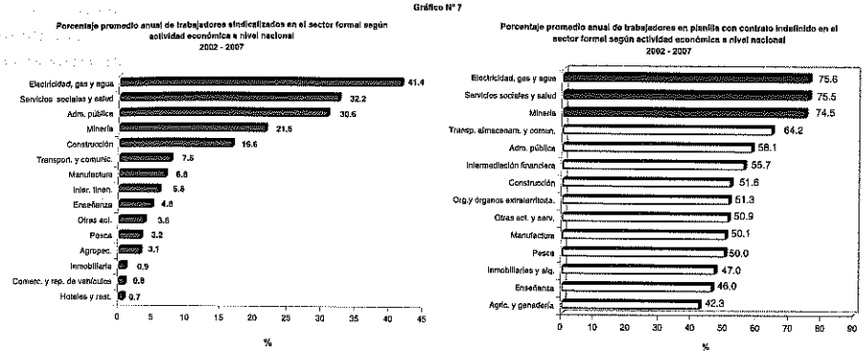
Fuente: Oficina de Estadística e Informática - MTPE
*Incluye sindicatos y federaciones.

De otro lado, si analizamos el nivel de sindicación según actividad económica, se aprecia que los sectores que registraron las mayores tasas de sindicación en el período 2002 - 2007 son electricidad, gas y agua (41%), servicios sociales y salud (32%), administración pública (31%), minería (22%) y construcción (17%); sin embargo, la mayoría de ellos tiene una participación poco significativa en el total del empleo asalariado, por lo que su contribución potencial para elevar la tasa de sindicación resulta muy reducida[17] (ver gráfico N° 7).

Un dato que resulta relevante es la verificación que las actividades económicas que registran las más altas tasas de sindicación son aquellas donde se observan las mayores proporciones de trabajadores registrados en planilla de manera indefinida[18], lo cual deja en claro el rol sumamente perjudicial que juega el uso extendido de la contratación a plazo fijo en el desarrollo de la sindicación[19]. Así, en la práctica el 10% de trabajadores contratados de manera indefinida[20] a nivel nacional constituiría el límite efectivo para el crecimiento de la sindicación[21] (ver gráfico N° 7).

(15) Fuente: Oficina de Estadística e Informática, MTPE.
(16) La caída de la tasa de sindicación en los últimos dos años a pesar del incremento de los registros sindicales, se explicaría por un mayor crecimiento de la población asalariada formal respecto a la sindicalizada, dado el uso intensivo de la contratación temporal.
(17) Fuente: Hojas de Resumen de Planillas. Oficina de Estadística e Informática, MTPE.
(18) Fuente: Hojas de Resumen de Planillas. Oficina de Estadística e Informática, MTPE.
(19) Al respecto ver: GARCÍA LAZO, Agustín. "Sindicatos y estrategias sindicales en las dos últimas décadas", 2002. El autor señala que en los ochenta se generalizó un proceso de flexibilización de las modalidades de contratación en Europa, incrementándose el peso de los contratos por tiempo determinado, lo cual constituyó un aspecto esencial para la disminución de los niveles de sindicación. Así, el cambio de un modelo de relación laboral sustancialmente concentrado en contratos por tiempo indefinido a un modelo en que la mayor parte de las nuevas contrataciones eran temporales, generó relaciones laborales caracterizadas por un mayor grado de inseguridad y, por tanto, menor interés por el conflicto, aparte de su desvinculación respecto de la negociación colectiva.
(20) Fuente: ENAHO - INEI, continua 2006.
(21) Dadas las restricciones legales a la negociación colectiva a nivel de rama.

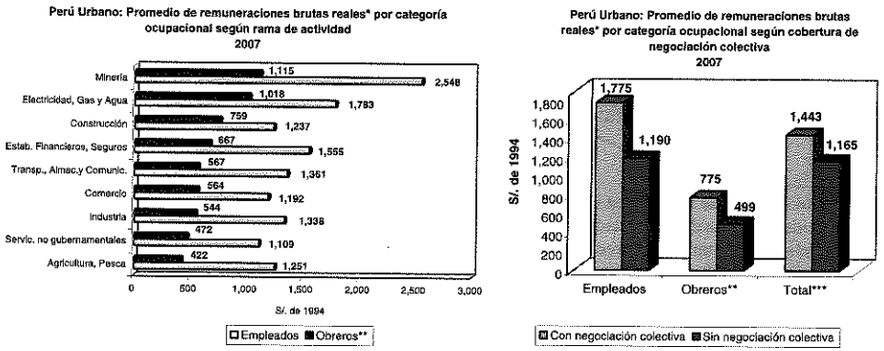
Gráfico N° 7



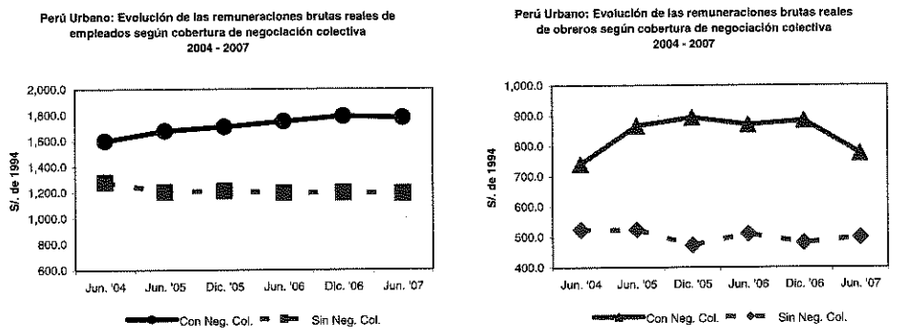
Fuente: Hojas de Resumen de Planillas (empresas con 5 o más trabajadores). Oficina de Estadística e Informática - MTPE

Adicionalmente, cabe resaltar que los trabajadores (empleados y obreros) que se desempeñan en las actividades con mayores tasas de sindicación muestran mejores niveles de remuneración mensual promedio que el resto[22]; lo mismo sucede para el caso de los trabajadores sujetos a negociación colectiva respecto de aquellos que no lo están, aun cuando pertenecen a la misma categoría ocupacional[23]. En ese aspecto, se debe agregar que en el período 2004 – 2007 las remuneraciones reales[24] mensuales promedio de los empleados y obreros cubiertos por negociación colectiva crecieron en 11.1% y 4.7% respectivamente, mientras que las de aquellos no sujetos a convenios colectivos cayeron en 7% y 4.7%, respectivamente[25]. Esto evidenciaría el papel trascendental que desempeñan la sindicación y la negociación colectiva en la consecución de incrementos remunerativos por parte de los trabajadores (ver gráfico N° 8).

Gráfico N° 8



(22) Lo cual no implica que las mayores remuneraciones mensuales promedio sean explicadas solo por la mayor sindicación.
(23) Fuente: Encuesta Nacional de Sueldos y Salarios 2007 (empresas de 10 a más trabajadores en el ámbito urbano), MTPE.
(24) Representan el poder de compra de las remuneraciones nominales.
(25) Fuente: Encuesta Nacional de Sueldos y Salarios, MTPE.



uente: Encuesta Nacional de Sueldos y Salarios, Jun. 2007 (empresas de 10 a más trabajadores). MTPE
En nuevos soles de 1994 (mide el poder de compra de las remuneraciones).
Los salarios de los obreros han sido mensualizados multiplicando el salario diario por 30 días.
* Incluye a ejecutivos, empleados y obreros.

Respecto a lo señalado en el párrafo anterior, es importante precisar que si bien los sectores con mejores niveles de ingreso laboral y sindicación como minería, electricidad, gas y agua, construcción y transportes, almacenamiento y comunicaciones también registran los mayores valores de producto por ocupado, lo cual explica en parte las mejores retribuciones percibidas por los trabajadores, el hecho que agrupen a cerca del 50% del total de convenios colectivos registrados en el año 2007[26] y a casi el 75% de las huelgas llevadas a cabo en ese mismo año[27], confirma lo señalado líneas arriba respecto a la incidencia de la sindicación y la negociación colectiva en el logro de mejores remuneraciones, inclusive en las actividades más productivas[28].

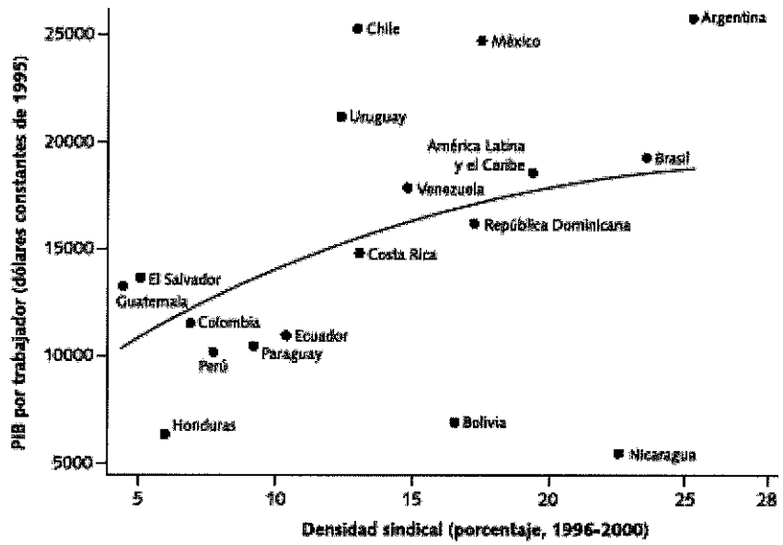
Por otro lado, a partir de información de la Organización Internacional del Trabajo se puede apreciar que existe una correlación directa entre el nivel de densidad sindical y la productividad media del trabajo en América Latina, situación que también podría cumplirse en cierta medida en Perú si se considera que los sectores con mayores niveles de productividad como electricidad, gas y agua, minería y construcción registran las más altas tasas de sindicación[29] (ver gráfico N° 9).

Esta constatación indicaría que el desarrollo de la sindicación podría influir de manera positiva en el crecimiento de la productividad de la mano de obra[30] al elevar la moral de los

(26) Y a más de la tercera parte de los trabajadores sujetos a negociación colectiva. Fuente: Oficina de Estadística e Informática, MTPE.
(27) Fuente: Oficina de Estadística e Informática, MTPE.
(28) Es más, se observa que incluso en dichas actividades, los trabajadores sujetos a negociación colectiva tienden a percibir mayores remuneraciones reales promedio que aquellos que no lo están (especialmente en el caso de los obreros). Fuente: Encuesta Nacional de Sueldos y Salarios en empresas privadas de 10 a más trabajadores, Lima Metropolitana 2006. MTPE.
(29) CHACALTANA, Juan ("Productividad del Trabajo en Perú", 2004) y TORERO, Máximo ("Union Density Changes and Union Effects on Firm Performance in Perú", 2002) encontraron que la sindicación guardaba una relación neutra con la productividad, dados los bajos niveles de sindicación en Perú, pero que esta se tornaría positiva en tanto se negocien temas relacionados a capacitación, seguridad y salud en el trabajo, incrementos salariales vinculados a mejoras en la productividad, entre otros.
(30) Existe evidencia empírica recolectada en Estados Unidos y Reino Unido la cual muestra que mientras más alto es el grado de competencia en un mercado y mejores las relaciones laborales, mayor es la influencia positiva de los sindicatos en la productividad de las empresas.

trabajadores, facilitar la colaboración con la dirección y mejorar las condiciones de trabajo; así como, al incrementar el capital humano, si se considera que mayores niveles de sindicación permitirían obtener más y mejores programas de capacitación para los trabajadores y, a la vez, elevar los incentivos para la inversión en capacitación por parte de las empresas y de los trabajadores, esto último al verse reducida la tasa de rotación laboral y mejorar las expectativas de alcanzar niveles remunerativos más elevados, respectivamente.(31)

Gráfico N° 9
América Latina: Relación entre el producto por trabajador y la tasa de sindicación



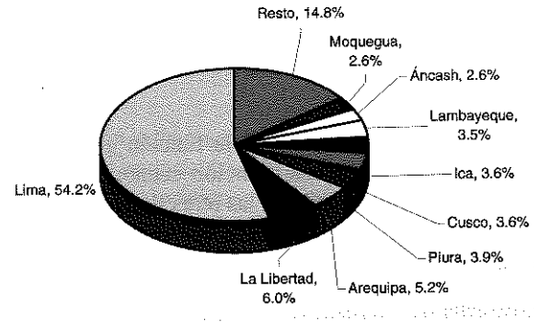
Fuente: OIT.

En lo referido a la concentración regional de la sindicación, se debe señalar que Lima absorbe a más de la mitad del total de trabajadores sindicalizados a nivel nacional (54.2%), lo cual es resultado fundamentalmente de la alta participación de la población asalariada de esta región en el total nacional (59%), ya que solo el 6.2% de los trabajadores asalariados de Lima se encuentra sindicalizado(32) (ver gráfico N° 10). Adicionalmente, cabe mencionar que las regiones que presentan las mayores tasas de sindicación son Amazonas (22.6%), Moquegua (21.5%), Pasco (15.6%) y Cuzco (13.1%), aunque registran un aporte escaso al total de asalariados(33).

(31) Ver: TZANNATOS, Zafiris y AIDT, Toke, "Los sindicatos, los resultados macroeconómicos y lo que cuenta para economistas y empresas", 2006.
(32) Fuente: Hojas de Resumen de Planillas. Oficina de Estadística e Informática, MTPE (2007).
(33) Fuente: Hojas de Resumen de Planillas. Oficina de Estadística e Informática, MTPE (2007).

Gráfico N° 10

Distribución del total de trabajadores sindicalizados en el sector privado formal según región 2007

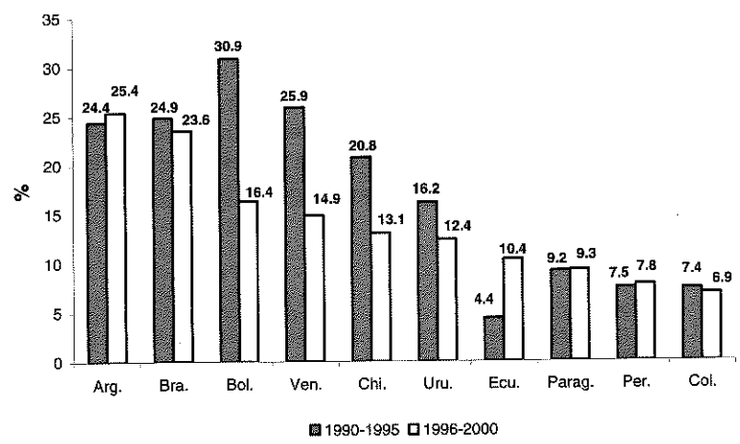


Fuente: Hojas de Resumen de Planillas. Oficina de Estadística e Informática - MTPE

Finalmente, es importante tomar en cuenta de manera referencial que según el ranking de densidad sindical elaborado por la Organización Internacional del Trabajo en el año 2001, el Perú figuraba en el penúltimo lugar de Sudamérica, con tasas de sindicación promedio de 7,5% y 7,8% en los períodos 1990 – 1995 y 1996 – 2000, respectivamente. Esto deja en evidencia el pobre desarrollo de la sindicación en el Perú, incluso para estándares latinoamericanos (ver gráfico N° 11).

Gráfico N° 11

Densidad sindical en Sudamérica*



Fuente: Organización Internacional del Trabajo
*Porcentaje de la fuerza de trabajo

II. EL DETERIORO DE LAS FUNCIONES GENÉRICAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA CONFIRMACIÓN DE UN MODELO INTERVENCIONISTA-RESTRICTIVO

No cabe duda que la negociación colectiva cumple con un papel esencial en "los procesos de producción y distribución de la riqueza, y también de asignación y ejercicio del poder"[34]; a la luz de las estadísticas presentadas en la sección anterior esta finalidad esencial queda ampliamente demostrada en lo que atañe a sus efectos positivos en la distribución de la riqueza generada por la empresa.

Ello pone en relieve la importancia de la función genérica de intercambio de la negociación colectiva, definida como una "función económica central"; sin perjuicio de reconocer el importante papel que despliegan las otras funciones (la "gubernamental" o de gobierno y regulación del sistema de relaciones de trabajo y la "organizacional" con énfasis en la organización y desarrollo del trabajo en la empresa).

La genérica función de intercambio contiene como función específica a la función "equilibradora o compensadora" de las desigualdades inherentes a las relaciones individuales de trabajo. Por su naturaleza, se conecta directamente con la cláusula de Estado Social y con el principio de igualdad, en su faceta de igualdad sustancial[35].

El estudio estadístico presentado anteriormente nos muestra que la negociación colectiva en el Perú en los últimos años ha perdido esa función esencial, desapareciendo su carácter equilibrador y compensador de las desigualdades económicas, funciones que han quedado relegadas a un sector reducido de la población asalariada, excluyendo a la mayoría y afectando el rol esencial que la Constitución otorga al Estado en el fomento de la negociación colectiva y como promotor de condiciones para el progreso social y económico de los trabajadores, conforme a los artículos 28° y 23°.

Es fácil concluir que las funciones genéricas "gubernamental" y "organizacional" de la negociación colectiva también han sufrido un menoscabo importante. Ello se deduce de la escasa cobertura de la negociación, su confinamiento a determinadas actividades económicas de escasa utilización de mano de obra y el fuerte impacto que ha tenido la informalidad laboral, lo que ha significado el encumbramiento del poder empresarial como el elemento regulador característico y predominante en las relaciones de trabajo o la simple desregulación de las relaciones individuales de trabajo. Una clara expresión de este fenómeno nos lo muestra el alto índice de trabajo en sobretiempo registrado por un estudio de la Organización

(34) VILLAVICENCIO RIOS. Alfredo. La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI. En: Revista de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la República Argentina. Año 2, número 3, Julio Diciembre del 2006. Página 132.

(35) "Por su parte, la igualdad ante la ley en su enfoque sustancial se verificará cuando actúe como una categoría trascendente, vale decir, como un fin perseguido por la propia norma que exige que esta se produzca y se aplique buscando equilibrar la "desigual" situación económica y social; nos referimos a lo que la doctrina alemana ha denominado "la igualdad a través de la ley" [0]: la norma opera como un instrumento transformador de la realidad y cauce para la consecución de objetivos igualitarios en la sociedad." En: QUIÑONES, Sergio y SÁNCHEZ, Christian. "Igualdad ante la ley y regímenes laborales especiales".

Internacional del Trabajo[36], según el cual en Perú el 50,9 % de los trabajadores labora más de 48 horas a la semana.

La ausencia de un efectivo control inspectivo por parte de la administración del trabajo sumado a la escasa presencia de estructuras sindicales que equilibren el poder de dirección empresarial limitando el tiempo de trabajo en la empresa a partir de una regulación autónoma del mismo han producido una desregulación fáctica, quedando librada la fijación del tiempo de trabajo a la decisión unilateral del empleador sino a la simple imposición del trabajo en sobretiempo.

Por su parte, la función gubernamental de la negociación, si bien ha mostrado el desarrollo de dos experiencias importantes de restauración del diálogo social posteriores a la década de los noventa y con un decidido impulso estatal a partir del año 2000 como son el Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo y el Acuerdo Nacional; ha mostrado escasos efectos concretos en materia de definición de políticas.

El Acuerdo Nacional resulta un marco de referencia ineludible para el desarrollo de políticas en relación al sector trabajo y promoción del empleo[37]. En dicho documento la Décimo Cuarta Política de Estado reafirma el compromiso de promover y propiciar en el marco de una economía social de mercado, la creación descentralizada de puestos de trabajo en concordancia con planes de desarrollo de alcance nacional, regional y local, mejorar la calidad del empleo y garantizar el acceso a la seguridad social. En este punto se desarrollan una serie de objetivos específicos que también sirven de marco de referencia para la definición de una política pública. Uno de los objetivos específicos de esta política dispone que el Estado: *"(c) garantizará el libre ejercicio de la sindicalización a través de una Ley General del Trabajo que unifique el derecho individual y el colectivo en concordancia con los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo y otros compromisos internacionales que cautelen los derechos laborales;(...)".*

(36) En el estudio de la OIT denominado *"Working Time Around the World: Trends in working hours, laws and policies in a global comparative perspectiva" se señala que* "En lo que se refiere a los países donde se registra la mayor incidencia de jornadas laborales extensas en 2004 - 2005 (con más de 48 horas a la semana), Perú encabezó la lista con 50,9 por ciento de los trabajadores (Nota 2), seguido por la República de Corea con 49,5 por ciento, Tailandia con 46,7 por ciento (Nota 3) y Pakistán con 44,4 por ciento. En los países desarrollados, donde las jornadas laborales suelen durar menos, esta proporción fue de 25,7 por ciento en Reino Unido, 25,5 por ciento en Israel, 20,4 por ciento en Australia, 19,2 por ciento en Suiza, y 18,1 por ciento en Estados Unidos." En: http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/Press_releases/lang--s/WCMS_082830#2.

(37) En la definición de los cuatro grandes objetivos que orientan la implementación de políticas de Estado, encontramos al primero de ellos denominado "Democracia y Estado de Derecho". En este objetivo se agrupan algunos compromisos que sirven de marco de referencia para la elaboración de una agenda sectorial en materia de trabajo. Entre ellos destacan: garantizar el pleno ejercicio de los derechos constitucionales, institucionalizar el diálogo y la concertación y la participación ciudadana, y garantizar la plena defensa de los derechos humanos con especial énfasis en el cumplimiento de los convenios internacionales sobre la materia. El segundo gran objetivo denominado "Equidad y justicia social", señala que el desarrollo humano integral es el eje de toda política de Estado, de ahí que se definan como compromisos específicos el promover la generación y el acceso al empleo digno y productivo, mediante el incremento de la inversión, la producción y el desarrollo empresarial. El tercer gran objetivo denominado "Competitividad del País", contiene un compromiso dirigido a promover el desarrollo de políticas que fomenten el empleo y la formación del capital humano.

De otro lado, en el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo también se han desarrollado experiencias de diálogo social tripartito aunque no tantas de concertación social tripartita. El largo debate de la Ley General del Trabajo por un espacio de casi siete años y las experiencias recientes en materia de concertación para la definición de parámetros objetivos que regulen la remuneración mínima vital, son experiencias exitosas de diálogo pero no necesariamente de concertación ni de definición o diseño de políticas públicas.

Los escasos avances en el cumplimiento de los objetivos definidos en la Décimo Cuarta Política de Estado del Acuerdo Nacional y las incipientes experiencias en materia de concertación social en el marco del Consejo, nos muestra que la experiencia de diálogo tripartito en nuestro país no ha podido transitar hacia un modelo de "legislación pactada". Ello se debe, entre otros factores, a la debilidad[38] de los actores sociales –y especialmente la que acusan los representantes de los trabajadores- quienes no han podido realizar una presión social[39] importante para asumir un rol definitorio en las políticas laborales y de empleo. Este panorama no hace más que reafirmar el tan criticado modelo intervencionista restrictivo[40] definido por Ermida como un modelo en el que la ley interviene en la regulación de la negociación colectiva no precisamente para promocionarla sino para producir un efecto contrario de limitación, control y sujeción[41].

III. ELEMENTOS ESENCIALES PARA RECOMPONER EL ROL ESTATAL DE FOMENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO SOCIAL, EL GARANTISMO Y LA PROGRESIVIDAD

El artículo 28° numeral 2° de la Constitución reconoce expresamente el rol de fomento de la negociación colectiva que corresponde asumir al Estado. El panorama de la negociación colectiva en nuestros tiempos nos muestra un alejamiento del Estado de los fines que la Constitución le encomienda.

(38) La debilidad "social" y la estrecho poder social al que aludimos queda ampliamente demostrado con las cifras relativas a tasa de afiliación contenidas en el punto anterior.

(39) "El movimiento sindical es débil en América Latina, hablando siempre en términos generales. Esa debilidad le lleva, por un lado, a carecer de fuerza para oponerse exitosamente a las imposiciones gubernamentales, sean estas normativas o no, y por el otro, a aceptar de buen grado una reglamentación que si bien le limita rigurosamente sus posibilidades teóricas de acción, de todos modos le garantiza un mínimo de derechos (el de existir, el de negociar dentro de ciertos parámetros estrechos), que de todos modos no podría alcanzar por sí solo." ERMIDA URIARTE. Oscar. La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas. Nueva Sociedad N° 128. Diciembre de 1993. Página 30. En: http://www.nuso.org/upload/articulos/2287_1.pdf

(40) Según Ermida "(…) la reglamentación heterónoma y la intervención estatal pueden tener, a su vez, dos orientaciones diversas. Puede tratarse de una reglamentación e intervención promocionales, de soporte o apoyo a la autonomía colectiva, o puede tratarse –como es frecuente en América Latina-, de una reglamentación e intervención de limitación, sujeción o control de la autonomía colectiva." En: La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas (…)." ERMIDA URIARTE. Ibid. Página 34.

(41) "En efecto, la reglamentación heterónoma de los sindicatos en Latinoamérica es asimétrica, no ya porque tenga caracteres de promoción, soporte o apoyo a la acción sindical, sino por lo inverso: por ser más reglamentarista, exigente, limitadora y restrictiva con los sindicatos de trabajadores, que con las organizaciones de empleadores, y asimismo, por ser más proclive a la reglamentación estructural del sindicato que a la protección de la acción sindical." ERMIDA URIARTE. Ibid. página 31.

Un primer alcance para la determinación del "rol promotor"[42] del Estado nos lo brinda el Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el expediente N° 0261-2003-AA/TC (caso CAPECO contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo), para quien la labor estatal de promoción no se agota en las medidas descritas en la sección anterior sino que abarca también la intervención directa del Estado a través de "acciones positivas" o medidas concretas que dispongan lo que el Tribunal ha calificado como un "plus de tutela" para alcanzar la efectividad y ejercicio pleno del derecho a la negociación colectiva. Las medidas concretas que se adopten en tal sentido podrán ser de distinto alcance o intensidad pero deberán ser concretas y mesurables.

Sin perjuicio de la posición asumida por el Tribunal, la definición de los alcances del rol estatal y la elección de instrumentos concretos de fomento, debe construirse a partir de una interpretación del texto constitucional en armonía con lo dispuesto en las normas internacionales y las técnicas de tutela de los derechos fundamentales. Proponemos tres vertientes para su definición y para la construcción de instrumentos efectivos de promoción.

La primera, constituida por el "garantismo" como técnica de protección de los derechos fundamentales, que ofrece un marco teórico apropiado y consecuente con los parámetros constitucionales. En su propuesta, resulta necesario distinguir entre el reconocimiento jurídico del derecho fundamental y las "garantías" destinadas a "reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad"[43], transitando de una dimensión formal de la democracia a un dimensión sustancial; esta es la perspectiva garantista que proponemos para el derecho del trabajo. Por la especial naturaleza de los derechos sociales, es posible reconocer en ellos un conjunto de obligaciones de hacer y no hacer que exigen del Estado correspondientes garantías de no lesión del derecho así como garantías de concreción y efectividad tan complejas que van desde medidas de carácter administrativo, judicial y hasta de inversión de recursos públicos.

La segunda vertiente proviene del sistema internacional de protección de derechos humanos, en el que se ha desarrollado un conjunto de criterios que obligan a los países a no

(42) Las limitaciones propias de la diferenciación entre obligaciones del Estado negativas y positivas, presentes con mayor acento en ciertos derechos fundamentales de naturaleza compleja (como lo es específicamente el derecho a la negociación colectiva), llevaron a la doctrina a construir un esquema que diferencia y clasifica las obligaciones estatales asumidas frente a un derecho fundamental -aplicable tanto a los derecho civiles y políticos como a los económicos, sociales y culturales- y que comprende cuatro categorías: obligaciones de respeto (obligación de respetar), obligaciones de protección (obligación de proteger), obligaciones de garantía (obligación de garantizar) y obligaciones de promoción (obligación de promover). Esta última obligación, la de promoción, está orientada a la creación de condiciones favorables para el ejercicio del derecho, ya sea desde los instrumentos del derecho colectivo o de la regulación específica de las relaciones individuales de trabajo en cuanto a la promoción de la negociación colectiva.

(43) "Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción ha sido previstas: las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen." FERRAJOLI. Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Página 25.

postergar el desarrollo de medidas (el compromiso de adoptar medidas no puede ser diferido ni condicionado), a adoptar las medidas dentro de un plazo razonablemente breve, así como a distinguir entre aquellas obligaciones estatales que tienen un desarrollo progresivo de aquellas que tiene un cumplimiento inmediato (por ejemplo, las vinculados al mandato de no discriminación)[44]. La configuración constitucional de la progresividad en materia de derechos sociales también ha sido definida por el Tribunal Constitucional y asumida por este en los términos antes descritos[45].

(44) *Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), del CDESC "1. El artículo 2 resulta especialmente importante para tener una comprensión cabal del Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones del Pacto. En él se describe la índole de las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados Partes en el Pacto. Estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado. Aunque algunas veces se ha hecho gran hincapié en las diferencias entre las formulaciones empleadas en esta disposición y las incluidas en el artículo 2 equivalente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no siempre se reconoce que también existen semejanzas importantes. En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas, que se analiza en una observación general aparte, que será examinada por el Comité en su sexto período de sesiones, consiste en que los Estados se "comprometen a garantizar" que los derechos pertinentes se ejercerán "sin discriminación...". El carácter progresivo de los derechos sociales, limita al legislador en el desmontaje de los desarrollos normativos, sin embargo, no impide la modificación de garantías o excepcionalmente la rebaja en el nivel de protección alcanzado cuando ello sea estrictamente necesario, razonablemente no existan medidas menos gravosas y existan otros derechos a tutelar (ponderación de derechos) y siempre que exista proporcionalidad en las medidas adoptadas.*

(45) *Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 2016-2004-AA/TC, caso Jose Luis Ramírez Condori, fundamentos jurídicos 11 al 13: "Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derechos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población. (...) 13. El reconocimiento de estos derechos exige, entonces, superar su concepción programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la vigencia del derecho (José Luis Cascajo Castro. La tutela constitucional de los derechos sociales. Cuadernos y Debates N.° 5. Madrid. 1998, pág. 53). También ver la sentencia recaída en el expediente N° 2945-2003-AA/TC, caso Azanca Alheli Meza García, fundamentos jurídicos 16 y 17:* "En razón de ello, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas. (…) Así lo ha señalado este Tribunal en anteriores sentencias, indicando que los derechos económicos, sociales y culturales en cuya concreción reside la clave del bien común, no deben aparecer como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas. En esa línea, se afirma que la realización progresiva de los derechos humanos a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que prive de todo contenido significativo las obligaciones de los estados establecidas en los pactos internacionales *(Bernales Ballesteros, Enrique. En: El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas. Comisión Andina de Juristas. Lima, 2004)."*

Finalmente, como tercera fuente de referencia, tenemos a la economía social de mercado[46] y la cláusula de Estado Social[47] que imprimen al Estado el deber de adoptar medidas legislativas que, además de fomentar la inversión privada, estén orientadas al cumplimiento de fines sociales de relevancia constitucional como son alcanzar una distribución equitativa del ingreso y el efectivo goce de los derechos económicos y sociales consagrados en la Constitución.

El rol de fomento del Estado en la negociación colectiva y las medidas concretas para plasmarlo en una concreta realidad jurídica, quedarían definidos por las tres vertientes interpretativas reseñadas anteriormente: la cláusula de estado social, el carácter progresivo de los derechos sociales y la definición de un derecho del trabajo garantista enfocado hacia el logro de mayores niveles de protección y equilibrio que garanticen el tránsito hacia una igualdad sustancial; este es el marco conceptual que proponemos para la interpretación del artículo 28° de la Constitución.

IV. EL DECISIVO APORTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE INSTRUMENTOS DE FOMENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La ausencia de un rol estatal de promoción efectivo, generador de la casi desaparición de la negociación colectiva, así como la implementación de un modelo de relaciones laborales que tiene como eje central a la autonomía individual y que en lo colectivo tiene evidentes rasgos de lo que la doctrina ha denominado como un modelo "restrictivo-intervencionista", determinaron que el rol garantista y promotor de la negociación colectiva sea asumido por el Tribunal Constitucional.

Desde la perspectiva de la Organización Internacional del Trabajo se admite un conjunto de instrumentos de fomento como son: los deberes de garantizar el acceso a información de la empresa, la obligación de negociar, entre otros; sin embargo, el fomento a la negociación colectiva a través de acciones positivas del Estado aparece neutralizado por el

(46) El Tribunal Constitucional ha señalado que: "(…) la economía social de mercado (...) trata de un modelo de economía de mercado que pone atención y preocupación en la corrección de desigualdades y en promover el desarrollo económico en un marco de justicia social (…)", añadiendo que "(…) la economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de Derecho. (...) debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada (...) por los tres elementos siguientes: a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso. (...) b) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social". Expediente N° 00008-2003-AI/TC. Fundamento 13 (a).

(47) El artículo 43° de la Constitución consagra al Estado Peruano como un Estado social, democrático y de derecho. La configuración de este modelo de Estado requiere de dos presupuestos básicos: la existencia de condiciones materiales para que la libertad como pilar básico del conjunto de derechos tenga el mayor despliegue y desarrollo y, la identificación del Estado con los fines sociales de su contenido que servirán de guía para su actuación u abstención. Así ha definido el Tribunal Constitucional el contenido de la cláusula de Estado Social, que se desprende del citado artículo 43 de la Constitución y complementa su contenido con los artículos 3 y 44 de la misma norma, en la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC, acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001, fundamentos 10 al 12.

principio de reconocimiento de la negociación voluntaria y la autonomía de las partes. Así, por ejemplo, se cuestiona la posibilidad de que a través de una disposición heterónoma, ajena a la voluntad de las partes, se fije un determinado nivel de negociación[48].

A partir de la particular perspectiva de los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, una intervención estatal de tal intensidad, que determine el nivel de la negociación y el contenido de la misma, colisionaría con el contenido esencial de la autonomía colectiva[49]. En efecto, en el marco de los pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo solo serían compatibles con el respeto a la autonomía colectiva aquellas medidas estatales de fomento de la primera negociación que permitan que, en aquellos casos en los que no exista un antecedente negocial, a falta de acuerdo entre las partes para determinar el nivel, la diferencia pueda ser sometida a arbitraje[50].

(48) OIT, Estudio General 1994, Sesión Nº 81 de la Conferencia. Libertad sindical y negociación colectiva: Fomento de la negociación colectiva. "Capítulo X. Fomento de la Negociación Colectiva. Introducción. El artículo 4 del Convenio núm. 98 dispone: "Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo" (Nota 1). Esta disposición comprende dos elementos esenciales, que son la acción de las autoridades públicas con miras a fomentar la negociación colectiva, y el carácter voluntario del recurso a la negociación, que conlleva la autonomía de las partes en la misma."

(49) OIT, Estudio General 1994, Sesion Nº 81 de la Conferencia. Libertad sindical y negociación colectiva: Fomento de la negociación colectiva. *"(...) una legislación que fije imperativamente el nivel de la negociación colectiva en un ámbito superior (sector, rama de actividad, etc.) plantea asimismo problemas de incompatibilidad con el Convenio. Normalmente, la elección del nivel de negociación debería corresponder a los propios interlocutores en la negociación; estos, en inmejorable posición para decidir cuál es el nivel más adecuado para llevarla a cabo, podrían incluso adoptar, si así lo desearan, un sistema mixto de acuerdos-marco, complementados por convenios en el ámbito local o acuerdos de empresa."*
Sobre la determinación del contenido negocial el informe expresa: "250. En ciertos países, la índole y gama de los temas negociables quedan determinados por la legislación, que ya sea prevé la discusión de ciertas cuestiones para asegurar que las partes resuelvan por sí mismas los principales problemas que les conciernen *(Nota 15)* o, por el contrario, prohíbe la negociación de otras materias por motivos de interés general o de orden público *(Nota 16)*. En otros sistemas, el cometido de reglamentar ciertas materias se reserva al legislador, el que puede, por ejemplo, excluir de la negociación ciertas materias que normalmente pertenecen a la esfera de las condiciones de empleo *(Nota 17)*. A juicio de la Comisión, las medidas que se aplican unilateralmente por las autoridades para restringir la gama de temas que pueden ser objeto de negociaciones son a menudo incompatibles con el Convenio; como método particularmente adecuado para remediar a este género de situaciones se dispone del procedimiento de consultas de carácter tripartito destinadas a establecer, de común acuerdo, las líneas directrices en materia de negociación colectiva."

(50) El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, durante la gestión de la Ministra Susana Pinilla, con motivo de la discusión de los artículos no consensuados del proyecto de Ley General del Trabajo propuso la siguiente fórmula: *"Capítulo I Bases de la Negociación Colectiva. Artículo 364°.- Niveles o ámbitos negociales. La negociación colectiva se llevará a cabo en el nivel que acuerden las partes. La controversia sobre la determinación del nivel en la primera negociación se resuelve dentro del procedimiento de conciliación regulado en el artículo 400 de esta Ley; de no llegar las partes a un acuerdo se aplicarán las reglas del arbitraje contenidas en los artículos 411 y siguientes de esta Ley. De existir negociación previa en algún nivel, para que sea sustituido o complementada por otra en un nivel distinto se requiere el acuerdo de partes. En el caso de concurrencia de convenios colectivos de distinto nivel, el convenio colectivo de ámbito mayor podrá determinar las reglas de articulación y solución de conflictos entre los convenios colectivos. De no existir tales reglas, se aplicará en su integridad el convenio colectivo más favorable, definido como tal por la mayoría absoluta de los trabajadores a los que comprenda el de nivel inferior".*

A pesar de lo expuesto, debemos recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a la obligación estatal de fomento de la negociación colectiva contenida en el ya mencionado artículo 28 numeral 2 de la Constitución. Conforme a lo dispuesto en la Sentencia recaída en el Expediente Nº 0261-2003-AA/TC, caso CAPECO contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, ante determinadas situaciones de diferenciación inadmisibles, el Estado tiene el deber de realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva. En tal sentido, el Estado quedaría habilitado a expedir normas que, sin desconocer que el nivel de negociación debe fijarse por acuerdo de partes, establezcan como nivel de negociación el de rama cuando no pueda arribarse a dicho acuerdo[51].

Ciñéndonos a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, nuestro ordenamiento constitucional admite que el Estado ejerza válidamente su rol de garante de la libertad sindical y promotor de la negociación colectiva conforme al artículo 28° de la Constitución y en armonía con lo dispuesto en el artículo 4° del Convenio Nº 98 de la OIT; atendiendo a las particularidades de una determinada actividad económica o tipo de trabajo desarrollado y considerando su efecto perjudicial directo en las relaciones colectivas entre trabajadores y empleadores.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- Luego de la reforma laboral de inicios de la década del noventa, las tasas de sindicación y de trabajadores sujetos a negociación colectiva, así como la cantidad de convenios colectivos registrados sufrieron una drástica caída a nivel nacional como consecuencia, fundamentalmente, de las restricciones impuestas a la libertad sindical, del uso intensivo de la contratación temporal y del debilitamiento de la capacidad fiscalizadora de la Autoridad Administrativa del Trabajo. En particular, hay que destacar que existe una implicancia e interdependencia entre la estabilidad de entrada y salida y las posibilidades reales de afiliarse a un sindicato.

- La reforma, inspirada en evidentes postulados económicos neoliberales, tuvo como eje central el encumbramiento de la autonomía individual como reguladora de las

(51) Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente Nº 0261-2003-AA/TC, caso CAPECO contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo: fundamente jurídico 3.3: *"(...) En suma, conforme se ha expuesto en los párrafos precedentes y de los actuados obrantes en el expediente, se desprende que el régimen laboral de los trabajadores del sector de construcción civil posee características muy singulares que lo diferencian del de otros sectores, destacando: a) la eventualidad, pues la relación laboral no es permanente; dura mientras se ejecute la labor para la cual los trabajadores han sido contratados o mientras dure la ejecución de la obra; y b) la ubicación relativa, pues no existe un lugar fijo y permanente donde se realicen las labores de construcción. En consecuencia, durante el desarrollo de su actividad laboral, el trabajador de construcción civil presta servicios para una multiplicidad de empleadores, tornando difusa la posibilidad de que pueda contar con una organización sindical a nivel de empresa, y resultando prácticamente inviable el que pueda negociar varias veces al año. Por ello, dada la situación peculiar del sector de construcción civil y con el fin de que la negociación colectiva no se torne en inoperante, es razonable y justificado que el Estado intervenga, estableciendo medidas que favorezcan una efectiva negociación. En ese sentido, deberán expulsarse de nuestro ordenamiento jurídico aquellas normas que resulten incompatibles con un eficaz fomento de la negociación colectiva en el sector de construcción civil, y de ser el caso, expedirse normas que sin desconocer que el nivel de negociación debe fijarse por acuerdo mutuo, establezcan como nivel de negociación el de rama de actividad cuando no pueda arribarse a dicho acuerdo."*

relaciones de trabajo con un paralelo debilitamiento de la autonomía colectiva. Esta política se aparta claramente de los parámetros constitucionales y de las obligaciones estatales derivadas de aquellos.

- La reducción de la tasa de sindicación estuvo acompañada por una disminución de la participación de las remuneraciones en el Producto Bruto Interno según tipo de ingreso y por un incremento de la participación de las utilidades de las empresas. De esta forma, la riqueza empresarial no encuentra canales institucionales de redistribución hacia los trabajadores, manifestándose un modelo de relaciones laborales dirigido a distanciar las relaciones entre el trabajo y la actividad empresarial como fuente de riqueza.

- Por otro lado, es importante señalar que las actividades económicas que registran las más altas tasas de sindicación poseen también las mayores proporciones de trabajadores registrados en planilla bajo contratación indefinida, así como los niveles remunerativos reales más elevados y absorben al grueso de convenios colectivos registrados, lo cual muestra el papel perjudicial que juega la contratación a plazo fijo en el incremento de los niveles de sindicación y el rol fundamental de los sindicatos y de la negociación colectiva en la obtención de mejoras en el nivel de ingresos de los trabajadores, incluso en los sectores más productivos. En ese sentido, se aprecia que en el período 2004 – 2007 las remuneraciones reales promedio de los trabajadores cubiertos por convenios colectivos se incrementaron, mientras que las de aquellos no sujetos a negociación colectiva se redujeron.

- Con ello, el modelo laboral se reveló como multiplicador de la desigualdad en contradicción abierta con la definición de un Estado social, dibujando una línea divisoria entre una clase trabajadora minoritaria con mejores posibilidades de incrementar su poder adquisitivo y una mejor capacidad productiva y una especie de sub clase trabajadora con ingresos deprimidos y escasa productividad.

- Adicionalmente, se observa que las actividades con mayores porcentajes de sindicación poseen las más altas tasas de productividad, lo cual indicaría que el movimiento sindical podría influir de manera positiva en la productividad de las empresas, a través de una mayor colaboración de los trabajadores con la dirección, mejores condiciones de trabajo e incentivos y acuerdos para el desarrollo de programas de capacitación que permitan incrementar el capital humano de las empresas.

- Si bien en los últimos años se ha dado un importante incremento en el número de registros sindicales, la tasa de sindicación no ha logrado recuperar los niveles que ostentaba a comienzos de la década pasada, entre otras cosas, debido a que los sectores que han experimentado una mayor recuperación en sus niveles de sindicación aportan una porción poco significativa al total del empleo asalariado, continúa el uso intensivo de la contratación a plazo fijo y se mantienen vigentes las principales restricciones legales impuestas a la libertad sindical.

- Revertir la situación descrita anteriormente es un objetivo estatal ineludible que tiene como punto de partida una intervención estatal en la regulación de las relaciones de trabajo individuales y colectivas coherentes con los fines de un Estado constitucional y social. La definición del rol estatal de fomento de la negociación colectiva y la determinación de medidas específicas para plasmarlo en una concreta realidad jurídica,

se debe llevar a cabo a partir de tres vertientes interpretativas: la cláusula de Estado social, el carácter progresivo de los derechos sociales y la definición de un derecho del trabajo garantista enfocado hacia el logro de mayores niveles de protección y equilibrio que garanticen el tránsito hacia una igualdad sustancial.

- En armonía con la conclusión anterior, se requiere adoptar un conjunto de medidas concretas y medibles de regulación del mercado de trabajo. De esta forma, a partir de la evidencia empírica revisada queda la certeza de que es necesario restringir el número de modalidades de contratación a plazo fijo y el plazo de duración de las mismas, ya que constituyen una gran barrera para el crecimiento de la sindicación al actuar como elementos disuasorios contra la afiliación sindical de los trabajadores, toda vez que la prerrogativa de renovación de contratos recae en los empleadores.

- Asimismo, resulta crucial la reducción del límite mínimo de trabajadores impuesto para constituir un sindicato de empresa o, en todo caso, el desarrollo de una legislación que favorezca niveles de negociación supra empresariales y la afiliación directa a organizaciones sindicales de grado superior como federaciones o confederaciones; ello en tanto el 60% de asalariados privados se encuentra ocupado en empresas con menos de 20 trabajadores.

- Por otro lado, es muy importante fortalecer la labor fiscalizadora y promotora de la sindicación de la Autoridad Administrativa del Trabajo, entre otras cosas, a través de programas de capacitación en materia de libertad sindical para los funcionarios encargados de la inspección del trabajo y del registro sindical.

- Finalmente, se debe señalar que es de vital importancia la promoción de la sindicación y negociación colectiva como herramientas para equilibrar el poder de negociación en el mercado de trabajo, elevar el nivel de productividad en las empresas y permitir incrementos remunerativos acordes al crecimiento de la productividad.

LA VIOLENCIA COMO ELEMENTO DESNATURALIZADOR DE LA HUELGA: ¿QUÉ NOS DICE LA LEY?

BORIS SEBASTIANI ARAUJO[1]

"La huelga es derecho fundamental, pero no es un fin en sí mismo"[2]

I. INTRODUCCIÓN

Nadie duda y es indiscutible que la huelga tiene una altísima trascendencia en las relaciones colectivas de trabajo, de ello tenemos la más profunda convicción. Es más, la huelga es un derecho constitucional que cuenta con un desarrollo legal y supranacional que la protege con intensidad ante cualquier acto que la trate de mermar. No obstante, en la realidad se han dado, se dan y se darán casos en los que el ejercicio de la huelga afecta derechos de terceros ajenos a la relación laboral e incluso de las mismas partes laborales en conflicto. Para ello, basta ver las noticias que los medios de comunicación describen, dentro de ellos las huelgas, y algunas de ellas contrarias a al orden público. Así, en esos casos, el trabajador no siempre respeta el carácter legal de la huelga al punto de desnaturalizarla y por ende convertirla en delincuencial o ilegal. En consecuencia, el presente trabajo tiene como objetivo expresar la respuesta que la ley peruana otorga a la violencia en el ejercicio de la huelga, partiendo de la premisa que ambos conceptos no son para nada compatibles pese a que a veces estamos casi habituados a que algunas huelgas tenga un matiz violento que la ley a todas luces prohíbe. En este contexto, cabe preguntarse si la ley protege y ampara a la huelga violenta, y en todo caso saber cuales son los medios con los que cuentan las personas dañadas con las huelgas que alteran el orden público. En suma, el análisis a expresar en estas líneas corresponde solo a esos casos.

---

(1) Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria, Abogados

(2) Oficina Internacional del Trabajo-Ginebra. Libertad Sindical y Negociación Colectiva Conferencia Internacional del Trabajo del año 1994 81° Reunión. Pag. 16

II. PROCEDIMIENTO LEGAL PARA EJERCITAR LA HUELGA.

La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo regula dos trámites administrativos respecto de la huelga, siendo el primero de ellos el de la procedencia y el segundo el de ilegalidad, los cuales obedecen a dos momentos diferentes de su ejercicio, pues mientras la procedencia se refiere al momento previo de la misma, la ilegalidad tiene que ver con la desnaturalización en la manifestación de la huelga. Así, como todo acto trascendente, la huelga no pueda ser abrupta (para ello está el procedimiento de procedencia) ni tampoco lesiva (procedimiento de ilegalidad). En ambos casos es la Autoridad Administrativa de Trabajo la que se pronuncia al respecto a través de la resolución de procedencia o ilegalidad. Veamos:

a) En cuanto al procedimiento de procedencia la ley exige que el Sindicato cumpla con el siguiente procedimiento de huelga, esto es:

- Haber agotado la negociación directa con el empleador.
- Que la asamblea decida ejercitar la huelga por acuerdo mayoritario mediante acta refrendada notarialmente.
- Que el Sindicato comunique y especifique el ámbito, duración, día y hora de inicio de la huelga, por lo menos con 5 días de antelación o con 10 días tratándose de servicios públicos esenciales, tanto al empleador como al Ministerio de Trabajo y que en dicha comunicación se adjunte copia del acta de votación.
- Que la Junta Directiva del Sindicato declare bajo juramento que ha cumplido con el procedimiento establecido descrito.
- Y que la negociación no haya sido sometida a arbitraje.

Luego de la verificación del cumplimiento de estos requisitos el Ministerio de Trabajo tendrá que pronunciarse respecto a la procedencia de la huelga y esta podrá ejercitarse conforme a ley. La omisión del cumplimiento de los requisitos descritos genera como contingencia que la huelga sea declarada improcedente.

b) De otro lado, el procedimiento de ilegalidad de la huelga se presenta en los siguientes casos:

- Si se materializa no obstante haber sido declarada improcedente.
- Si en su ejercicio ha sido violenta.
- Si ha llevado consigo cualquiera de las siguientes situaciones: paralización intempestiva, trabajo a desgano, reducción deliberada del rendimiento, trabajo a reglamento, paralización dentro del centro de trabajo u obstrucción del ingreso al centro de trabajo.
- En caso implique la suspensión de labores indispensables cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad y la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga (por lo general esta causal tiene que ver con servicios esenciales).

- Por no ser levantada después de notificado el laudo o resolución definitiva que ponga término a la controversia.

II. MARCO NORMATIVO DE LA HUELGA RESPECTO DE LA VIOLENCIA

En principio, la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuya influencia en todo marco normativo está fuera de duda, establece en su art. 20 que toda persona tiene el derecho a la libertad de reunión y asociación en forma pacífica. En ese sentido, el art. 8.1 del Convenio 87 de la OIT sobre la libertad sindical y protección a la sindicación, señala que "Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad".

En este contexto, el art. 28.2 de la Constitución Política del Perú determina que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, que cautela su ejercicio democrático, y que en ese sentido, promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales, además la Constitución Política señala que la huelga debe ejercerse en armonía con el interés social. Agrega, la Carta Magna, que la ley señala sus excepciones y limitaciones. En ese sentido, el art. 8.f de la Ley de Relaciones Colectivas determina que son fines y funciones de los sindicatos, en general, todos los que no estén reñidos con sus fines esenciales ni con las leyes. La misma ley, en el art. 11.e prescribe que los sindicatos están impedidos de realizar o estimular actividades contrarias a la ley o al orden público. El art. 72 de la misma ley al definir a la huelga expresa que la Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores. Más exacta es la disposición del art. 79 al regular que la huelga debe desarrollarse necesariamente en forma pacífica, sin recurrir a ningún tipo de violencia sobre personas o bienes. Inclusive el art. 81 señala que no están amparadas por la ley las modalidades irregulares de huelga, tales como paralización intempestiva, paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo. Amén del art. 84 que prescribe que la huelga será ilegal cuando por ocasión de ella se ha producido violencia sobre bienes o personas.

En ese sentido, La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (que tiene Status Consultivo Especial ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, y está acreditada para participar en las actividades de la Organización de Estados Americanos) ha señalado como uno de sus principios el rechazo del uso de la violencia y el terror como medio para enfrentar los problemas sociales. En esa línea, la Oficina Internacional del Trabajo de Ginebra ha señalado que el derecho a la huelga es un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio 87 de la OIT, pero a la par agrega que se debe poner relieve que el derecho de huelga no puede considerarse como un derecho absoluto, por lo que-señala la Oficina- la huelga no solo puede, en circunstancias excepcionales, ser objeto de una prohibición general, sino que también puede ser reglamentada por medio de

disposiciones que impongan las modalidades de ejercicio de ese derecho fundamental o restricciones a ese ejercicio"[3]

Como se aprecia, no solo existe un harto haz de normas supranacionales, constitucionales, y legales, que dentro de un punto de visto sistemático e integral reconocen que la huelga no es un derecho aislado sino que es parte de un todo, por lo que debe ejercitarse dentro de un marco ajeno a la violencia, sino también esta presente un pensamiento de instituciones importantes cuyo pensamiento reposa en el mismo criterio, el cual además coincide con el sentido común de cualquier sociedad democrática.

III. MARCO JURISPRUDENCIAL: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA HUELGA VIOLENTA.

Cabe destacar dos sentencias del Tribunal Constitucional:

1. Exp. 008-2005-PI/TC: Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley de Marco de Empleo Público.

En este proceso -cuya demanda fue desestimada- el Tribunal respecto de la huelga señaló lo siguiente:

- Que consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo. En tal contexto, por huelga debe entenderse, entonces, al abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales, la cual, dentro de determinadas condiciones, se encuentra amparada por la ley.
- Huelguista será aquel trabajador que ha decidido libremente participar en un movimiento reinvindicatorio.
- Debe quedar claramente establecido que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores. Por lo que debe advertirse que la huelga no es un derecho absoluto, sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos.

En suma, el TC en la sentencia comentada reconoce que "la huelga es una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendente a defender los legítimos intereses de los trabajadores", pero que debe ser ejercitada en armonía con el interés común, esto es, entre otras cosas, sin violencia.

(3) Oficina Internacional del Trabajo-Ginebra. Ibidem Pag. 71.

2. Exp. 3311-2005-AA/TC, Caso Atacocha.

Se trata de una demanda de amparo cuya sentencia ordenó la reposición de unos trabajadores en cuyos procedimientos de despido no se acreditó la participación de aquellos en los actos violentos producidos durante la paralización de labores en la Compañía Minera Atacocha, pues las cartas de imputación de cargos y de despido (con el mismo tenor y las mismas fechas) atribuyen de manera general las mismas responsabilidades a todos los trabajadores despedidos, incluyendo a los dirigentes sindicales, por los daños, desmanes y destrozos ocasionados durante la mencionada paralización de labores, por lo que ante esta vaguedad, el TC concluye que en dichas cartas no se han podido determinar las responsabilidades individuales vinculadas a hechos concretos sino que atribuye, abstracta y subjetivamente, la responsabilidad de los mencionados daños a la totalidad de la dirigencia sindical y a otros trabajadores sindicalizados. Además, señala el TC, la Fiscalía de Pasco no había podido inculpar a ninguno de los trabajadores por falta de pruebas.

Pese a ello, el Tribunal en este caso, deja constancia que los daños estuvieron probados (considerando 18 y parte resolutiva en lo que respecta a la notificación del Ministerio Público para que prosiga con las investigaciones penales), pero no la autoría de los mismos. Frente a esta realidad, el máximo intérprete de la constitucionalidad determinó que:

> "El ejercicio de los derechos laborales colectivos debe ser conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico vigente. Dicho ejercicio comporta el respeto de los derechos de terceros, en particular de los del empleador. En tal sentido, *nuestro sistema jurídico proscribe, prohíbe y sanciona los actos violentos y aquellos que puedan configurar delitos. Incurrir en tales actos comporta un ejercicio ilegítimo de los derechos*"

Es decir, ante la realidad del daño, el TC aprovechó la oportunidad de señalar lo que nuestra normas reconocen: Que la actividad sindical debe ser coherente con la ley, y por ende, está prohibido ejercitar dicha actividad de manera violenta, a tal nivel, que en caso fuera así, estaríamos – lo señala expresamente- ante el ejercicio ilegítimo de dicho derecho.

IV. LA HUELGA NO ES UN DERECHO ABSOLUTO: LOS DERECHOS DE TERCEROS

Dicen que el derecho de uno acaba cuando comienza el del otro. En este sentido, tenemos que ningún derecho es absoluto, y el de la huelga no es la excepción. Así tenemos que la calle, las plazas y las carreteras, han sido testigos de infinidad de huelgas, por lo que al ser aquellos lugares públicos, no solo están presentes los huelguistas, sino también personas absolutamente ajenas a la relación laboral en conflicto, como es el caso de un peatón, de un comerciante, de un chofer, así como los propietarios de diversos inmuebles o establecimientos comerciales colindantes, vehículos, niños, ancianos, mujeres, etc. Por ello, cuando la huelga se torna violenta, muchos de los mencionados pueden resultar (y han resultado) dañados.

Al respecto, el laboralista argentino Jorge Rodríguez Manzini, señala que orden público implica una limitación de la autonomía de la voluntad individual, dispuesta por la ley, con miras al interés general. Agrega que el orden público laboral constituye uno de los integrantes del orden público; entre los principios que este último impone se halla el protectorio de los trabajadores subordinados porque a la comunidad le interesa mantenerlo como uno de los principios que exige para el logro del bien común. De ello se desprende

que eventualmente pueden imponerse a través de leyes de orden público, normas que limiten las autonomías colectivas con miras al interés general[4].

Por ello, no se trata si el derecho a la huelga es más o menos importante que otro derecho, sino que su ejercicio no debe colisionar con derechos ajenos a la relación laboral, e inclusive respetar los derechos que son propios de la relación laboral. En este contexto, ante el ejercicio de una huelga violenta, podrían generarse daños, entre muchos otros, a los siguientes derechos constitucionales:

- La integridad moral, psíquica y física.
- El honor y la buena reputación.
- Al libre tránsito.
- A la reunión pacífica sin armas y al asociación conforme a ley.
- A trabajar libremente.
- A la propiedad.
- A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre.

Si bien todos estos derechos tienen el mismo rango normativo (pues son constitucionales), quizá por ser los que son dañados de manera más recurrente en el ejercicio de la huelga violenta, cabe hacer mención especial cabe hacer dos de ellos:

a. Al daño ilegítimo generado en contra del honor y la buena reputación del empleador a veces dañado durante las huelgas violentas, pues de acuerdo a lo que señala Carlos Blancas "la libertad de expresión en la relación laboral no es un derecho ilimitado, tiene que conformarse al respeto de los derechos y de la buena reputación de los demás, y a la seguridad y orden público. Los derechos fundamentales solo pueden ser limitados en razón de la necesidad de satisfacer a otros derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionales y mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Tales límites, pueden provenir del derecho al honor, dignidad e intimidad de las personas, y de la libertad de empresa, en cuanto esta constituye el fundamento de la buena imagen, la reputación o la credibilidad de la empresa en el mercado"[5]. En este contexto, tenemos que no es legal que durante la huelga se insulte al empleador, o se le difame en los medios de comunicación que les dan cobertura. Ante ello, se debe distinguir correctamente a la injuria, al faltamiento de palabra verbal, a la grave indisciplina de los actos que implican meros reclamos carentes de frases ofensivas[6],

(4) Jorge Rodríguez Manzini en "La Negociación Colectiva" Pag. 25, 39 y 40.
(5) Carlos Blancas en "Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo" Pag. 176.
(6) Ibidem Pag. 179. Blancas señala que: "No toda crítica, por dura que sea, constituye una ofensa o lesión al honor. Por ejemplo, en otro caso, sentencias de primera y segunda instancia consideraron inexistente la falta grave de injuria imputada a un dirigente sindical por suscribir un comunicado, aprobado por la asamblea general del sindicato, en el que se acusó a una empresa de haber negado el pago de utilidades, de destinar hacia China el 60.5% de sus ventas y de que el dinero de tales ventas retornara mediante productos sobrevaluados o simplemente no retornara. En este ejemplo, a criterio de las sentencias mencionadas, la primera afirmación no constituía injuria grave, pues solo implicaba un reclamo, y la segunda, al cuestionar la falta de inversión, no configuraba la imputación de un hecho delictuoso. Sin embargo, con discutible

en los que en todo caso, existe el trato directo o la vía administrativa o judicial, para exigir una solución o explicación a una demanda o petición que contenga un sustento que justifique la respectiva revisión del tema.

b. A la libertad de trabajo de los trabajadores que decidan no acatar la huelga, al respecto, Boza Pró [7], señala que "la huelga tiene dos dimensiones, una positiva, que consistiría en el ejercicio o participación activa en la medida de fuerza, conforme a la modalidad decidida por los trabajadores; y otra negativa, consistente en la facultad de los trabajadores, en ejercicio del propio derecho de huelga, de no plegarse a la medida de presión, pero que no los habilita a continuar cumpliendo con la prestación debida al empleador". Es más si la afiliación a la organización sindical es libre, el acatamiento a la huelga (decisión que además se toma en la asamblea sindical) lo debe ser también, sobretodo para los trabajadores no *afiliados a la organización sindical.*

V. CONSECUENCIAS DEL EJERCICIO ILEGAL DE LA HULEGA EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

Si la huelga se desarrolla inteligentemente dentro del marco legal, la consecuencia será que la medida de presión será exitosa. En cambio, si la huelga quebranta la ley, solo en ese caso, pueden presentarse las siguientes situaciones:

Primero.- Expedición de la resolución de improcedencia o ilegalidad.

Lo cual ya ha sido explicado en el ítem II.

Segundo.- Extinción del vínculo laboral.

Pueden configurarse, principalmente, las siguientes faltas graves:

- El abandono de trabajo[8].
- Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal

criterio, la Corte Suprema, al resolver el recurso de casación, declaró la validez del despido por considerar que la ley laboral no exige injuria grave sino solo injuria, para configurar la falta grave y que esta, además se configura cuando el trabajador quebrante la buena fe laboral y el principio de respeto mutuo mediante manifestaciones y expresiones emitidas con ánimo ofensivo o ultrajante, sea mediante agravio, sea mediante dichos que pongan en cuestión la honorabilidad de la contraparte o la legitimidad o legalidad de sus actos"

(7) Guillermo Boza Pro en "La Protección Constitucional de la Libertad Sindical" en Trabajo y Seguridad Social Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez , pag. 354.

(8) En mérito de la Casación N° 03 -97- Lima, 10 abr. 2001: No asistir al centro de trabajo durante los días de huelga que no ha sido declarada ilegal no constituye falta grave: "El punto de discrepancia que expresa la recurrente, es la calificación respecto de las faltas al centro de labores en que incurrido el actor, las cuales han sido calificadas por la Sala Superior como justificadas.(...), la resolución en que se funda la contradicción está referida únicamente a establecer que los días de ausencia al centro de trabajo podían ser consideradas faltas injustificadas en el supuesto que la autoridad de trabajo declarase ilegal la medida de huelga en virtud de la cual se produjeron las ausencias. (...), la sentencia de vista no contradice esta tesis, más bien la adecua al caso particular concluyendo que las ausencias del actor durante los días de huelga constituyeron el ejercicio regular de un derecho" Extracto obtenido de "Causas y efectos de la extinción del contrato de trabajo" de Javier Arévalo Vela y Oxal Avalos Jara. Pag. 128 y 129.

o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico, o de otros trabajadores, dentro o fuera del centro de trabajo, cuando los hechos directamente de la relación laboral.

- El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas, y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta.
- La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de la producción (lo cual además constituye una modalidad irregular de huelga).

Tercero.- Denuncia penal.

En principio, cabe advertir primero que en la 81° reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo del año 1994 se señaló que arrestar o detener a dirigentes sindicales y a sindicalistas, aún cuando sea durante períodos breves, por ejercer actividades sindicales legítimas y sin que se les haya imputado algún delito o se haya pronunciado una orden judicial contra ellos, constituye una violación grave de los principios de la libertad sindical. Si bien el ejercicio de actividades sindicales no confiere inmunidad ante las leyes penales ordinarias, las autoridades públicas no deberían basarse en las actividades sindicales legítimas como pretexto para adoptar medidas arbitrarias de arresto[9].

Por ello, depende de cada hecho particular para tipificar, si en la afectación del derecho a terceros o a las partes de la relación laboral hubo o no delito, pero en la variedad de actos punibles que se presentarían en podrían darse casos de homicidios, lesiones, exposición a peligro o abandono de personas en peligro, injuria, difamación, violación de domicilio, de la libertad personal, hurto, robo, daños, delitos contra los medios de transporte, contra la paz pública, violencia y resistencia a la autoridad, etc. Para ello, basta con recordar los casos delincuenciales que se presentan en la desnaturalización de las actividades sindicales, como por ejemplo algunos hechos del sector de construcción civil.

Cuarto.- Intervención de la Policía y del Ministerio Público.

Sobretodo en lo que respecta a la prevención del delito, y a reprimir los actos violentos durante el ejercicio de la huelga. La Oficina Internacional del Trabajo-Ginebra señala que "cuando se pueda temer que se produzcan desórdenes, la prohibición de manifestaciones o desfiles por la vía pública en los barrios más concurridos de una ciudad no constituye una violación de los derechos sindicales" [10]

Quinto.- Intervención del Estado o de la Sociedad Civil.

No se trata de actos de injerencia (lo cual está prohibido por la Ley y por el Convenio 98 de la OIT) sino de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje (regulados por la Ley de Relaciones Colectivas), incluso de las reuniones extra proceso ante la Sub

(9) Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Oficina Internacional del Trabajo-Ginebra. Conferencia Internacional del Trabajo del año 1994 81° Reunión. Pag. 16.
(10) Oficina Internacional del Trabajo-Ginebra Ibidem Pag. 19.

Dirección de Prevención de Conflictos de la Autoridad Administrativa de Trabajo a fin de poner coto al conflicto, estas últimas bastante utilizadas hoy en día.

Por ello, tal como bien lo señala la Oficina Internacional del Trabajo de Ginebra los "sindicatos no pueden prevalerse de ninguna forma de inmunidad"[11]. Pues, nadie es impune, ni las autoridades públicas, ni tampoco los ciudadanos ya sea en el ámbito familiar, civil o laboral.

VI. UN TEMA PARTICULAR: EL EJERCICIO DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES

De otro lado, algunos autores señalan que cuando la ley se transgrede hay violencia[12]. Naturalmente, se trata de un enfoque bastante particular, pero que en el caso de los servicios esenciales existen normas que condicionan el ejercicio de la huelga a cambio que quede un grupo de trabajadores para atender situaciones contingentes que pueden generar daños irreversibles ante la ausencia del personal.

Así, la Oficina Internacional del Trabajo señala que en una relación económica tradicional, uno de los medios de presión que disponen los trabajadores consiste en interrumpir la prestación de sus servicios retirando temporalmente su fuerza de trabajo, con arreglo a diversas modalidades, con lo cual se trata de ocasionar un costo al empleador para inducirlo a hacer concesiones. Esta lógica económica no puede aplicarse al pie de la letra en el sector público, aún cuando la interrupción del trabajo también constituye en este caso el último recurso de que disponen los trabajadores[13]. De ese modo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, señaló que solo se pueden considerar servicios esenciales aquellos cuya interrupción podría poner en peligro, la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.[14]

En ese contexto, Adolfo Ciudad señala que al estar protegido el derecho de huelga al más alto nivel normativo, la expresión servicios esenciales se llena de contenido bastante preciso, esto es, aquellos que satisfagan necesidades fundamentales reconocidas constitucionalmente al mismo nivel que el derecho de huelga. [15]

Recordemos que una de las modalidades de huelga ilegal es aquella que implique la suspensión de actividades a aquellas labores indispensables cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad y la conservación de los bienes. Como decía, en ese caso, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan. En este contexto, las empresas que prestan estos servicios esenciales, comunicarán a los trabajadores u organizaciones sindicales que los representan y a la Autoridad de Trabajo, el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios,

(11) Oficina Internacional del Trabajo-Ginebra Ibidem Pag. 70.
(12) Rafael Llanos Gamarra. Protección Constitucional de los Derechos Laborales en el Hostigamiento Sexual en el Libro del II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Pag. 298
(13) Oficina Internacional del Trabajo-Ginebra. Ibidem Pag. 16
(14) Adolfo Ciudad Reynaud en "Derecho a huelga y servicios esenciales" en Revista Laborem N° 03 Pag. 239
(15) Ibidem Pag. 242.

los horarios y turnos que deben cumplir, así como la periodicidad en que deben producirse los respectivos reemplazos. De acuerdo a la Ley de Relaciones Colectivas, dichos servicios públicos esenciales son: sanitarios y salubridad, limpieza y saneamiento, electricidad, agua y desagüe, gas y combustible, sepelio, y los de inhumaciones y necropsias, establecimientos penales, comunicaciones y telecomunicaciones, transporte, los de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacional, y otros que sean determinados por la Ley, como es el caso de la Ley del Sistema Portuario, modificado por el reciente Decreto Legislativo 1022, por el cual se ha declarado como servicio público esencial, la administración, operación, equipamiento y mantenimiento de la infraestructura portuaria de titularidad y uso público, así como la prestación de los servicios portuarios.

Por ejemplo, en una huelga médica (de quien nadie duda su derecho de ejercitarla, pero conforme al orden público), debe existir compatibilidad entre la atención de la salud y la referida huelga, a través de médicos que sigan laborando durante la huelga, y otros que ejerciten de manera directa esta medida de presión. En ambas situaciones se acata la huelga, pero de acuerdo a ley por tratarse de un servicio esencial que no puede paralizarse de manera total.

VII. ¿LA HUELGA TENDRÁ UN NUEVO ROSTRO EN EL PERÚ?

Esta interrogante[16] sin duda, es bastante compleja, pero que parece comenzar a tener una respuesta en base a dos hechos que se han presentado en los dos últimos años. Veamos:

1. El primero de ellos es el caso de una empresa textilera que aplicó la cláusula de terminación del plazo de los contratos de exportación no tradicional a un grupo de trabajadores, entre ellos algunos afiliados a la organización sindical, (situación cuya legalidad en la actualidad debe analizarse a la luz de la Directiva 001-2007-MTPE/2/11.4) lo cual no necesariamente es ilegal, debido a que dichos contratos de exportación no tradicional no se desnaturalizan con el transcurso de los años, pues hasta la fecha carecen de un tope máximo de años al respecto. Sucede que ante este hecho, la organización sindical puso en conocimiento tal situación a uno de los mejores clientes extranjeros de dicha textilería, la cual exigió la contratación de los ex - trabajadores a quienes no se les renovó su contrato de trabajo debido a que no podía comprar a una empresa que tuviera este tipo de conflictos laborales.

2. El segundo caso, es el de una empresa de venta por departamentos, en la que su organización sindical no tuvo otra forma más ingeniosa de presionar a su empleador, haciendo un plantón frente a una de sus sucursales más concurridas en las que expresaban sus desacuerdos. Naturalmente, esto provocó una reacción del empleador afín a los intereses de la organización sindical.

Inteligente, verdad? Como se aprecia, en ambos casos no se derramó ni una gota de sangre, no se bloqueó ninguna carretera, no se dañó la integridad física ni psicológica de

(16) Augusto Towsend y Rodrigo Acha en Semana Económica N° 1131: ¿Será este el nuevo rostro del sindicalismo en el Perú?

personas ajenas a la relación laboral en conflicto, tampoco se dañó la propiedad privada ni pública, por ende se trataron de protestas innovadoras, calculadas, pacíficas y sobre todo efectivas, y de aceptación social.

Por ello cabe preguntarse: ¿Estaremos ante una nueva etapa de acciones sindicales ajenas a la violencia y proclives a estrategias pensadas y efectivas como las descritas?. ¿Será la violencia o el incumplimiento de las normas una estrategia legal respetuosa de los derechos fundamentales de los demás? Sabemos que la respuesta a la segunda pregunta es negativa, por más que la gente se haya acostumbrado a tolerar las protestas violentas e impunes. Por ello, esperamos que las organizaciones sindicales, se modernicen, piensen mejor sus estrategias de presión con el objeto de no dañar el derecho ajeno y por ende respeten la legalidad que ellas tanto invocan, pues el ejercicio de un derecho cualquiera no tiene que significar la afectación de otros derechos.

Jorge Toyama[17] señala que estaríamos ante el final del Sindicato callejero, y que ante ello un aspecto interesante que ahora muestra la actividad sindical es una voluntad por sustituir los medios de presión tradicionales (huelgas, protestas en la calle) por herramientas más sofisticadas. "Bajo este contexto, los sindicatos estarían recurriendo a asesores financieros y legales de mayor renombre, máxime si los medios de comunicación cobijan mayor cobertura al movimiento sindical, otra herramienta con la cual empiezan a familiarizarse es el lobby (cabildeo), tanto nacional como internacional, como se vio en el debate del TLC con Estados Unidos, tal como señala Augusto Towsend y Rodrigo Acha.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Quisiéramos concluir con la otra cara de la verdad del fenómeno de la violencia en las huelgas y en general de la actividad sindical, para lo cual me remito al segundo Informe Mundial en materia de libertad sindical y negociación colectiva denominado "Organizar la Justicia Social"[18] que señala: "Sigue habiendo personas que pierden su vida o su libertad por intentar sindicarse y defender colectivamente sus derechos fundamentales. Entre los abusos graves se cuentan los asesinatos y otros actos de violencia, las detenciones y la negativa a conceder a las organizaciones el derecho a existir y funcionar". Pese a ello, el referido informe agrega que se han logrado avances significativos en cuanto a la aceptación y a la realización de los principios de la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva.

De otro lado, el maestro Luis Aparicio Valdez, citado por Raúl Saco Barrios[19], ha señalado que: "existe la necesidad de un planteamiento en materia laboral en nuevos términos, más modernos. Nos referimos, específicamente, a la generación de relaciones laborales menos conflictivas, más propicias a las metas de interés común y de mutuo beneficio de los actores, promotoras de la productividad y del salario, relacionadas con el conjunto social y afines a la competitividad de nuestros días".

(17) En Semana Económica N° 1131, reportaje de Augusto Towsend y Rodrigo Acha.
(18) "Segundo Informe Mundial sobre libertad sindical y negociación colectiva" en Revista Trabajo N° 51 del mes de Junio de 2004 Pag. 9.
(19) Raúl Saco Barrios en "Algunas Consideraciones sobre la crisis del sindicalismo en el Perú" en Trabajo y Seguridad Social Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez , pag. 361.

Por ello, el presente trabajo, con sus naturales limitaciones, ha tratado de presentar la otra cara de la sindicalización en nuestro país, que es la de la violencia. Ante ello, el único objetivo ha sido demostrar que existe un conjunto normativo de protección para el empleador y para las personas ajenas a la relación laboral en conflicto, cuando la huelga se desnaturaliza y deviene en ilegal.

De hecho existe el otro lado de la verdad, en el que la sindicalización muchas veces es atacada y por ende cabe aplicar los mecanismos legales de protección, pero eso es ya otra historia ajena a este trabajo que ha querido reflejar una de las vértices de una realidad sindical tan desigual en nuestro país. En ese contexto, lo que la ley propugna es la paz en las relaciones laborales, y en caso existan conflictos, estos no tienen porque apartarse de la legalidad, y el mejor remedio ante ello es la existencia de un permanente diálogo constructivo, productivo y eficaz entre el empleador y los trabajadores, justamente, ese es uno de los desafíos de los derechos colectivos en el siglo XXI.

LOS DERECHOS LABORALES COLECTIVOS EN EL SIGLO XXI

MICHAEL VIDAL SALAZAR[1]

INTRODUCCIÓN

El papel de los derechos laborales colectivos se ha visto identificado comúnmente con su aspecto regulador (la búsqueda de la celebración de un convenio colectivo), dejando de lado otras funciones asignadas a tales derechos.

Así pues, considerando el desequilibrio de poderes existente en la relación entre el trabajador individualmente considerado y su empleador, se ha otorgado a las agrupaciones de trabajadores la posibilidad de organizarse, negociar con el empleador y aplicar medidas de coacción directa ante el incumplimiento o indiferencia de este último. Tal situación, obviamente, no solo tiene una finalidad normativa, sino además, pacificadora.

En efecto, entendiendo que, tal como señala Kahn Freund, "el conflicto entre capital y trabajo es consustancial a la sociedad industrial y, por ello, a las relaciones laborales"[2] es indispensable la actuación de instituciones que puedan ayudar a la adecuada canalización del mismo, y con ello, a evitar su exteriorización. Tal situación, aceptada también por Ojeda Avilés, cuando afirma que "negar la existencia de conflictos en el mundo de las relaciones industriales parece actualmente una insensatez que nadie mantiene: incluso en aquellos países caracterizados por una sólida paz laboral"[3], se constituye en un peligro más que

(1) Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
(2) KAHN FREUND, Otto. Trabajo y Derecho. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987. p. 65.
(3) OJEDA AVILÉS, Antonio. Derecho Sindical. Octava edición. Madrid: Tecnos, 2003. p. 445-446.

latente en sociedades en las que la desigualdad y la falta de una respuesta adecuada conlleva a situaciones de abuso o exclusión social.

En tal sentido, la visión de los derechos laborales colectivos debe comprender como aspecto positivo su papel catalizador y pacificador en relaciones que son, por esencia y naturaleza, conflictivas. Tal conflictividad, originada en la situación de subordinación que se presenta (y debe presentarse) en toda relación laboral y la falta de poder de negociación del trabajador individualmente considerado (salvo casos excepcionales), solo puede ser mitigada con la posibilidad de que la parte trabajadora pueda defender sus intereses directamente.

Paralelamente, se puede observar que el ámbito del derecho del trabajo ya no es el mismo de hace algunas décadas, y que las nuevas tecnologías y necesidades empresariales, en el contexto actual, han llevado a que se generen nuevas figuras que sobrepasan a la relación laboral clásica. Tales figuras, nacidas a fines del siglo pasado, se han hecho mucho más comunes en la actualidad, y no cabe duda que se seguirán difundiendo en los próximos años.

Cabe preguntarnos entonces, ¿cuál es el papel que deben cumplir ante ello los derechos laborales colectivos?. Sin duda, las nuevas figuras que se presentan no son ajenas a esa situación de constante conflicto que amenaza a las relaciones de dependencia, aunque con particularidades que puedan justificar un tratamiento, en parte, diferenciado.

No nos cabe duda pues que los derechos laborales colectivos van a tener un papel importante en este nuevo panorama productivo, y de hecho ya lo tienen en varios ordenamientos. La ampliación de lo dispuesto en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a figuras no necesariamente laborales nos confirma ello.

De otro lado, y vinculado a lo anterior, los derechos laborales colectivos cumplen también una función de control del cumplimiento de disposiciones laborales (de cualquier origen). Si bien los mecanismos de control estatal (Autoridad de Trabajo o Poder Judicial) también están destinados a dicha fiscalización, no cabe duda que el control directo en muchos casos resulta más eficiente. No en vano se ha afirmado que "en lo que respecta a las relaciones laborales, las normas legales carecen a menudo de eficacia, si no se encuentran además reforzadas por sanciones sociales, es decir, del poder equilibrador de los sindicatos y demás organizaciones de trabajadores expresado a través de la consulta y negociación con el empleador y, en último término, si esta falla, mediante el cese concertado del trabajo"[4]. En ese sentido, aquellas figuras contractuales que, en cada caso en concreto, resulten contrarias al interés de los trabajadores, pueden ser denunciadas, cuestionadas o encausadas mediante la acción de los sujetos colectivos.

Es cierto que no puede perderse de vista la libertad de empresa del empleador, que justifica que organice su propio plan de producción. Sin embargo, el ejercicio de tal libertad no puede suponer de manera alguna la afectación de derechos de naturaleza laboral.

También es cierto que, ninguno de los fines antes citados será alcanzado con una utilización abusiva o irracional de las facultades otorgadas al grupo de trabajadores, por lo que las acciones sindicales deben estar sujetas a criterios de razonabilidad y paz. No podrá hablarse de un uso legítimo de las prerrogativas sindicales cuando las mismas deriven en

(4) KAHN FREUND, Otto. Op. cit. p. 55.

acciones violentas o la afectación irracional de los intereses empresariales. Ello solo ocasionaría la desnaturalización de la finalidad pacificadora de los derechos laborales colectivos, llevando, muy por el contrario de lo esperado, a la exteriorización del conflicto latente en toda relación de trabajo.

Bajo los términos antes citado, haremos algunos comentarios a figuras que se vienen presentando en el ámbito productivo, así como al papel que, en tales supuestos, juegan los derechos laborales colectivos, todo ello con una remisión continua al ordenamiento peruano.

LOS DERECHOS LABORALES COLECTIVOS Y EL GRUPO DE EMPRESA

El primer fenómeno al que vamos a hacer referencia es el del grupo de empresas. Al respecto, debemos señalar que las nuevas formas organizativas han llevado a que, mucho más que antes, podamos encontrar una pluralidad de empresas vinculadas entre sí, sea por una dependencia económica o jerárquica, o por una mera relación de coordinación. A partir de ello se constituyen los denominados grupos de empresas.

El concepto de grupo de empresa puede variar según los parámetros que se utilice para establecer la vinculación entre las personas jurídicas que lo conforman, y depende de la definición que cada ordenamiento recoja (por lo menos, cuando el tratamiento es a nivel nacional). Doctrinalmente, se ha señalado que "en estos grupos quedan articulados (...) bajo una dirección económica unitaria, lo que se supone que todas ellas actúan de forma coordinada, obedeciendo una planificación común de recursos y a una política empresarial conjunta"[5].

En este panorama pueden darse diversos tipos de vinculación, y con ello, distintas modalidades de grupos empresariales. Así pues, se señala que "los grupos se presentan con los más diversos aspectos y con las variadas denominaciones teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, lugar y de los objetivos conducentes de su existencia, sobresaliendo, entre ellos, el cartel, el consocio, el truste, la holding company, el conglomerado, la multinacional, el groupement d'intéretét économique y el konzern"[6].

La discusión si el grupo empresarial puede constituirse en sí mismo como un empleador, o si dicha calidad alcanza únicamente a cada empresa que lo compone, es un tema controversial. Mientras tanto pueden seguirse presentando situaciones que requieran una solución inmediata como sucede con la responsabilidad común de todas las empresas del grupo frente al incumplimiento laboral de alguna de ellas, en especial, cuando el trabajador afectado ha pasado por más de un integrante del grupo.

En el ámbito laboral colectivo, la situación se ha dirigido a establecer como ámbito para la formación de un sindicato y la negociación de un convenio, el de "grupo de empresa". Es decir, buscar un ámbito sindical que comprenda a trabajadores que laboran para

(5) MARTÍN VALVERDE, Antonio y Otros. Derecho del Trabajo. Decimocuarta edición. Madrid: Tecnos, 2005. p. 223.

(6) BUENO MAGANO, Octavio. Grupos económicos nacionales e internacionales. Su responsabilidad en cuanto a los derechos de los trabajadores. En: AAVV. Los Grupos de Empresas Nacionales y Multinacionales y el Derecho del Trabajo. México: Universidad Autónoma de México, 1982. p. 50.

distintas empresas que constituyen un grupo empresarial. En esa línea, y comentando el ordenamiento español, se ha señalado que "se discute si es posible incorporar, junto a los dos niveles de representación señalados, la representación a escala de grupo"[7]. La idea es que los trabajadores puedan organizarse en función a la pertenencia a dicho ente con la finalidad de negociar con las empresas que lo conforman.

En la práctica la situación es bastante similar con la negociación a nivel de rama de actividad, y hasta más justificada. En efecto, en el primer caso la vinculación se da por el tipo de actividad que desarrollan los empleadores, independientemente de alguna vinculación entre ellos. Sin embargo, en el ámbito del "grupo de empresa", la vinculación resulta tal que, como se ha mencionado, incluso se sostiene la existencia de un solo empleador. En este último caso, es evidente que las políticas remunerativas, de condiciones de trabajo, e incluso, de otorgamiento de prerrogativas sindicales, pueden tener un origen común, una sola fuente. En tal situación, la posibilidad de buscar un diálogo con el conjunto de empresas que forman parte de una organización mayor, constituye una oportunidad para que una pluralidad de intereses sea analizada bajo perspectivas de grupo y no aisladamente.

Nótese que tal situación no es cubierta por los clásicos niveles de empresa y rama de actividad. En el primer caso, estamos ante una agrupación de trabajadores que prestan servicios para un mismo empleador (empresa individualmente considerada), mientras en el segundo, el factor de conexión es una actividad empresarial común. En el ámbito de grupo de empresa los trabajadores se organizan pese a desarrollar labores para empleadores distintos, los que además, no se dedican a la misma actividad. Si bien dicha situación podría ser cubierta por la labor de las federaciones y confederaciones de trabajadores, lo cierto es que los requisitos comúnmente exigidos para ello (reunión de un número mínimo de sindicatos o federaciones) hacen mucho menos viable tal opción.

De otro lado, la posibilidad de optar por un nivel sindical de tales características se basa también en lo dispuesto por el artículo 2° del Convenio OIT N° 87, en que se señala que "los trabajadores y empleadores (...) tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen pertinentes". A partir de ello, el establecimiento de ámbitos de afiliación y niveles de negociación distintos a los clásicos (empresa y rama de actividad) es absolutamente posible.

En nuestro país, el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo ("TUO LRCT")[8] no regula expresamente el ámbito de "grupo de empresa", pero al amparo de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y lo dispuesto por el Convenio OIT N° 87 no podría negarse tal posibilidad.

En general, en relación al grupo de empresa no ha existido un desarrollo legal importante. Así pues, el ordenamiento peruano presenta únicamente algunas disposiciones de naturaleza mercantil que han tratado el tema, con fines propios de dicha especialidad[9].

(7) SEMPERE NAVARRO, Antonio y María ARETA MARTINEZ. El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 48. Madrid, 2004. p.109.

(8) Aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR

(9) La Resolución SBS N° 445-2000, de fecha 28 de junio de 2000, en la que se define al grupo económico como "conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas

Asimismo, alguna jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales laborales dirigida a establecer la existencia de continuidad laboral o responsabilidad solidaria[10]. A ello puede sumarse lo establecido recientemente en el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 2008, en el que se establece la responsabilidad solidaria en caso de grupos de empresas. Fuera de lo antes citado, no hay un desarrollo mayor, mucho menos en el campo de los derechos laborales colectivos.

Justamente, ello constituye una de las principales reformas contenidas en el Anteproyecto de Ley General del Trabajo[11]. En efecto, en dicha propuesta se señala que "hay un grupo de empresas cuando varias empresas, jurídicamente independientes, constituyen o actúan como una unidad económica y productiva de carácter permanente y están sujetas a una dirección única de contenido general", agregando que "cuando un trabajador ha prestado servicios en varias empresas que conforman un grupo, estas son solidariamente responsables por sus derechos" (artículo 6°). Asimismo, se establecen supuestos en los que se presume la existencia de un grupo de empresas[12]. Pero lo más importante, se regula como ámbito de sindicación el de "grupo de empresas"[13], estableciéndose como requisito para constituir un sindicato en dicho ámbito un mínimo de 50 trabajadores[14] y permitiendo la huelga en ese nivel[15].

A partir de una norma de ese tipo, los trabajadores podrían constituir organizaciones sindicales agrupándose en virtud a su pertenencia a empresas que forman parte de un mismo grupo empresarial, negociando en dicho nivel. Ello no solo es importante para los trabajadores, sino también para la parte empleadora, toda vez que la posición negociadora podría fundarse

jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión" (artículo 8°). Asimismo, la Resolución CONASEV N° 090-2005-EF-94.10, de fecha 23 de diciembre de 2005, que señala que "Grupo Económico es el conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control e una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales" (artículo 7°).

(10) En ese sentido, la Resolución de Vista de fecha 30 de diciembre de 2004, emitida por la Corte Superior de Lima en el Expediente N° 4388-BE-A.

(11) Elaborado por una comisión de expertos conformada por los doctores Carlos Blancas, Víctor Ferro, Javier Neves, Mario Pasco y Alfredo Villavicencio, actuando como Secretario Adolfo Ciudad.

(12) *"Artículo 7°.- Presunción de grupo de empresas*
Se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas, cuando:
Desarrollen en conjunto actividades que evidencian su integración económica o productiva;
Exista relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueran comunes;
Los órganos de dirección de las empresas están conformados, en proporción significativa, por las mismas personas; o,
Utilicen una idéntica denominación, marca o emblema".

(13) *"Artículo 318°.- Sindicatos*
Pueden constituirse sindicatos:
(...)
2. De grupo de empresas (...)"

(14) *"Artículo 323° Número mínimo de afiliados*
Para constituir un sindicato se requiere tener el número mínimo de afiliados siguientes:
En los sindicatos previstos en el numeral 1 del artículo 319°, diez (10), cuando la empresa tenga hasta cincuenta (50) trabajadores, y veinte (20), cuando la empresa tenga más de cincuenta (50) trabajadores; y,
Cincuenta (50), en los demás sindicatos".

(15) *"Artículo 380°.- Ámbitos de la huelga*
La huelga puede realizarse en cualquiera de los ámbitos previstos en el artículo 319°"

no solo en crisis económicas de una de las empresas empleadoras que conforman el grupo, sino de cualquiera de ellas. Tal situación, considerando las políticas corporativas actuales, podría no solo ser un adecuado mecanismo de canalización de reclamos de los trabajadores, sino también, de necesidades empresariales, lo que resulta idóneo considerando que, pese a la constante situación conflictiva latente, los sujetos laborales se necesitan uno al otro.

Ahora bien, con la globalización este fenómeno ha sobrepasado las fronteras de cada país, para adquirir un carácter multinacional. La situación presentada en Europa es graficada al señalarse que "la internalización de la economía y la consolidación de los principios de libre circulación de personas, capitales y servicios en el ámbito de la Unión Europea son algunos de los factores que han contribuido a que las empresas adquieran estructuras cada vez más complejas y sobrepasen los límites geográficos tradicionales para alcanzar dimensiones comunitarias y mundiales"[16]. Es justamente en ese continente en el que se ha desarrollado con mayor detenimiento este tema, debido especialmente a los procesos de integración por los que ha pasado. Al respecto, comentando el caso europeo, Sastre Ibarreche afirma que, en relación a las empresas trasnacionales, la actividad sindical consiste en "la coordinación de los sindicatos de los distintos países afectados y de las negociaciones trasnacionales"[17]. Ello no ha sucedido en América Latina, debido fundamentalmente a que los procesos de integración han sido mucho menos ricos y han estado limitados fundamentalmente a aspectos comerciales, no habiendo recogido seriamente aspectos relacionados a la materia bajo comentario.

2. LOS DERECHOS LABORALES COLECTIVOS Y LA SUBCONTRATACIÓN

Un segundo fenómeno que ha venido creciendo en estos últimos años es el de la subcontratación, también denominado como externalización de servicios laborales, y definido como el fenómeno por el cual el empleador se desvincula de una actividad o proceso del ciclo productivo que venía realizando para trasladarla a otro[18]. Los casos más simbólicos de subcontratación son la intermediación laboral y la tercerización. En el primer caso, se proporciona trabajadores, cuya actividad es dirigida y controlada por el empresario que se hace cargo de ellos, mientras en el segundo, se proporcionan determinados servicios o bienes, bajo la dirección y el control del contratista[19].

Tales supuestos, si bien son necesarios para la empresa, pueden suponer la afectación de derechos de naturaleza laboral, tanto en el ámbito individual como colectivo. Al respecto, en relación a la intermediación laboral (extendible también al caso de la tercerización), Villavicencio Ríos señala que la utilización de dicha figura puede generar peores condiciones de trabajo, especialmente económicas, para los trabajadores de las empresas que prestan el

(16) SEMPERE NAVARRO, Antonio y María ARETA MARTINEZ. Op. cit. p. 114-115.
(17) SASTRE IBARRECHE, Rafael. Algunas claves para un sindicalismo también globalizado. En: AAVV. Globalización económica y relaciones laborales. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2003. p. 186.
(18) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Instituciones del derecho laboral. Lima: Gaceta Jurídica, 2005. p. 262-263.
(19) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico. En: Ius et veritas N° 29. Lima, 2004. p. 146.

servicio, respecto de los trabajadores de la empresa contratante, pese a realizar las mismas o similares labores. Asimismo, respecto de los trabajadores de la empresa contratante, el recurso masivo al uso de la utilización de mano de obra externa rompe la unidad del colectivo laboral y puede llevar a la baja de las condiciones salariales y de trabajo. En el terreno de las relaciones colectivas de trabajo, la intermediación conlleva a la disminución del personal directamente contratado, con lo que las posibilidades de una tutela colectiva en la empresa contratante serían menores, perjudicando además la capacidad de presión de los trabajadores de esta. Del mismo modo, los trabajadores de las empresas de intermediación también pueden ver afectados sus derechos laborales colectivos al no gozar de una tutela colectiva propia por las dificultades que su precariedad trae consigo para la organización y actuación sindical[20].

Por ello, para determinar la validez de estás figuras, es necesario recurrir a la aplicación del principio de razonabilidad, analizando si las empresas han procedido de acuerdo a las reglas de la razón que justifiquen un proceso de tal naturaleza[21].

Si bien el análisis de tal razonabilidad puede ser realizado por las entidades estatales destinadas a la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones laborales, un mecanismo preventivo puede resultar más idóneo. Ello, sin embargo, no puede agotarse en establecer la prohibición de que la subcontratación sea utilizada para afectar los derechos laborales de los trabajadores, tal como sucede en la legislación peruana sobre intermediación laboral y tercerización[22]. Sino que además, es necesaria una política de control directa, en la que el papel de los derechos laborales colectivos resulta sumamente importante.

En efecto, con la finalidad de evitar que las figuras antes citadas sean utilizadas con el ánimo de perjudicar el derecho de los trabajadores de la empresa contratante del servicio, o incluso, de la empresa contratada, se plantea como opción un deber de información a las organizaciones sindicales o representantes de los trabajadores de las condiciones en que se acuerda la subcontratación, garantizando con ello una política contractual transparente, acorde con el derecho de contratación de la empresa pero también con la defensa de los derechos fundamentales de la parte trabajadora.

En nuestro país esta opción ha sido recogida en la reciente regulación de la tercerización. En efecto, el artículo 6° de la Ley N° 29245 establece la obligación de la empresa tercerizadora (contratada) de informar por escrito a los trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicio, a sus representantes, así como a las organizaciones sindicales y a los trabajadores de la empresa principal (contratante) la identidad de la empresa principal, las actividades que son objeto del contrato celebrado con la empresa principal y el lugar donde se ejecutarán dichas actividades. De acuerdo a lo establecido en el artículo 8° del Decreto

(20) Ibid. p. 155.
(21) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. cit. p. 263.
(22) El artículo 4° de la Ley N° 27626 establece que la intermediación laboral será nula de pleno derecho cuando haya tenido por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de derechos colectivos de los trabajadores que pertenecen a la empresa usuaria o a las entidades de intermediación. Asimismo, el artículo 8° de la misma norma, establece la prohibición de contratar estos servicios para cubrir puestos de personal que se encuentra ejerciendo el derecho de huelga. Por su parte, el artículo 7° de la Ley N° 29245 señala que la tercerización no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en las actividades de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de dirigentes amparados por el fuero sindical.

Supremo N° 006-2008-TR, la obligación de informar de la empresa tercerizadora se efectúa por escrito ante los trabajadores encargados de la obra o servicio, sus representantes y sus organizaciones sindicales, antes del desplazamiento. Con relación a los trabajadores de la empresa principal, dicha obligación se cumple a través de su empleador, el cual debe informar a la organización sindical o, en su defecto, a los delegados que representan a sus trabajadores, acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como las actividades que estos realizarán.

Como puede apreciarse, el objeto de la regulación comentada es que la organización sindical, o en su defecto, los representantes de los trabajadores, ejerzan una labor de control dirigida a que la tercerización se realice dentro de los términos legales establecidos y los parámetros de razonabilidad antes mencionados. En ese sentido, los derechos laborales colectivos juegan un papel importante de fiscalización, mucho más directo y eficaz que el que podría poner en práctica la autoridad administriva de trabajo o el Poder Judicial.

3. LOS DERECHOS LABORALES COLECTIVOS Y LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Un tercer fenómeno que consideramos importante tocar es el de los trabajadores autónomos. Esta categoría de trabajadores está constituida por aquellas personas que prestan servicios personales de forma independiente, es decir, sin la existencia del elemento de subordinación, característico de las relaciones laborales. Dentro de este grupo, la doctrina ha diferenciado a los trabajadores autónomos propiamente dichos, también denominados autopatronos, quienes actúan por cuenta propia, siendo titulares de su actividad o empresa, y que con frecuencia disponen de independencia económica; de los trabajadores semiautónomos, quienes son formalmente autónomos, vinculados a su cliente bajo una relación mercantil, pero sometidos a una dependencia económica por tener uno o muy pocos clientes cuyos pedidos les son vitales[23].

La doctrina discute si es que la titularidad de los derechos laborales, en especial los de naturaleza colectiva, pueden extenderse a estos grupos. La tendencia de los ordenamientos europeos ha sido a reconocer derechos sindicales por lo menos a los trabajadores calificados como semiautónomos. Ello, bajo el criterio que "los semiautónomos, o trabajadores con dependencia económica respecto de una empresa, con la cual mantienen una relación de colaboración continuada, pero formalizada mediante un contrato civil o mercantil de prestación de servicios, no pueden considerarse ya hoy como atípicos, como observa Carrieri, pues se trata de paraprofesionales, parasubordinados o paraautónomos"[24]

Dicho reconocimiento es parcial en el caso español en el que se les permite afiliarse a sindicatos de trabajadores dependientes, pero no constituir sus propios sindicatos, siendo el reconocimiento más amplio en países como Italia, en los que la jurisprudencia ha admitido "diversos casos de autónomos sin trabajadores a su servicio y de profesionales cuya cesación laboral se consideró huelga en lugar de cierre patronal"[25].

(23) OJEDA AVILÉS, Antonio. La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos. En: Ius et veritas N° 20. Lima, 2000. p. 302-303.
(24) OJEDA AVILÉS, Antonio. Derecho.... p. 172.
(25) OJEDA AVILÉS, Antonio. La sindicación... p. 307.

Esta ampliación de los derechos laborales a casos de trabajadores autónomos es explicada por Sanguineti Raymond cuando señala que "el hecho de que las normas civiles o mercantiles que disciplinan estas actividades no contengan previsión alguna que se dirija a contemplar la situación real de quienes prestan su trabajo bajo tales condiciones, unidos a la constatación cotidiana, por parte de los sujetos implicados, de sus similitudes a nivel social y económico respecto de trabajadores asalariados, han propiciado que estos vuelvan sus ojos cada vez con mayor insistencia hacia el Derecho del Trabajo, en demanda de la tutela que se les niega por otras vías"[26].

Sin embargo, tal posición no es unánime, y tiene su principal cuestionamiento en la naturaleza particular de la relación laboral frente a la relación civil o mercantil. En ese sentido, para Montoya Melgar, "hay a nuestro juicio dificultades para aplicar a los autónomos la normativa laboral, salvo que se acuñe un concepto de dependencia económica tan próximo a la laboral que prácticamente coincida y se confunda con esta"[27].

A nuestro entender, la dependencia citada puede justificar la ampliación del ámbito subjetivo de los derechos laborales, en especial, los colectivos. En efecto, considerando que la relación de desigualdad es similar a la de una relación laboral, y que, el elemento reinvindicativo está presente, reconocer la posibilidad de constituir sindicatos, e incluso negociar o declarar una huelga es una opción legítima, aunque debe estar sujeta a las limitación propias del carácter civil o mercantil de la relación.

En el ámbito normativo, el Convenio OIT N° 87 señala en su artículo 2° que "los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas". Por su parte, el artículo 4° del Convenio OIT N° 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva) establece que "deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo".

Si bien la referencia a "trabajadores" en contraposición a "empleadores" podría llevar a la conclusión de que las disposiciones contenidas en los citados convenios alcanza únicamente a los "trabajadores dependientes", es decir, contratados bajo un vínculo laboral, la propia OIT se ha pronunciado señalando que "en base a los principios de libertad sindical, todos los trabajadores – con sola excepción de los miembros de las fuerzas armadas y la policía – deberían tener derecho de constituir organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a las mismas". A ello agrega que "el criterio para determinar las personas cubiertas por este derecho no se funda por tanto en la existencia de un vínculo laboral con

(26) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Contrato de Trabajo y Nuevos Sistemas Productivos. Lima: ARA, 1997. p. 69.
(27) MONTOYA MELGAR, Alfredo. El ámbito del Derecho del Trabajo: Tendencias actuales. En: AAVV. Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez. Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social / Grijley, 2008. p. 187.

un empleador, que a menudo no existe, por ejemplo en el caso de los trabajadores de la agricultura, los trabajadores autónomos en general o los desempeñan profesiones liberales, y que, sin embargo, debe disfrutar del derecho de organizarse".

Queda claro pues que, para los órganos de consulta de la OIT, la libertad sindical alcanza no solo a los trabajadores dependientes, sino también a los trabajadores independientes, por lo menos en lo que se refiere al derecho de organizar un sindicato o afiliarse al mismo. Quedaría una interrogante en relación a los derechos de negociación colectiva y huelga, que complementan a la libertad sindical en sentido estricto (sindicación) y la hacen viable. Desde un punto de vista teórico, el reconocimiento del derecho de sindicación contendría un reconocimiento implícito de los derechos de negociación colectiva y huelga, situación que en el caso de los "trabajadores independientes" se vería relativizada en los casos que no exista una contraparte a la que se pueda dirigir un pedido reivindicativo. Ello ha llevado pues a que algunas legislaciones hayan previsto el derecho de los trabajadores autónomos a sindicarse, sin reconocerles necesariamente el derecho a negociación colectiva o huelga.

En relación al resto de tratados de derechos humanos, la mayoría no limita la titularidad de los derechos laborales colectivos a los trabajadores dependientes, consagrándolo a favor de toda persona(28). Únicamente el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace referencia al término "trabajadores" al establecer que los Estados Partes garantizan "el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses" (artículo 8.2. "a"), reconociendo además el derecho a la huelga (artículo 8°.1 "b").

En el caso peruano, a diferencia de la Constitución de 1979, la Constitución de 1993, no prevé expresamente el reconocimiento de derechos sindicales a los trabajadores autónomos. En efecto, la Constitución de 1979, señalaba en su artículo 52° que "los trabajadores no dependientes de una relación de trabajo, pueden organizarse para la defensa de sus derechos. Les son aplicables en lo pertinente las disposiciones que rigen para los sindicatos". Con ello, podía entenderse incluso que los trabajadores independientes podían llegar a gozar del derecho a negociación colectiva y huelga en lo que pudiera ser pertinente.

Tal reconocimiento expreso ha sido omitido en la Constitución actual, la cual establece en su artículo 28° que "el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga" sin comprender expresamente entre sus titulares a los trabajadores independientes. Sin embargo, considerando lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la propia Constitución, que dispone que "las normas relativas a los derechos y a las libertades

(28) En el ámbito mundial, la Declaración Universal de Derechos Humanos indica que *"**toda persona** tiene derecho a **fundar sindicatos y a sindicarse** para la defensa de sus intereses"* (artículo 23°.4). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que los Estados Partes se comprometen a garantizar *"el derechos de **toda persona** a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección"* (artículo 8°.1 "a"), así como *"el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país"* (artículo 8.1 "d"). A nivel regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala que *"**toda persona** tiene derecho a asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, **sindical** o de cualquier otro orden"* (artículo XXII). Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce que *"**todas las personas** tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, **laborales**, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole"* (artículo 16°.1).

que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú", sería cuestionable negar a los trabajadores independientes la titularidad de los derechos sindicales, en especial, el de sindicación.

En esa línea el TUO LRCT señala en su artículo 6° que "las organizaciones de trabajadores no dependientes de una relación de trabajo se regirán por lo dispuesto en el presente Decreto Ley, en lo que les sea aplicable". Esta disposición que recogería el mínimo de reconocimiento de derechos sindicales a los trabajadores autónomos, ha sido entendida como una norma que estaría limitada al derecho de formar sindicatos, especialmente por la inexistencia de fines reivindicativos en el reclamo de este tipo de trabajadores debido a la falta de un empleador receptor de los mismos. Ello además se deduciría de la ubicación del artículo 6° en el Título II de la Ley, referido a la Libertad Sindical (la Negociación Colectiva y la Huelga están regulados en los Títulos III y IV, respectivamente), siendo su alcance incluso parcial en esa materia. En tal sentido, se señala que "el artículo bajo comentario hace alusión a la aplicabilidad de las normas de todo el Decreto Ley, pero en estricto, serán de aplicación, parcialmente, algunas de las normas contenidas exclusivamente en el Título II, De la libertad sindical" de las que se excluyen, por ejemplo, la regulación sobre descuentos sindicales, facilidades sindicales o fuero sindical(29).

Con relación a la regulación contenida en el TUO LRCT, se ha señalado también que la situación de los trabajadores independientes es sustancialmente distinta a los dependientes, en tal sentido "la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo está dirigida preferentemente al trabajo realizado bajo situación de dependencia. De ahí que los trabajadores independientes (denominados no dependientes) solo puedan acogerse a la ley en algunos aspectos de la misma que tienen que se restablecidos en cada situación concreta"(30).

A nuestro entender, en el ordenamiento peruano, los trabajadores independientes tienen derecho a sindicarse, siendo de aplicación las normas referidas a libertad sindical, negociación colectiva y huelga en lo que sean pertinentes. En efecto, considerando lo establecido en la Constitución y los tratados internacionales, no podría negarse a los trabajadores autónomos el derecho a formar sindicatos, aunque pudiendo limitarse el mismo. Asimismo, excepcionalmente, también podrían gozar de derechos de negociación colectiva y huelga, para lo cual debe realizarse un análisis de cada caso en particular.

Nos explicamos. Considerando las características especiales que se presentan en el caso de los trabajadores autónomos, pueden presentarse casos en los que la utilización de la negociación colectiva y la huelga, si bien pueden comprender un reclamo reivindicativo al estar dirigido contra sus contratantes y buscar mejoras económicas y de condiciones del servicio, también puede suponer la vulneración de reglas comerciales, aplicables a las relaciones de mercado entabladas entre ellos. En tales supuestos, las disposiciones contenidas en el TUO LRCT sobre negociación colectiva y huelga no serían aplicables.

(29) BOZA PRO, Guillermo y Otros. Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada. Lima: Consultores Jurídicos Asociados S.A., 1994. p. 25.

(30) ELIAS MANTERO, Fernando. Comentario exegético del Decreto Ley 25593 – Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo – con las modificaciones introducida por la Ley 27912 (Artículos 4° al 7°). En: Actualidad Laboral. Lima, Mayo 2003. p. 15.

Lo importante es pues que los derechos colectivos laborales cumplan en este caso un papel de protección, así como una función catalizadora de situaciones conflictivas que se asemejan a relación de trabajo, pero sin olvidar el carácter comercial de las primeras y las reglas que por ello le aplica el mercado.

4. LOS DERECHOS LABORALES COLECTIVOS Y EL TELETRABAJO

Finalmente, encontramos el caso del teletrabajo, es decir, al "trabajo 'a distancia', propio de las labores de mediana o alta cualificación, en el que la dirección y el control directos sobre la actividad del trabajador han sido sustituidos por la comunicación con el mismo a través de los medios informáticos o audiovisuales"(31). En este caso, el trabajador "desarrolla así su prestación fuera de la empresa, bien en su domicilio o en otro lugar habilitado al efecto, muchas veces sin estar sujeto a horario o jornada de trabajo, sirviéndose de tales medios para enviar o recibir encargos"(32).

Sobre esta figura se señala que "se ha producido la integración lógica y obligada en el marco del Derecho del Trabajo de los por cuenta ajena y dependientes (conectados por su terminal al ordenador central de la empresa –on line-, de tal modo que el ordenador lejos de ser un elemento distanciador pasa a ser un instrumento de control empresarial). La integración de este moderno tipo de trabajadores en el Derecho del Trabajado no ha obedecido a una norma legal, sino, simplemente, a la subsunción de esta nueva categoría de trabajadores en el tipo legal del artículo 1°.1 del ET"(33).

Esta nueva forma de trabajo, supuso en principio serias críticas y oposiciones por parte del movimiento sindical, por considerar que, debido a la forma en que se desarrolla, debilita el ejercicio de los derechos laborales colectivos. Sin embargo, actualmente la visión ha cambiado debido a la progresión relativa del teletrabajo, la incorporación de diversas categorías de trabajadores a dicha modalidad, su configuración como forma complementaria a la organización central de la empresa y en coherencia con las actuales estrategias de externalización de las actividades, y la ineluctabilidad del cambio(34).

Pese a tal aceptación, "el teletrabajo sigue siendo un reto para los sindicatos y las representaciones unitarias, de una parte, porque el espacio tradicional de desarrollo del movimiento sindical es el centro de trabajo típico, y es un dato fácilmente objetivable que la dispersión geográfica de los teletrabajadores conduce a su fragmentación y a una reducción del número de horas de presencia en la empresa; de otra, porque, a diferencia del tradicional trabajo a domicilio, el teletrabajo se extiende al trabajo intelectual, que se caracteriza por una menor conciencia de clase y un mayor corporativismo"(35).

Así pues, el teletrabajo supone una limitación geográfica y subjetiva a los derechos laborales colectivos, plasmada en la ausencia del trabajador en el centro de trabajo y su posible negativa a participar en un movimiento sindical. Sin embargo, ello no niega que los derechos

(31) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Contrato... p. 59.
(32) Loc. cit.
(33) MONTOYA MELGAR, Alfredo. Op. cit. p. 184.
(34) THIBAULT ARANDA, Javier. El teletrabajo. Madrid: Ed. Consejo Económico y Social (CES), 2000. p. 237-238.
(35) Ibid. p. 238-239.

laborales colectivos pueden jugar un papel muy importante en materia de acercamiento del teletrabajador a la empresa y la defensa de sus derechos. En ese sentido, "el teletrabajador aislado puede buscar la aproximacióna sus colegas con una necesidad de comunicación muy superior a la de los asalariados clásicos; de otra, el sindicato puede proporcionarle servicios innovadores de utilidad para los teletrabajadores (información actualizada relativa al empleo, formación, autoempleo o recursos"(36).

En el Perú, como en la mayoría de legislaciones no existe un tratamiento especial de esta figura(37), lo que no excluye a este tipo de trabajadores del ámbito subjetivo de los derechos laborales colectivos. No cabe duda que con el pasar de los años este tipo de trabajo se hará más común y es posible que requiera una regulación especial. En todo caso, es importante tener el camino preparado para que los derechos laborales colectivos cumplan en su momento, de manera adecuada, la función pacificadora que le ha sido encargada.

5. COMENTARIO FINAL

El presente trabajo ha buscado pues graficar el papel de los derechos laborales colectivos en el presente siglo, considerando diversos fenómenos que se hacen cada vez más comunes. El análisis nos deja como reflexión la importancia no solo del papel protector, sino en especial, de la función pacificadora de estos derechos en el nuevo panorama laboral.

(36) Ibid. p. 239-240.
(37) Lo más cercano es lo establecido en el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo, cuando desarrolla el trabajo a domicilio (artículos 29° y siguientes).

RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO. EL ESCENARIO PERUANO Y SUS DESAFÍOS

ANNA VILELA ESPINOSA
JORGE BERNEDO ALVARADO[1]

Para algunos, el tema de las relaciones colectivas de trabajo, sobre todo si se las entiende desde el punto de vista de un sistema proteccionista de derechos, debería ser superado y entendido desde planos de igualdad entre los actores, casi en el escenario del derecho civil. Para otros, en cambio, es una necesidad social elemental, que está en la base de las posibilidades de la democracia y en la recuperación del rol de los trabajadores como creadores económicos y sociales. Un amplio espectro intermedio alterna versiones entre la visión laboral y la empresarial, el proteccionismo y la flexibilización jurídica, la eficiencia y la equidad.

Una visión esquemática, que revisa los sucesos nacionales desde los años setenta a la fecha, nos lleva a ubicar cuatro planos bien definidos en este ámbito. El primero, signado por los efectos de la reforma laboral de los años noventa en el sistema normativo de las relaciones colectivas; el siguiente plano lo marcan los efectos de ese escenario laboral; el tercer plano, el marco normativo internacional que influye en las relaciones colectivas vía los tratados de libre comercio; y, finalmente, el último plano relacionado con los desafíos de los derechos colectivos en el siglo XXI.

1. La Reforma Laboral de los 90's

En el ámbito normativo, se pasó de un sistema de solución de conflictos económicos en el cual las partes poco o nada tenían que aportar, pues estaban sujetas a un rígido proceso administrativo reglamentarista e intervencionista por parte del Estado –el cual

(1) Miembros del Equipo de Investigación de ANÁLISIS LABORAL.

era el propulsor y dirimente absoluto de las soluciones– a uno más amplio, aparentemente, propulsor de medios pacíficos, pero de escasa eficacia.

Bajo el esquema proteccionista del trabajador, era común encontrar en la legislación la intervención del Estado como árbitro final de las disputas entre empleadores y trabajadores, particularmente en el terreno de la negociación colectiva. Ello, además de politizar los resultados, era proclive a la pérdida del espacio de negociación y, de manera más amplia, podía frustrar el desarrollo del diálogo entre empleadores y trabajadores, limitar las iniciativas y frustrar la identificación de intereses comunes.

Con la reforma laboral de 1991, la negociación colectiva tuvo un escenario nuevo, muy diferente al anteriormente existente, que era en extremo conflictivo. Así, en el año 1992 la Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, revirtió el esquema existente y rescató la autonomía de las partes. De esta forma se concretaron en un solo cuerpo legal las normas sobre Sindicación, Negociación Colectiva y Huelga. En este contexto se incorporó una negociación directa entre las partes, más amplia y flexible, así como la mediación y el arbitraje como medios de solución por acuerdo de partes, limitando la participación del Estado a casos sumamente conflictivos. La conciliación se mantuvo con escasa eficacia. Este dispositivo fue cuestionado por organismos internacionales que señalaban que algunas de sus normas restringían la libertad sindical y la negociación.

2. Efectos de la Reforma

Década de los 90's

Tiempo después, la difícil realidad económica por la que atravesaron las empresas peruanas derivada de la fuerte competencia interna y externa, donde muchas luchaban por sobrevivir, hizo que la actitud de los trabajadores en vez de ser conflictiva pasara a ser de cooperación, pues el interés de ellos y de las empresas convergieron frente a la competencia nacional e internacional. Sin embargo, la sindicación y la negociación colectiva en nuestro país no solo evolucionaron por las razones anotadas sino que, además, la propia legislación puso su cuota de dificultad pues, por citar un ejemplo, la contratación a plazo fijo hizo que los trabajadores perdieran interés en sindicalizarse ya que su permanencia en la empresa debía ser por breve tiempo. El frente sindical se encontraba disminuido y pese al empeoramiento del nivel de vida, el número e importancia de las huelgas era reducido.

A todo esto se sumó que el sindicalismo del sector público se había debilitado –solamente quedaba el frente magisterial y el de trabajadores de salud, por ser masivos– lo que afectó la columna vertebral de la sindicalización en el país. Las dirigencias sindicales no lograban sustituir las anteriores metas por otras nuevas. estas se supone tendrían que ver con el fomento del diálogo social, el apoyo a la democracia y con la participación constructiva para apoyar a las empresas en la consecución de objetivos comunes. Enfrentaban, además, una vocación de los trabajadores de alcanzar metas personales, más individualistas y no como antes que confiaban en un avance colectivo.

A todo ello se sumó que el desarrollo tecnológico favoreció la subcontratación y que habían tareas que incluso podían ser realizadas desde el extranjero. Ello puso a los sindicatos en una situación de debilidad ante las demandas por reducción de costos de los empresarios y la evidencia de un incremento de las importaciones. Adicionalmente, como las empresas redujeron su tamaño y su personal, los sindicatos acusaron el golpe, pues se desarrollaban

mejor cuando la empresa era grande que cuando era pequeña. Finalmente, por aquella época disminuyó de manera muy apreciable el número de huelgas así como la intensidad de las mismas, siendo más difícil que aquellas alcanzaren buenos resultados similares a los que ocurrieron en el pasado lejano.

Otra circunstancia que también les afectó fue el hecho que la economía informal había crecido de manera apreciable pues más del 80 por ciento de los nuevos puestos que se crearon en América Latina fueron ocupados por el sector informal siendo el creciente desempleo un factor negativo que perjudicó el accionar de los trabajadores organizados. Al igual que en la sindicalización, al perderse las bases laborales asalariadas, las medidas que antes se plantearon perdieron efectividad. Como consecuencia de ello, el curso político de la protesta laboral cayó en manos de los transportistas y los comerciantes, e incluso los movimientos de amas de casa, más que en la prédica sindical. Existía una negociación colectiva disminuida en frecuencia y beneficios, que actuaba como un "embalse" de las expectativas salariales.

Los sindicatos no lograban argumentar bien en su favor. Concurrían en su contra, además de sus propias ineficiencias, factores estructurales, la crisis, los cambios en el orden mundial y la legislación. Fue positiva, en cambio, su presencia en las reuniones de la Mesa de Negociaciones para la estabilización de la democracia que propiciaba la OEA, en la que participaron los partidos políticos, los representantes del gobierno y las instituciones civiles y de derechos humanos de mayor representación y en el Consejo Nacional del Trabajo donde suscribieron una Declaración conjuntamente con los empresarios y el Gobierno en favor de la democracia y el diálogo social.

2.2 La realidad más reciente. Década del 2000

Como se puede observar, se pasó de un escenario negativo intervencionista estatal, al otro extremo, es decir, al de la supuesta libertad ilimitada, pero que en verdad niega el reconocimiento de las relaciones colectivas y su finalidad en el desarrollo del país, como un sistema participatorio.

Los efectos de esa normatividad y del escenario laboral, con la proliferación de contratos a plazo fijo, intermediación, tercerización, entre otros, dieron como resultado que, de casi cuatro mil convenios colectivos tramitados y resueltos en el año 1989 se haya pasado a menos de ochenta en el año 2006, y a 182 convenios registrados a julio de 2008 (que, a pesar de ser un número pequeño, evidencia un incremento).

Las centrales sindicales si bien casi desaparecieron en los 90, sobrevivieron y mantuvieron una oposición constante. Inclusive fueron parte importante de la oposición y de la transición.

En los primeros cinco años de la década del 2000 hubo la impresión de un repunte de la actividad de los sindicatos, específicamente en el período presidencial de Alejandro Toledo. Así, los sindicatos tuvieron algunos avances en la recuperación de su poder, pero no tantos como los que esperarían. Esencialmente, no han podido lograr una nueva Ley General de Trabajo. Ello explica que efectivizaran un paro nacional en el 2004 que tuvo repercusión, y que dio lugar a su retiro temporal del Consejo Nacional del Trabajo.

Pero, en lo esencial, también debe admitirse que los sindicatos tuvieron algunos logros en el registro sindical, inscribieron sindicatos importantes como los de las nuevas minas, y

fueron reconstituyendo, lentamente, sus redes. También lograron que pudiera resarcirse en algo a los trabajadores estatales despedidos en ceses colectivos. Igualmente algunas novedades en materia de intermediación en el empleo y una sentencia del Tribunal Constitucional contra el llamado despido arbitrario.

Para las fuerzas sindicales, seguramente, esto fue muy poco pues el nudo central, la estabilidad laboral, y la negociación por rama, que consideran los pilares de su fortaleza futura, no fue desatado, ni tampoco pudo cortarse.

Para muchos empleadores, especialmente los más radicales en su visión del sindicalismo, las empresas se hallaban ante un gran riesgo, el de la vuelta de la estabilidad «absoluta», de las centrales en las calles, de las huelgas inacabables y de las tomas de fábrica.

Entre lo que puede rescatarse positivamente, hubo diálogo y algunos resultados: los sindicatos y los gremios de empleadores estuvieron presentes, por ejemplo en el Acuerdo Nacional y en el Consejo Nacional de Trabajo, en donde discreparon alturadamente, pero a la vez se pusieron de acuerdo en muchas cosas.

La estadística oficial muestra que el porcentaje de sindicalizados respecto a la población asalariada ascendió dos puntos porcentuales entre el 2002 y el 2005, del 6.6 al 8.6. Las razones, de este ligero incremento estarían esencialmente en la sindicación minera, pero también en un reforzamiento derivado de políticas momentáneas y puntuales dadas durante el Gobierno anterior, que facilitaron el incremento de los sindicatos en el país.

En la actualidad, la cantidad de trabajadores sindicalizados privados se habría incrementado desde los 60-65 mil trabajadores de fines de los noventa, a casi 90 mil. En cualquier caso, es una cifra ínfima, inclusive respecto a los antecedentes nacionales, puesto que si se aplicaran las tasas de sindicalización de los años setenta, la afiliación sindical privada sería diez veces mayor, equivalente a unos 600 mil sindicalizados actuales a los que fácilmente se podría agregar una suma similar en el sector público.

¿Cómo es que ahora con tan poca militancia el movimiento sindical tenga presencia? La razón está en su entronizamiento en los sectores claves de la economía: la minería y el petróleo, la construcción, las empresas públicas que perduran y la telefonía. Un segundo factor puede ser su particularidad política como interlocutor representante de la izquierda, minúscula electoralmente, pero necesaria en el balance político, y posiblemente con mayor representatividad que la electoral, no solamente en el frente sindical, sino también en otros ámbitos laborales y sociales.

Ante su actual encrucijada, el movimiento sindical de empresas privadas tiene muy claro –como los empleadores– que la correlación de fuerzas con el empresariado tiene su núcleo en las condiciones de contratación y despido, es decir, en la seguridad del trabajador de mantenerse en su puesto de trabajo, salvo que cometa faltas que validen su retiro de la labor. Es el grado de esta protección individual, el que define la vigencia del derecho colectivo, y, por tanto, la posibilidad de que los asalariados estén en facultad de fundar y afiliarse a un sindicato, negociar colectivamente y poder protestar con huelgas. Los demás argumentos, todos lo sabemos, son distracciones.

3. Ámbito internacional

En el mundo el Perú, al igual que el conjunto de países en desarrollo, se ha visto afectado por el escenario de la globalización, entendida como la suma de los cambios internacionales debido a la revolución de las comunicaciones y a la rápida extensión del comercio mundial. Esta globalización tiene una parte clara en las posibilidades de un nuevo comercio, pero también un aspecto más debatido referido a la globalización de los derechos de los países, como el libre tránsito mundial y la equidad comercial, y la promoción de los derechos humanos, entre los que destacan los económicos, sociales y laborales.

En el mundo de la política internacional, la aplicación sesgada de la flexibilidad de los modelos económicos neoliberales originó la necesidad de frenar los excesos en materia de legislación social y laboral que podían llevar al caos a los países, pues sus efectos se veían a través de la exclusión social, los enfrentamientos frecuentes y el debilitamiento de la gobernabilidad.

Esto dio lugar al nacimiento del concepto de Trabajo Decente, como un llamado a la recuperación de una plataforma básica de derechos para los trabajadores, y de un mayor reconocimiento social. Es así que en 1998 los países miembros de la OIT, como una respuesta a los desafíos de la globalización de la economía en el desarrollo humano, suscribieron la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales, entre los que destacan el compromiso de promover el empleo con buenas condiciones de trabajo y salarios mínimos aceptables, ejercicio de la libertad de asociación y sindical, el derecho a la negociación colectiva y el diálogo social.

Estos requerimientos han tenido también contrapartida en las negociaciones comerciales, al reclamarse a los propios países en desarrollo que alcancen metas sociales ante las acusaciones de proteccionismo y "dumping" comercial. Las negociaciones se intentan trasladar hacia la contraposición de dumping comercial y dumping laboral, con alcances neutrales que hoy vemos incorporados en el TLC con USA.

Otra conclusión esencial es la necesidad de generar en el país un nuevo esquema de relaciones laborales, que no sea ni clásico proteccionista ni liberal desregulador y que permita la generación de instancias de solución de conflicto y de cooperación. Sin ellas no es posible hablar siquiera de la posibilidad de una mayor competitividad de la economía peruana en el contexto mundial. Sin unión de fuerzas productivas, no puede desenvolverse el aumento de la productividad, y sin esta condición no podemos tener esperanzas de desempeños eficientes en el mercado global.

4. Una nueva realidad social y una mejor manera de apreciarla

Tal vez el primer punto sea reconocer, con perspectiva más extensa, que el sector asalariado ha venido reduciéndose en términos poblacionales, sobre todo por la descapitalización nacional, los cambios estructurales, los legales y políticos. Esta suma de fuerzas adversas ha llevado a que sus organizaciones sean ahora mucho menores en cantidad y fuerza que hace tres o cuatro décadas. Tienen menos representatividad en términos de fuerza laboral, y han sido reducidas a su mínima expresión por circunstancias variadas que van desde la vigencia de sus paradigmas hasta la legislación adversa, pasando por la reestructuración social y por sus propios errores. Han protestado cuando tenían fuerza, poder político y legislación que facilitaba su organización. Más aún, hubieran protestado siempre, en función del conjunto de

la política económica que quisieran se adopte en el país. Si no protestan ahora, o protestan menos es porque no tienen la fuerza que quisieran, sea que la perdieron, se la quitaron, o lo que es más cierto, por la combinación de ambos fenómenos.

Por ende, no es muy realista la visión dual del país, bastante simple y general, de unos pocos sindicatos ignorantes de las circunstancias y de su propio poder, y una gran masa no organizada que se expresa a través de los conflictos regionales. Los sindicatos, tienen liderazgo social, al margen de si tienen la razón o no en sus enfoques. El poder sindical no se mide solamente con la estadística de sindicalizados o de negociaciones sindicales. Puede ser muy duro y hasta no deseable, pero el poder social es siempre un pariente muy cercano del poder económico. Y esta verdad vale también para los sindicatos; un ejemplo de ello lo constituyen los del sector minero y petrolero, portuario y del sector construcción civil.

Los sindicatos no son un mundo aparte, desligado del campo, del mundo informal, en fin de la otra, y no tan nueva –es evidente hace más de un cuarto de siglo– sociedad de estos días. En la economía, los trabajadores asalariados se vinculan con el resto del cuerpo social pues de los salarios vive la mayoría de campesinos y trabajadores informales. Las remuneraciones son la demanda de estos sectores. Tal vez no lo perciban suficientemente porque también tienen intereses en conflicto, como en todo mercado. Pero hay un punto que definitivamente los lleva a unirse, y es el costo de vida. Los precios de los servicios básicos y el acceso a los mismos, las elevaciones de precios en los alimentos, los excesos tributarios, generan una plataforma común.

Hay que ver también las relaciones entre descontento social y política. No todo es vida laboral. La sombra enorme del descontento regional contra el gobierno central viene siendo alimentada de manera imprudente. Más que facilitar intensamente el desempeño de las regiones y administrar de manera eficiente el contrapunto entre las competencias que se les transfiere y las capacidades que poseen, se opta por culparlas, clasificarlas en buenas o malas, o simplemente recentralizar los recursos. Es la mejor manera de unir los descontentos, de plantear nuevas formas de organización y de generar una oposición real, de calles y plazas si se quiere, pero no desligada de la protesta sindical: el frente popular, esa sí es la amenaza de cualquier gobierno.

5. Reflexiones Finales

1. Luego de efectuar una revisión de los alcances de la reforma laboral introducida en nuestro país en los 90s, podemos afirmar que existe la necesidad de un planteamiento en materia laboral en nuevos términos, más modernos.

   Nos referimos específicamente, a la generación de relaciones laborales menos conflictivas, más propicias a las metas de interés común y al mutuo beneficio de los actores, promotoras de la productividad y el salario, relacionadas con el conjunto social y afines a la competitividad de nuestros días.

2. Creemos, asimismo, que en nuestro país debe efectuarse una reflexión clara y transparente en materia de Sindicación y Negociación Colectiva.

   Requerimos un ordenamiento legislativo que incorpore la productividad, capacitación y desarrollo de la formación profesional como ejes de este sistema; que discurra en base a Principios como Transparencia, Primacía de la Realidad y Veracidad; y que

se encuentre adecuado a las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

3. Consideramos que resulta sustancial mantener y desarrollar el Diálogo Social que ha tenido un avance importante, como ya lo hemos mencionado, a través del Consejo Nacional de Trabajo de conformación tripartita. El mismo, se debe entender como una necesidad básica, de la cual no debe prescindirse y que debe ir avanzando progresivamente no solo en su reconocimiento sino también en su progresiva influencia política y efectividad de sus recomendaciones.

4. La negociación colectiva moderna se plantea un reto fundamental: autoconcentrarse en la búsqueda de una mayor cohesión interna de la empresa; identificar puntos comunes de interés; dejar un espacio a los acuerdos basados en la obtención de resultados y la productividad individual o de grupo; brindar garantías de estabilidad de los puestos de trabajo; y, concertar los ajustes de la planilla que puedan presentarse. Existe, entonces, un esquema nuevo de relaciones laborales que intenta cumplir un doble propósito: el de limitar las posibilidades de conflicto y promover las iniciativas, la participación y la empleabilidad; y a la vez, garantizar los derechos laborales esenciales y favorecer el desarrollo de la capacitación de recursos humanos.

   En suma, una economía moderna y global así como la solución a sus problemas de empleo van a requerir relaciones laborales que recojan el acervo de las nuevas ideas y las apliquen, así como también de una organización y propuestas que actúen con propiedad en el ámbito del mundo internacionalizado, reformando sus teorías, instituciones y práctica.

   Pero en este punto del camino el país tiene retos aún mayores, propios de su condición de región emergente y con amplias masas de población por incorporar a la modernidad. Sus gobiernos y los gremios empresariales y laborales tienen la doble misión de incorporar las nuevas ideas y sistemas, acortando su distancia al desarrollo económico pero logrando a la vez que los problemas se resuelvan para sus grandes mayorías marginadas del progreso. En este propósito tanto el Perú, como las otras naciones de la región, no se encuentran aisladas entre sí ni del resto del mundo; por el contrario, su destino depende de un futuro mundial realmente integrado en la producción y en la cultura, con firmes convicciones de equilibrio y justicia acompañando a la marcha del progreso material.

LOS GRANDES DESAFÍOS DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DEL TRABAJO EN UN (HASTA AHORA) ADVERSO SIGLO XXI

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS

I. LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y LA CRISIS DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE PROTECCIÓN

El siglo XXI ha comenzado y se viene desarrollando con un gran protagonista económico: la globalización o mundialización, entendida como *aquella realidad cuyos elementos básicos poseen una capacidad institucional, organizativa y tecnológica de operar como una unidad en tiempo real, o en un tiempo establecido a escala planetaria*, para decirlo en términos de Rafael Sastre y Manuel Castells(1).

Sin duda, es un tema muy complejo y polémico, con innumerables ángulos y aristas, con consecuencias positivas y negativas, cuya formulación general no vamos a desarrollar en este trabajo, por lo que nos avocaremos simplemente a tratar el impacto de este fenómeno en el mundo de las relaciones laborales y, particularmente, en el plano de las relaciones colectivas de trabajo.

Tengamos en cuenta, simplemente y como punto de partida, que se trata de un fenómeno principalmente económico que ha dinamizado la economía mundial y que se viene propagando a gran velocidad desde 1989, año simbólico en que se producen la caída del muro

(1) CASTELLS, Manuel "la era de la información. La sociedad Red. Volumen 1, Madrid, Alianza Editorial, pág. 137; y, SASTRE IBARRECHE, Rafael, "Alguitas claves para un sindicalismo tambièn globalizado", en SANGUINETI, W. y GARCÍA LASO, A, (Editores), "Globalización y relaciones laborales", Universidad de Salamanca, 2003, pág 177.

de Berlín y el consenso de Washington. Fin de la historia, para unos, predominio, en todo caso, del llamado "pensamiento único", desaparición del mundo bipolar y la consiguiente relajación y desaparición de muchos de los contrapesos políticos al funcionamiento de la economía que buscaban mayor equilibrio social. Retorno, dirán algunos, al *lasseiz faire* o capitalismo salvaje, solo que esta vez a escala planetaria.

Por ello, la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, que constituyó la OIT, comienza afirmando que *la trayectoria actual de la globalización debe cambiar*[2] ya que no cabe aceptar que la dinamización de la economía mundial, se sustente, en mucho, en la desaparición de los instrumentos de equilibrio social, imprescindibles para garantizar la estabilidad mundial.. De nada nos sirve vivir dentro de *economías cada vez más libres y florecientes si estas generan unas sociedades más débiles, desintegradas y empobrecidas,* como afirma Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer[3].

Y este encuadre inicial tiene un entronque directo con nuestra disciplina, en la medida que el Derecho del Trabajo, en sus vertientes estatal o negociada colectivamente, ha venido siendo el instrumento de equilibrio social por excelencia. Aquella piedra angular del gran pacto social que sustenta al Estado Social de Derecho, que postula el reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción y de la libertad de empresa, a cambio de que se ejercieran dentro de los límites impuestos por la imprescindible tutela de los intereses de los trabajadores, que requerían esta protección estatal para superar la desigualdad originaria planteada en términos económicos.

De allí que lo que digamos respecto del futuro de los derechos colectivos, tiene una importancia macrosocial clave ya que estos son instrumentos particularmente importantes del diseño constitucional de todo Estado Constitucional de Derecho, para utilizar la terminología actual.

Y el gran tema general que nos trae la globalización gira alrededor de la fractura que se produce entre tales esquemas constitucionales, y por tanto nacionales, de equilibrio y cohesión social, y *un sistema económico intrínsecamente no regulado y emancipado del control político-público*, para decirlo en palabras de Perulli[4]. Ello da lugar a una pérdida paulatina y cada vez más intensa de efectividad de los sistemas nacionales de humanización de la economía, rompiendo el paradigma de control político de la economía en aras de un reparto más generalizado de sus frutos a partir de tomar en cuenta a todos los participantes en el proceso de creación de riqueza. Hay un desmontaje de los mecanismos de equilibrio social que trae consigo grandes cuotas de insatisfacción y pobreza a gran cantidad de países, sectores y trabajadores.

Se está echando por la borda, entonces, el pragmatismo político de quienes permitieron la subsistencia del capitalismo a partir de la transformación del liberalismo auroral en el Estado Social de Derecho, cuando la revolución soviética le dio visos de realidad a

(2) Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, "Por una globalización justa. Crear oportunidades para todos", Ginebra, 2004, pág. 2.

(3) RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel, "Política, globalización y condiciones de trabajo", Relaciones Laborales, N° 11, 2000, pág. 9.

(4) PERULLI, Adalberto, "Diritto del Lavoro e globalizzazione. Claosole sociali, codici di condotta e comercio internazionale, Cedam, Padova, 1999, pág. XVIII.

los planteamientos de las ideologías revolucionarias surgidas para confrontar los niveles generalizados de exclusión y miseria que produjo el capitalismo liberal.

De allí que sea un reclamo cada vez más unánime, el de la necesidad perentoria de gobernanza de la globalización, que supere el *triunfo de los mercados sobre los gobiernos*[5], que *agregue a la lógica del beneficio, la lógica democrática de la promoción del equilibrio y la igualdad*, como señala Sanguineti, quien agrega que *no se trata de poner trabas al crecimiento de la economía, sino de hacerlo compatible con el respeto a un núcleo básico e indisponible de derechos de los trabajadores que garanticen a estos un mínimo de bienestar.*[6]. Y en este terreno, nuestra disciplina y los sujetos colectivos tienen mucho que decir, en la medida en que el paradigma de transnacionalización económica no importa su desaparición sino que obliga a repensarlos para que se adecuen a las dinámicas productivas y de reparto de poder actualmente vigentes.

No olvidemos que a la globalización no se ha llegado por puro y simple determinismo histórico, sino que ha sido necesario un conjunto de factores, entre los que destacan las decisiones políticas de liberalización impulsadas por algunos países poderosos, directamente o a través de conocidos organismos internacionales, que, además, desde hace algún tiempo vienen revisando su teoría neoliberal inicial. De allí que se vuelva imprescindible la búsqueda urgente de las instituciones, reglas y mecanismos políticos multinacionales que introduzcan contrapesos sociales, redistribuyendo los beneficios del crecimiento de la riqueza, para lo cual el Derecho del Trabajo en sus vertientes estatal y pactada, nacional e internacional, debe ofrecer una valiosa cooperación.

Con lo que, volvemos al principio: hay que prestar máxima atención a todas las iniciativas dirigidas a poner sobre el tapete el imprescindible respeto a la dimensión social de la globalización, redefiniendo el anacrónico aparato multilateral que nació en Bretton Woods, de manera que se cuente con la institucionalidad internacional que la tutele e impida una segmentación irreconciliable entre beneficiarios y perjudicados por este proceso económico.

No podemos ser tan necios de olvidar la historia permitiendo el surgimiento de una nueva *cuestión social*[7], por lo que hay que darse prisa en la construcción de instrumentos políticos globales que refuercen el Derecho Internacional del Trabajo y la autonomía colectiva también internacional como ejes de equilibrio y redistribución de beneficios, que le den sostenibilidad al proceso económico.

II. EL CAMBIO DE PARADIGMA PRODUCTIVO Y LA CRISIS DEL DERECHO DEL TRABAJO

En el mundo de las relaciones laborales, la globalización económica no es el primer fenómeno transnacional. Hay, en primer lugar, una globalización social, que se puede gra-

(5) En gráficos términos de CASTELLS, Manuel, "La era de la información. Volumen 1, Madrid, Alianza Editorial, pág. 172.

(6) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, "El espacio de la autonomía colectiva en la ordenación del mercado global", en SANGUINETI, W. y GARCÍA LASO, A, (Editores), "Globalización y relaciones laborales", Universidad de Salamanca, 2003, págs. 209 y 218.

(7) Como afirma ERMIDA URIARTE, Oscar, "Derechos laborales y comercio internacional", en SANGUINETI, W. y GARCÍA LASO, A, (Editores), "Globalización y relaciones laborales", ob. cit., pág. 120.

ficar recordando aquel conocido lema del Manifiesto del Partido Comunista "Proletarios del mundo uníos", que comenzó a difundirse en 1848, por lo que son los sindicatos los pioneros en la búsqueda de un escenario mundial de actuación, aunque esta tarea todavía está inconclusa.

En segundo lugar, por empuje del propio movimiento sindical, asistimos a una globalización jurídica, con al creación de la OIT, en 1919, y el surgimiento del Derecho Internacional del Trabajo, que viene jugando un papel destacado pero insuficiente en este contexto, por muchas razones, entre las que destaca un diseño que gira alrededor de los propios Estados, que, por ejemplo, deben ratificar los Convenios Internacionales del Trabajo para que sus regulaciones les sean exigibles. Cierto es que asistimos a los primeros y tambaleantes pasos más directamente vinculantes, como la Declaración de Principios y Derechos en el Trabajo de 1998, o la reestructuración de su estructura y actividades alrededor del concepto de trabajo decente, pero queda claro, también, que hay mucho camino por recorrer hasta contar con un efectivo entramado social de ámbito mundial.

De este modo, seguimos todavía siendo deudores principales de un sistema de protección sindical y político de ámbito nacional, que, como hemos señalado brevemente, resulta inadecuado para tener una actuación tuitiva eficaz en el mundo actual.

De mucha más reciente data que los procesos de globalización social y jurídica, es la globalización económica, que, sin embargo, ha logrado convertirse en breve tiempo en el fenómeno que tipifica a esta época, introduciendo transformaciones radicales en las relaciones laborales. Frente al fordismo (central o periférico) y a la guerra fría, que alimentaron unas relaciones laborales con sujetos colectivos fuertes y legitimados (hasta ideológicamente), el mundo se ve inmerso crecientemente en un nuevo paradigma productivo que impacta significativamente en la regulación laboral, en general, y en el campo de la tutela colectiva, que es lo que aquí interesa. Entre los rasgos típicos de este nuevo paradigma se pueden señalar los siguientes:

- Sacralización de la competitividad como el nuevo super valor alrededor del cual se estructuran la producción y el intercambio, con el consiguiente retroceso de la cohesión social y la redistribución de la riqueza
- Mayor autonomía y movilidad del capital
- Internacionalización de la producción
- Desplazamiento del lugar de adopción de decisiones hacia el campo transnacional
- Intenso y constante desarrollo tecnológico
- Surgimiento de la empresa virtual
- Deslocalización de la producción o simple utilización de esta posibilidad para reducir estándares laborales legales y convencionales
- Descentralización productiva a través de segmentación empresarial, la subcontratación y el recurso al trabajo autónomo
- Florecimiento de los grupos de empresas y las empresas en red

- Flexibilidad organizacional máxima para adecuarse *just in time* a la demanda
- Flexibilización cada vez mayor de las condiciones de trabajo, abandono de instrumentos homogenizadores y mayor diferenciación de las mismas
- Pérdida de peso del trabajo asalariado típico e incremento de las modalidades atípicas y precarias
- Reducción de los puestos de trabajo y crecimiento del sector informal
- Revisión a la baja de las condiciones de trabajo
- Mayor diferenciación de las condiciones laborales

Estos cambios están produciendo, entre otros efectos macro, una revisión cuantitativa y cualitativa de los alcances del Derecho del Trabajo y un reordenamiento de las fuentes del Derecho del Trabajo. El Estado disminuye su presencia y su condición tutelar, dando mayor protagonismo a la autonomía colectiva (que también se descentraliza), en algunos países, y directamente al contrato de trabajo o a la simple voluntad empresarial, en otros[8]. Todo ello, en un contexto de fortalecimiento negocial inédito de los empresarios, con la consiguiente reducción del poder sindical y de la eficacia de la tutela colectiva.

En este marco, las transformaciones en el sujeto empresarial son especialmente resaltantes. La empresa *fordista*, a cuyo reflejo surgió y actuó eficazmente el sindicalismo y los demás institutos colectivos, se viene transformando por la vía de la descentralización productiva, la externalización, la subcontratación, las nuevas tecnologías, en un sujeto inmaterial, casi intangible e inasible, que ya no congrega factores de producción y trabajadores, sino que, en algunos casos, como afirma GARMENDIA[9], se convierte *en un conjunto de contratos organizados, en una entidad articuladora de transacciones*, lo que, aunque parezca paradójico, ha llevado a que el sujeto empleador concentre más poder que cuando actuaba unitariamente. Estamos ante la empresa flexible, en red o virtual como gran protagonista de este inicio de siglo, emancipada, además, en el caso de las grandes empresas, del marco institucional de los Estados.

Esta nueva configuración empresarial ha impactado severamente en la estructura ocupacional o composición de la mano de obra, de modo que donde había un colectivo de empleados muy homogéneo, subordinados jurídicamente, con contratos indefinidos y condiciones de trabajo similares, tenemos ahora un complejo haz de relaciones que involucran a diferentes empleadores, con contratistas y subcontratistas, con un núcleo de trabajadores muy cualificados y un gran componente de trabajo precario, subcontratado, parasubordinado o autónomo, e incluso con una apertura a la competencia internacional de los trabajadores.

De modo que asistimos a un proceso muy complejo en el cual el contexto económico-productivo, el Estado, las dos partes tradicionales de la relación laboral y esta misma han sufrido cambios y transformaciones muy relevantes, cuyo impacto inocultable en el Derecho del Trabajo va más allá del desmantelamiento o *deconstrucción* de los tradicionales instru-

(8) Como lo hace notar SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, "El espacio...", ob. cit., pág. 214.
(9) GARMENDIA ARIGON, Mario, "La nueva consideración de la empresa y su influenza sobre la caracterización de las relaciones laborales", en Revista Derecho del Trabajo, Barquisimeto, Nª 2, 2006, pág. 164.

mentos de tutela del trabajo, generando un proceso de redefinición de sujetos, categorías, instituciones, roles y relaciones. Estamos asistiendo al surgimiento de Derecho del Trabajo de geometría variable, que debe acomodar su función equilibradota a la gran variedad de supuestos en que se presta el trabajo ahora.

Y aquí, nos interesa resaltar particularmente la significativa merma de eficacia de la acción sindical, que está llevando a que el juego de pesos y contrapesos que subyace al reconocimiento de la propiedad privada sobre los medios de producción y de la libertad de empresa, junto a los correlativos derechos colectivos, esté perdiendo virtualidad y funcionalidad, al no generar los equilibrios necesarios para seguir sustentando al gran pacto social, entre capital y trabajo sobre el que se construye el Estado Social de Derecho.

De un lado, los sujetos y la acción sindical no están pudiendo adherirse a las múltiples formas que los empresarios están imprimiendo a la organización del trabajo a nivel nacional e internacional, y, de otro lado, la difuminación de la empresa en grupos y redes, la tercerización, la reducción del trabajo estable y el consiguiente incremento del trabajo precario, el aumento del desempleo y la explosión sector informal, están conduciendo a privar de facto a muchos trabajadores del derecho de huelga, a la par que debilitan su ejercicio en quienes todavía se encuentran en condición de ejercerla. Y esta inadecuación de la huelga para garantizar una tutela colectiva efectiva está afectando a la autonomía colectiva en su totalidad, ya que la huelga es el mecanismo que garantiza el funcionamiento del ordenamiento jurídico autónomo.

Todo ello no conduce, creemos firmemente, a la desaparición de los sindicatos y de la tutela colectiva de los trabajadores, en la medida que su finalidad no se encuentra satisfecha sino que las razones de su existencia aún son mayores; pero si resulta imprescindible una adecuación de aquellos y esta al nuevo paradigma productivo, para lo que se requiere, entre muchas cosas, de una parte, la reafirmación del sindicato como sujeto político en los ámbitos nacional e internacional[10], y de otra, su adaptación al nuevo paradigma productivo, enlazando sus elementos externos, provenientes de la globalización, e internos, que llevan, según PÉREZ DE LOS COBOS[11], a diversificar los intereses que busca conjugar y representar, a partir de la segmentación de la empresa, la diversificación del estatuto jurídico del trabajador, los nuevos modos de trabajar, la feminización del empleo, etc. De este modo, conjugando ambas esferas, el sindicato, como reclama BAYLOS GRAU[12], debería trascender la esfera de la determinación de condiciones salariales, para convertirse en "un actor social que expresa la identidad de los trabajadores en su conjunto, y que se relaciona con el resto de actores sociales y políticos como representante de la ciudadanía social".

Finalmente, y en el concreto plano de la tutela colectiva, se requiere también una adecuación de los parámetros legales de ejercicio de la huelga y de las tradicionales formas de expresión del conflicto a los cambios del paradigma productivo y político, de modo que,

(10) Ver, sobre el particular, ROMAGNOLI, Umberto, "El renacimiento de la palabra sindicato", en Revista del Trabajo, Barquisimeto, Nª 2, 2006, págs. 109-122.

(11) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "El sindicato ante las transformaciones económicas y sociales", en Revista Española de Derecho del Trabajo, Madrid, Nª 134. 2007, pág. 301.

(12) BAYLOS GRAU, Antonio, "Democracia política y sistema sindical: reflexiones sobre la autonomía del sindicato", en VV.AA., "Sindicatos y cambios económicos y sociales", Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, pàg. 20.

se pueda volver a darle efectividad a este tan relevante instrumento de equilibrio e inclusión social. Al respecto, es necesario que, como reclaman SUPIOT o BAYLOS GRAU[13], se garantice la negociación con el empleador real y no con el aparente, neutralizando la interferencia de las opciones organizativas del empresario en la tutela colectiva, se pueda suspender de la duración de un contrato de trabajo de duración determinada, por el período que dure la huelga, con el aplazamiento del término finalización correspondiente, se establezca una base jurídica para permitir la huelga internacional, así como la obligación de negociar con los huelguistas, se reconozca el pleno de la huelga en el sector público, con la búsqueda de un equilibrio negociado en el caso de los servicios esenciales, se facilite la utilización de los medios de comunicación electrónica para fines sindicales, a la par que se ponga en debate el tema de la huelga de los trabajadores independientes, que implementan paralizaciones diversas de labores para conseguir ciertas medidas estatales que protejan a sus intereses.

Las ventajas de Internet para el movimiento sindical y su actividad conflictiva son muy grandes puesto que permiten mantener al colectivo involucrado informado al instante y comunicado vía chats, foros y conferencias virtuales, etc., a la par que se pueden celebrar asambleas virtuales que permitan tomar decisiones a la mayor velocidad posible. También está mejorando la prestación de servicios a los afilados y evitando la injerencia empresarial en la comunicación. Al respecto, Sastre Ibarreche presenta un detallado análisis de las virtudes de la red para la acción sindical, señalando, en lo a nosotros interesa, su contribución al nacimiento de manifestaciones cibernéticas equivalentes a las tradicionales huelgas, a las de celo, o, incluso, sabotaje, revitalizando modalidades clásicas como la huelga de solidaridad o apoyo, así como ciertas formas de boicot, a la par que posibilitando la ampliación de la protesta incluso a niveles supranacionales, y generando posibilidades para llevar a cabo piquetes cibernéticos[14].

En este contexto, veamos, en concreto, la acción sindical en dos planos: el internacional que busca dar cuenta de lo que viene sucediendo en el plano de la expansión de la autonomía colectiva a espacios multinacionales, y el nacional, presentando las transformaciones que se vienen produciendo en el ámbito de las relaciones colectivas al interior de los países.

I. LOS DESAFÍOS DE LOS DERECHOS COLECTIVOS A NIVEL INTERNACIONAL

1. Los problemas generales de la actuación colectiva internacional

Antes de ingresar a los temas específicos de este *item,* queremos señalar como premisa que a estas alturas de la civilización, tenemos la convicción plena de que la libertad sindical ha ingresado a formar parte del patrimonio jurídico de la humanidad. Y ello no solo a la vista de su destacada presencia en todos los grandes Pactos y Tratados internacionales sobre derechos fundamentales, a los que se puede agregar la Declaración de Principios y Derechos

(13) SUPIOT, Alain, "Revisiter les droits d'action collective", Droit Social N° 7/8, julio-agosto 2001, págs. 690 y sgtes.; y, BAYLOS GRAU, Antonio, "Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social", en Derecho Social, Nª 2, 1998, págs. 75 y sgtes.

(14) SASTRE IBARRECHE, Rafael, "Algunas claves para un sindicalismo también globalizado", en SANGUINETI, W y GARCÍA LASO, A., "Globalización económica y relaciones laborales", cit., págs. 198-200.

Fundamentales de la OIT, que cumple una década este año, sino también a que las destacadas funciones que cumple este complejo derecho tienen incluso mayor vigencia que antes, a la par que no encontramos ningún sujeto o institución que pueda reemplazar al sindicato en los campos de equilibrar la relación laboral, procesar y componer el conflicto industrial, producir normas apropiadas a las necesidades de los diversos colectivos laborales, contribuir decididamente a darle efectividad a las normas laborales de origen estatal y garantizar que la voz de los trabajadores sea tenida en cuenta en el terreno de las políticas públicas.

Sobre esta premisa y aun teniendo a la vista allá lejos el carácter pionero del sindicalismo internacional y aquí cerca la reciente creación de la Confederación Sindical Internacional, a finales del 2006, que referiremos a continuación, no podemos sino constatar la ausencia de una acción colectiva eficaz en el ámbito global, aunque su presencia en las multinacionales y en los procesos de integración regional la presencia de esta empieza tener fisonomía.

Y esta constatación responde a diversas razones, que analizaremos a continuación en sus principales causas, debiendo señalar que tras ello nos ocuparemos brevemente del tema en el campo de las empresas multinacionales y los procesos de integración regional. Mención aparte nos merecerá la revisión que se está produciendo alrededor de las medidas de conflicto, por lo que a este tema le dedicaremos la parte final del trabajo.

En el ámbito de los problemas para la acción sindical internacional, los hay de toda índole: desde los referentes a la dimensión económica y composición del mercado de trabajo de los diversos países, hasta los propios del sistema laboral, como pueden ser la existencia de sujetos empresariales y sindicales y su legitimación para llevar a cabo una negociación colectiva global. Todo ello, además, se presenta inmerso en un proceso heterogéneo, que presenta diversos componentes, ritmos y características, en cada lugar.

Al respecto, hay que comenzar señalando la gran complejidad de la estructura sindical internacional (interprofesional, sectorial, regional, en espacios de integración regional, etc), y las diferencias insuperables hasta ahora entre las grandes confederaciones y sus organizaciones regionales que impiden que se pueda plantear siquiera un plan de unidad de acción. De todos modos, el jaque planteado por la globalización ha recibido la primera respuesta positiva con la creación de la Confederación Sindical Internacional, a partir de la unificación de la Confederación de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) y la Confederación Mundial del Trabajo (CMT), así como y se puede apreciar también una mayor actividad en el ámbito de las Federaciones Sindicales Internacionales (antes llamadas Secretariados Profesionales Internacionales), que son organizaciones sectoriales especialmente activas en los campos de la educación, construcción y madera, periodistas, industrias metalúrgicas, transporte, textil, alimentación y servicios públicos.

En todo caso, todavía estamos lejos de contar con sujetos colectivos con capacidad real de actuación internacional, en un contexto de fortalecimiento empresarial, ausencia de una institucionalidad internacional que promueva y respalde esta actuación, todo ello, además, en un contexto de debilidad sindical. Seguimos, todavía, con organizaciones sindicales internacionales que desarrollan fundamentalmente labores de coordinación, lobby, caja de resonancia y denuncia de infracciones nacionales.

A ello, podemos agregar otros tres problemas, que presentamos en los términos de Recio Andreu[15]: la existencia de modelos sindicales nacionales diferentes, la existencia de intereses contradictorios entre los trabajadores y sindicatos de cada país y la ausencia de suficientes canales de influencia en los distintos niveles de instituciones supranacionales.

En el primer caso, hay factores de muy diversa índole que explican cada modelo: factores históricos, ideológicos, de cultura organizativa, vinculados con las estructuras institucionales nacionales, de grado de conflictividad o de experiencias de cooperación, de estructura productiva y mercado de trabajo, de cultura empresarial y rol estatal, para mencionar algunas especialmente relevantes. En todo caso, no se trata de un escollo insalvable, puesto que una vez diagnostica el problema, se debe emprender un proceso de desarrollo de nuevas formas organizativas adaptadas a trabajar con la pluralidad de enfoques y con los nuevos retos de la intervención global.

Más complejo es el segundo problema, en la medida en que afecta al meollo del sindicalismo: la globalización exacerba la existencia de intereses contrapuestos entre los trabajadores de los países desarrollados y no desarrollados que afecta la existencia de un proyecto reivindicativo común. Si bien, la aspiración común a establecer un marco de derechos sociales generales opera como elemento unificador, la fijación de los niveles de protección rompe la convergencia, puesto que el sindicalismo de los países desarrollados cuestiona que el mínimo sea demasiado bajo, ya que ello les generaría un aumento de la competencia exterior, con un impacto negativo en el empleo y condiciones de trabajo. En tanto que para los sindicatos de países no desarrollados un suelo muy alto puede ser simplemente una forma de proteccionismo encubierto de los países ricos para impedir su desarrollo económico. La salida, muy complicada por cierto a nivel general, podría pasar por una política de elevación paulatina de estándares laborales (como la europea), acompañada de una intensa cooperación internacional dirigida a mejorar el desempeño económico y laboral de los países.

Finalmente, con relación a la limitada capacidad de influencia de las organizaciones sindicales en los organismos supranacionales, habría que generar los consensos que garanticen una mayor democratización de las mismas, tanto subjetivamente, a partir de permitir una presencia social directa en tales ámbitos, cuanto objetivamente, al generar un funcionamiento más abierto al escrutinio público. Este es también un tema clave, puesto que la eficacia de la acción sindical mundial va a tener como referente a la capacidad de presión de las organizaciones laborales en el entramado político internacional. Valgan como ejemplos, la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, los Sistemas de Preferencias Generalizadas, las Cláusulas Sociales en los acuerdos comerciales o la presencia de las organizaciones sindicales internacionales en la elaboración del Informe Anual sobre Desarrollo Mundial que elabora el Banco Mundial.

Este *maremagun* de dificultades y retos complejísimos no nos permite ser optimista en el corto plazo respecto de la construcción de una tutela colectiva transnacional. Estamos, todavía, en el momento de la configuración del elenco de derechos a respetar, vía declaraciones generales, cláusulas sindicales o códigos de conducta. En todo caso, se puede coincidir con Recio Andreu, cuando señala las siguientes tres líneas de trabajo para salvar las dificultades

(15) RECIO ANDREU, Albert, "La globalización y los retos del sindicalismo", en AA.VV., Globalización, trabajo y movimiento sindical", Fundación Paz y Solidaridad, Madrid, 2000, págs. 97 y sgtes.

que la globalización viene planteando a la acción sindical: *la búsqueda de una política sindical a escala internacional –que incluye propuestas de regulación internacional de la actividad económica, de plataformas de acción sindical y de fórmulas de acción e influencia sobre los organismos supranacionales–, la búsqueda de un nuevo modelo organizativo que evite el actual proceso de segmentación laboral –lo que supone intervenir en el proceso de la organización de la producción, en el de la regulación de los derechos socio-laborales y en los procesos de formación y reproducción de la fuerza de trabajo- y respuestas al reto de la crisis ambiental– que supone trabajar por transformaciones profundas en los contenidos y formas del modelo productivo que consideren al mismo tiempo sus efectos en términos de justicia social*[16].

A continuación veremos los casos específicos de acción sindical en las empresas multinacionales y en los procesos de integración regional, teniendo a la vista su importante significación y en la medida en que involucran en cierta medida las cuatro esferas clásicas de actuación en este terreno: información, consulta, participación y negociación colectiva.

2. Los derechos colectivos en las multinacionales

Teniendo a la vista que las relaciones laborales en las empresas multinacionales han llegado a merecer una pionera Declaración Tripartita sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, aprobada en la OIT en 1977, en la que se reconoce explícitamente la dimensión internacional de las formas de organización y acción sindical, en función de la existencia de un solo empleador, el mundo ha sido testigo de diversas articulaciones colectivas dirigidas a articular la voz de los trabajadores frente a la empresa. A la luz de tales hechos, vamos a presentar brevemente tres planos de actuación colectiva, que van desde la simple coordinación entre organizaciones sindicales a la puesta en marcha de comités de empresa dirigidos a permitir la participación de los trabajadores y de procesos de negociación colectiva con resultados variados[17].

El primero de ellos, gira alrededor de la creación de alianzas sindicales que permitan llevar a cabo coordinación entre las diversas organizaciones sindicales nacionales involucradas, por medio de reuniones periódicas y de intercambio y difusión de información, propia y comparada, por vía electrónica, que buscan fomentar la solidaridad y fortalecer el poder sindical. Este es el caso de las alianzas sindicales de Telefónica, Barclays Bank, Cable&Wireless, France Telecom, Quebecorp Group o National Australian Bank. En muchos casos, a través de la actuación de estas alianzas u organizaciones se impulsa el surgimiento de instrumentos negociados de participación en la empresa multinacional, que vayan introduciendo consideraciones sociales en su actuación.

En segundo lugar, y con un nivel mayor de intensidad, encontramos el plano de los derechos de información y consulta. La expresión más acabada en este terreno, es, que duda cabe, el Comité de Empresa Europeo, que viene a ser un órgano obligatorio de participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa transnacional, que ha sido establecido en 1994 por la Directiva 94/45/CE y que ahora está complementada por las Directivas 2001/86/

(16) RECIO ANDREU, Albert, ob. cit., pág. 102.
(17) Véase, al respecto, SASTRE IBARRECHE, Rafael, "Algunas claves para un sindicalismo también globalizado", en SANGUINETI, W y GARCÍA LASO, A., "Globalización económica y relaciones laborales", cit., págs. 198 y sgtes.

CE y 2002/14/CE. Sin duda, se trata de un interesantísimo mecanismo participativo que se construye alrededor del empleador real, de la fuente real de poder y decisiones para toda la empresa, garantizando que llegue allí la voz de los trabajadores.

Con ello, se logra un caro anhelo de los sindicatos: concentrar la actuación sindical frente al empleador unitario, conjurando los problemas derivados de la multiplicidad de sedes, tanto en lo que hace a la división de iniciativas como a la posibilidad de implementar estrategias empresariales que busquen neutralizarlas entre si. En la práctica, se ha demostrado, además, que ha contribuido a fortalecer la acción sindical y ordenar las medidas de presión en los distintos lugares en que la empresa actúa. Lógicamente, el movimiento sindical viene reclamando la ampliación de este mecanismo de participación al ámbito mundial.

Finalmente, está el plano de la negociación colectiva en las empresas transnacionales, de desarrollo todavía incipiente en función de la existencia de importantes dificultades que giran alrededor de las grandes diferencias de sistemas de relaciones laborales y mercados de trabajo nacionales, estándares de trabajo, representatividad de los actores, tipología de acuerdos concluidos, su eficacia jurídica, etc. De allí que los productos conseguidos se separen de la tradicional figura del convenio colectivo aunque nadie pueda negarles ser expresiones de una autonomía colectiva que trasciende de su tradicional función normativa homogenizadora.

Un ejemplo que permite ver a la autonomía colectiva en acción a nivel de empresas multinacionales, es el de los diversos *acuerdos marco* suscritos desde 1988 entre el grupo Danone y la UITA, que se ocupan de cinco áreas que grafican también claramente los ámbitos materiales más proclives a este nivel. Las áreas son: acceso a la información de la empresa por parte de los sindicatos, promoción de la igualdad de género, derechos sindicales, empleo y capacitación y desarrollo de calificaciones.

Hijo de estos acuerdos, es el Comité Mundial de Información y Consulta, creado en 1996, que incluso tiene ciertas competencias negociales aunque de carácter mayormente subsidiario, en la medida en que tienen que respetar las legislaciones, prácticas y convenios de cada país. Se trata de un instrumento que busca garantizar derechos, avanzar en términos de igualdad en ciertos campos y facilitar el desarrollo de actividades sindicales.

3. Los derechos colectivos en los espacios de integración regional

Particular importancia para el desarrollo de la autonomía colectiva, tienen los procesos de integración regional, en la medida en que trasciendan la mera apertura comercial y tengan como norte una convergencia o integral, paulatina pero creciente, entre los países involucrados. Y ello, sin perder de vista que aún en estos privilegiados espacios para el desarrollo de la acción sindical regional, existen importantes dificultades en materia de acción sindical, dado que conviven diferentes niveles de desarrollo y configuración diversa del mercado de trabajo, sistemas de relaciones laborales disímiles, con problemas en materia de sujetos negociales representativos y con facultades; tipo y naturaleza de los acuerdos; aplicación general o limitada de lo suscrito, etc.

En este marco, veamos, brevemente, lo que viene sucediendo en diversos niveles de integración regional, en la medida en que el abanico es muy grande y va desde acuerdos puramente comerciales hasta procesos de convergencia integral con importantes cesiones de soberanía a los órganos de gobierno supranacionales.

Al respecto, debemos comenzar señalando que se observa que el nivel de integración buscado tiene una influencia directa en las posibilidades de acción sindical regional, de modo que se puede afirmar si temor a equivocarse que a mayor intensidad en la integración, mayores impulsos y posibilidades de llevar los derechos colectivos a un plano regional. Y ello por diversas razones de fácil comprensión. Primero, porque un proceso acentuado de integración lleva a que las relaciones laborales también formen parte del mismo, por lo que los actores de estas relaciones se ven compelidos a ampliar su radio de acción. En estos casos, hay que aclarar, las organizaciones empresariales responden inmediatamente, en tanto que las sindicales requieren de un período de diálogo y coordinaciones de mayor duración. Valga como ejemplo que la Organización Europea de Empresarios (UNICE), se crea en 1958, en tanto que la Confederación Europea de Sindicatos (CES), recién nace en 1973.

En segundo lugar, porque se trata de procesos que involucran a países no solo cercanos geográficamente, sino también económica, social y culturalmente, de modo que el proyecto de convergencia, a pesar de que pueda tener una geometría variable, conlleva dosis significativas de armonización. Y, finalmente, porque la dinámica de convergencia integral requiere de instituciones de gobierno del proceso, que reclaman la participación sindical en organismos como los Consejos Económicos y Sociales o en la formulación de políticas regionales de carácter social.

Tras este encuadre inicial, resulta obvio que si lo único que se busca es una ampliación de mercados, a través de la desaparición de las barreras aduaneras, como sucede con los Tratados de Libre Comercio (TLC) que viene negociando EEUU, el nivel de integración es tan mínimo que no genera las condiciones para el surgimiento de sujetos sindicales regionales que desarrollen actividades en tal ámbito. Cierto es que en la cláusula social se reconoce el derecho de libre asociación y fomento de la negociación colectiva, pero todo ello como exigencia de respeto a nivel nacional. También lo es que empieza a generarse un espacio de coordinación entre las organizaciones sindicales de cada Estado, pero esta se expresa sobretodo en la transmisión de denuncias sobre violaciones de la cláusula social.

Un escenario más optimista para la acción sindical regional, pero todavía incipiente, puede verse en experiencias como las de la Comunidad Andina (CAN) y el MERCOSUR. Partiendo del hecho de que los tratados fundacionales, como fue incluso en la Unión Europea (cuando se creo el mercado común), tienen una gran frigidez social, en la actualidad hay algunos indicios de avance.

En la CAN, a la par que se ha comenzado a poner en marcha el reglamento de Seguridad y Salud Laboral, y se está concluyendo la negociación en materia de Seguridad Social y Migraciones laborales, y se cuenta con el Consejo Consultivo Laboral Andino y el Consejo Consultivo Empresarial Andino, que si bien por su naturaleza, funciones y ubicación institucional separada de los órganos de gobierno del proceso de integración, no permiten hablar de una participación directa en la construcción del espacio común, si vienen generando dinámicas de acercamiento y al interior de cada colectivo. En este contexto, en noviembre del 2006 ha surgido la Coordinadora de Centrales Sindicales Andinas (CCSA), con las finalidades organizar, fortalecer e integrar al movimiento sindical andino en una acción sindical multinacional, que les permita una voz en la discusión de los Tratados de Libre Comercio y en la armonización de las políticas sociales.

En este contexto, la CCSA ha suscrito a fines del 2007 un comunicado conjunto con la Confederación Europea de Sindicatos (CES) resaltando que "resulta indispensable dotar al acuerdo de una dimensión social, no siendo suficiente hacer referencia a la vigencia de los derechos humanos en general y los laborales en particular sino que debe incluirse en el mismo, mecanismos de seguimiento y cumplimiento que garanticen su aplicación irrestricta". En tal sentido, señalan "la necesidad de incorporar a los tres pilares previstos, a saber, Dialogo Político, Comercial y Cooperación un cuarto pilar dedicado a regular el trabajo digno". Ello, indican, "sería una garantía elemental en la búsqueda de construir un acuerdo bi-regional sustentable, basado en el reconocimiento de estándares laborales mínimos y no en el *dumping social*".

A su lado, el MERCOSUR aparece como un proceso de integración en donde la acción sindical regional tiene una mayor progresión, en parte porque es el más reciente, y también porque cinco años antes de su creación, (en 1986) las organizaciones sindicales de los países involucrados habían fundado la Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur (CCSCS), de modo que cuando se pone en marcha el Tratado de Asunción en 1991, esta organización ya estaba involucrada en el impulso de un apartado social. Asimismo, surge también el Consejo Industrial de MERCOSUR, en el que se agrupan los empleadores regionalmente.

La CCSCS promueve decididamente la creación del Subgrupo de Trabajo N° 11 (hoy Subgrupo 10) sobre Relaciones Laborales y Seguridad Social, y participa activamente en él y en el Foro Consultivo Económico y Social. En el plano de la acción sindical más concreta, podemos reseñar tres importantes hechos: en primer lugar, la creación del Comité Internacional de Trabajadores de la Empresa Volkswagen del MERCOSUR, la negociación y suscripción en 1997 por las representaciones sindicales y empresariales correspondientes del Código de Conducta para la Industria Textil, Vestimenta, Calzado y Cuero y, finalmente, la suscripción en 1999 del Convenio Colectivo Conjunto para las filiales de la empresa Volskwagen de Brasil y Argentina. No se trata, sin embargo, de una regulación pactada de condiciones de trabajo, sino que se asienta fundamentalmente en compromisos en material de formación profesional. Como vemos, la casuística es muy puntual todavía y se constriñe a ciertas grandes empresas, que si bien excluye el pesimismo total no nos permite un gran optimismo.

Finalmente, la experiencia cumbre se ha producido en la Unión Europea, sobre todo en los últimos 15 años y dentro de lo que se denomina de manera englobante como diálogo social. Recordemos que este proceso de integración tiene ya cinco décadas y ha ido avanzando de un diseño inicial fundamentalmente económico coherente con el nombre de Mercado Común ha pasando a una comunidad económica, en donde comenzó a hacerse presente una política social determinada, culminando en la actual Unión Europea, donde la visión integral del proceso ha llevado a que se tenga en cuenta de la dimensión social de cada decisión.

Sabemos de los diversos avances en el plano de la participación de los trabajadores en la empresa a nivel de la UE, y ya hemos glosado brevemente el caso del Comité de Empresa Europeo, por lo que trataremos de dar algunas pinceladas sobre las posibilidades de elaboración de normas laborales comunitarias que tienen las representaciones sindical y empresarial europeas y sobre el futuro de la negociación colectiva a este nivel.

En el primer plano, tras la aprobación en 1992 del Acuerdo de Política Social (que recogía el acuerdo suscrito en 1991 entre la CES, las organizaciones empresariales privada y pública de ámbito europeo (UNICE y CEEP) y las reformas correspondientes a los tratados fundacionales, las representaciones sociales tienen facultades incluso superiores a las existentes en los ordenamientos nacionales a la hora de elaborar normas que les incumban. Los planos son diversos: i) deben ser consultados sucesivamente sobre la posible orientación y el contenido de una medida de política social que se pretenda adoptar; ii) tras ello, las partes pueden paralizar la acción de la Comisión Europea, si deciden negociar un acuerdo sobre tal materia, para lo que tienen 9 meses prorrogables; y iii) el acuerdo sustituirá el instrumento que se buscaba aprobar.

Se trata, en palabras de Casas Bahamonde[18], de una inédita preferencia a favor del Derecho Social Comunitario de origen convencional, que para superar las críticas referidas a que se está yendo a una desresponsabilización de la Comisión en materia social, debe allanar todos los obstáculos existentes (legislación promocional) para que pueda negociarse y para que el acuerdo logrado tenga efectividad plena.

En el plano de la negociación colectiva europea propiamente dicha, su reconocimiento expreso pero genérico, ha dado ciertos frutos a nivel sectorial, pero todavía no supera los obstáculos referidos a los sujetos representativos, la vinculabilidad de los convenios y el requerimiento de medidas de fomento, como el deber de negociar, para desplegar el vuelo[19].

Si bien se ha superado estatutariamente la falta de capacidad negociadora de las organizaciones sindical y empresarial europeas, las mayorías que se exigen la dificultan ostensiblemente. Ello, que se presenta con mucha más intensidad en el lado empresarial, demuestra que están mucho más dispuestos a sustituir una posible regulación que pudiera serles impuesta desde la Comisión o el Consejo europeos, que a construir un espacio para la autonomía colectiva en el ámbito europeo.

A la luz de lo dicho, sin embargo, se pueden señalar dos cuestiones. La primera, referida a que la participación política de los sujetos sociales en la elaboración de normas laborales europeas ha dado algunos frutos relevantes, entre los que se cuentan 4 Acuerdos Marco, 3 de los cuales han recogidos en Directivas comunitarias y un buen número de pactos sectoriales, en la agricultura, los servicios, las telecomunicaciones, el sector textil, etc., de una cierta *viscosidad clasificatoria*, en términos de Baylos[20], ya que en algunos casos han terminado en Directivas, en otros son simples recomendaciones a las organizaciones nacionales o meros códigos de conducta.

En todo caso, el principal laboratorio para las relaciones colectivas internacionales se encuentra trabajando a tiempo completo, con la convicción de que los escollos son superables si es que las organizaciones correspondientes continúan haciendo sus tareas de adecuación

(18) CASAS BAAMONDE, María Emilia, "Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social, en Relaciones Laborales, N° 8, 1993, pág. 7.
(19) En apretada síntesis del planteamiento de SANGUINETI RAYMOND, W., ob. cit., pág. 235.
(20) BAYLOS GRAU, A., "La necesaria dimensión europea de los sindicatos y sus métodos de acción", en Gaceta Sindical N° 178, 1999, pág. 73.

interna y de definición conjunta de una estructuran negocial que incorpore el nivel europeo a los nacionales y proceda a repartir funciones y materias adecuadamente.

Para ello, lo ideal sería extender las facultades de gobierno del sistema de relaciones laborales al ámbito europeo a través de un Acuerdo Marco sobre la estructura de la negociación colectiva, que si bien tendrá inicialmente dificultades de aplicación demostrará que los consensos sociales están maduros y que por lo tanto habrá que buscar las fórmulas normativas que consientan y refuercen su aplicación efectiva en los diversos países.

IV. LOS DESAFÍOS DE LOS DERECHOS COLECTIVOS A NIVEL NACIONAL EN EL SIGLO XXI

A nivel nacional, y dentro de un contexto adverso a las relaciones colectivas como se estructuraron en el siglo XX (ver capítulos 1 y 2 de esta ponencia), el modelo industrialista de negociación colectiva, en concreto, se está viendo afectado por las importantes trasformaciones en las formas de desarrollo de la actividad económica y de organización de la producción, que están conduciendo a una redefinición de buena parte de sus modos tradicionales de organización y a una nueva distribución del protagonismo entre sus distintas funciones[21].

Así, el hecho de que nos encontremos en la actualidad ante una realidad económica y productiva más diversa, compleja y cambiante, conduce a priorizar la faceta adaptativa de los convenios colectivos en desmedro de sus funciones normativa y equilibradora, originando un cambio de énfasis en el seno de la función de intercambio. Es decir, los convenios colectivos dejan de responder prioritariamente a un propósito de equilibrio y uniformación y se convierten en instrumentos dirigidos a favorecer una adaptación flexible de las condiciones de trabajo a las necesidades empresariales. De forma paralela, la paulatina sustitución de los rígidos esquemas fordistas de organización de la producción por formas más grupales, flexibles y participativas de desarrollo del trabajo esta favoreciendo la asunción de un protagonismo cada vez mayor de sus funciones *organizacional* y *gubernamental* sobre su tradicional cometido económico o de mera regulación de las condiciones de "compraventa" de la fuerza de trabajo.

Los convenios colectivos avanzan así a convertirse, paralelamente, en instrumentos de gestión flexible de la fuerza de trabajo y no solo de fijación de las condiciones de trabajo. Se va así gestando un paradigma "postindustrial" de desarrollo de la negociación colectiva, dentro del cual ganan terreno sus aspectos adaptativos y organizativos sobre sus facetas normativa y equilibradora[22].

El desarrollo de este nuevo paradigma, sin suponer una alteración radical respecto del esquema tradicional, introduce algunos cambios de relieve en los principales aspectos a partir de los cuales se estructuran los sistemas de negociación colectiva.

(21) Para mayor detalle sobre esta redefinición, véase VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, "Funciones y modelos de la negociación colectiva", Ius et Veritas N° 31, págs. 205 y sgtes.
(22) Sobre el particular, véase, DEL REY GUANTER, Salvador, "Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la refundación de la nueva teoría jurídica de los convenios colectivos", en Relaciones Laborales, N° 1 y 2, 1996; y, MONEREO PÉREZ, José Luis, "Estudio preliminar" en GIGUNI, Gino, "Introducción al estudio de la autonomía colectiva", Granada, Editorial Comares, 2004.

Así, irrumpen con fuerza nuevos productos colectivos, que van a convivir con el convenio general, y que tienen como características su informalidad, su especificidad y su descentralización. Es el caso de los acuerdos de empresa, que si bien existían desde siempre, van a ampliar considerablemente sus funciones. Ya no estarán dirigidos a mejorar o complementar la regulación legal o convencional, sino que ahora pueden cumplir una función integrativa, ocupándose de materias no reguladas en otra norma (acuerdos defectivos españoles), como también pueden llegar a sustituir la regulación del convenio de nivel superior a la empresa, a través de las cláusulas de "inaplicación" o "descuelgue" (cláusulas de apertura alemanas o de descuelgue españolas).

A su vez, se rompe el carácter progresivo de la negociación colectiva permitiendo expresamente la negociación colectiva *in peius* o concesiva, a la par que se rompe con la tradicional ultractividad del contenido normativo del convenio colectivo vencido. Por tanto, cada negociación comenzará de cero en lugar de tener como piso lo conseguido en el convenio anterior. Por tanto, asistimos a una debilitación del convenio, en pro de una mayor adaptabilidad a las condiciones de cada empresa, dejando mal parada a la uniformización de condiciones de trabajo propia del fordismo.

Paralelamente, en el campo de la estructura de la negociación colectiva, la regla también pasa por descentralización, en la medida en que se busca ámbitos negociales adecuados a las materias o cuestiones a regular, que, como hemos visto, pertenecen al campo empresarial. Por lo que los sistemas negociales centralizados se complejizan y deben establecer reglas de articulación entre el nivel tradicional de rama y el relanzado de empresa, o, simplemente, reglas que resuelvan la concurrencia conflictiva entre convenios que se va a producir al irrumpir con fuerza el ámbito empresarial. Lo ideal de estas reglas es que se pacten colectivamente, pero también suelen aparecer en normas legales, a través de las cuales el Estado busca facilitar la existencia de ámbitos empresariales de negociación.

Se avanza entonces hacia un sistema de negociación colectiva articulada, dentro del cual el nivel de adecuación de la negociación depende de la materia tratada, favoreciéndose así un equilibrio más armonioso entre uniformidad y diversidad en la regulación de las condiciones de trabajo. El propósito de esta "descentralización" de la negociación colectiva es poner límites a la homogeneidad de las condiciones de trabajo derivada de la centralización, propiciando una mayor diversificación de sus contenidos mediante el desplazamiento de los procesos negociales hacia espacios más diferenciados y concretos.

Paradójicamente, es característica también de la nueva situación la emergencia de nuevas unidades de negociación supraempresarial, generadas por nuevos tipos de relaciones interempresariales propios del postfordismo. Este es el caso de la negociación colectiva de grupo de empresas, cada vez más presente en Europa, y también de algunas experiencias de negociación colectiva en el seno de la redes de empresas, unidas por vínculos de colaboración estable (por distintas condiciones o redes de subcontratación). En ambos casos, la nueva unidad permite negociar con el interlocutor empresarial real, es decir, con el que en cada caso toma efectivamente las decisiones organizativas y estratégicas (la empresa matriz del grupo o la contratista principal).

En tercer lugar, en lo que al contenido de los convenios colectivos se refiere, se producen transformaciones de importancia al menos en tres ámbitos. Antes que nada, la búsqueda de una adaptación flexible de las condiciones de trabajo a las circunstancias

específicas de los sectores productivos y las empresas conduce en muchos casos a un retroceso del intervencionismo legislativo en la regulación de las condiciones de trabajo, dirigido a dejar mayores espacios "libres" para la actuación de los convenios colectivos.

Esto se produce, bien a través de la supresión sin más de previsiones legales mínimas (ejemplo, retribución por horas extraordinarias o trabajo nocturno), bien a través de la dispositivización" de las mismas (duración máxima del período de prueba), o bien mediante la remisión de su regulación a la negociación colectiva (sistemas de clasificación profesional). Los convenios colectivos "ganan" así espacios para su actuación incondicionada, pero al "precio" de perder la "red" de seguridad constituida por los mínimos legales, con el consiguiente riesgo de degradación de las condiciones de trabajo.

De otro lado, esas mismas exigencias de adaptabilidad y flexibilidad conducen a un cambio en la forma de regular los contenidos "tradicionales" de los convenios colectivos. Así, en **materia salarial** surgen cláusulas que vinculan su crecimiento a la marcha de la empresa, a la vez que proliferan los elementos variables del salario, por lo general vinculados a la productividad o el rendimiento.

En **materia de tiempo de trabajo**, aparecen cláusulas dirigidas a facilitar la adaptación de su distribución a las necesidades del ciclo productivo, en tanto que, en el ámbito de la clasificación profesional, se favorece cada vez mas una mayor integración e intercambiabilidad de funciones. Es más, en muchos casos, estas cláusulas son aceptadas por los representantes de los trabajadores a cambio de que les sean concedidos núcleos de participación o de control sobre su aplicación, lo cual supone una extensión de las formas de participación en el ejercicio de los poderes empresariales, que refuerza la función organizacional en su formulación participativa de la negociación colectiva a nivel "micro".

Finalmente, el paso a formas de organización del trabajo menos estandarizadas y más grupales y participativas propicia también la presencia en los convenios colectivos de cláusulas vinculadas con la organización del trabajo y la gestión del personal. Este fenómeno se produce especialmente en la negociación colectiva de nivel empresarial. Ejemplos de este tipo son las cláusulas que regulan las modalidades de contratación y establecen compromisos de empleo, prevén sistemas de organización, regulan planes de formación, disciplinan las modificaciones de funciones o de condiciones de trabajo o las suspensiones de los contratos de trabajo y los despidos, en muchos casos articuladas con formas de participación individual de los trabajadores en la organización del trabajo, o de participación colectiva de sus representantes en la adopción de las decisiones correspondientes. Todo esto no supone que las funciones equilibradora de la negociación colectiva desaparezca, pero que cada vez se tornan más dependientes de su papel adaptativo y organizacional.

Para concluir, debe decirse que estos cambios no han conducido a relativizar o cuestionar la eficacia normativa (y, en algunos ordenamientos, personal general) atribuida a los convenios colectivos. Lo que si se detecta es una tendencia a revalorizar los aspectos contractuales que el propio convenio colectivo posee, que por lo general pasan desapercibidos cuando se extrema su identificación con las normas legales.

El elemento clave para ello esta constituido por el establecimiento de una relación más fluida entre las partes normativa y obligacional el convenio colectivo. Esta nueva relación se expresa de diversas maneras:

- En primer lugar, se admite que el propio convenio colectivo puede prever mecanismos de alteración de su contenido durante su vigencia, por lo general atribuidos a organismos *ad hoc* de carácter paritario; con ello, la frontera entre los sistemas estáticos y dinámicos de negociación colectiva tiende a difuminarse.
- En segundo lugar, se concede un protagonismo cada vez mayor a las instancias creadas por las partes en la aplicación o gestión de lo pactado, permitiéndoles adoptar decisiones que condicionen la actividad de las partes; y,
- En tercer lugar, se defiende la necesidad de una interpretación más subjetiva de los convenios colectivos que vaya más allá el sentido objetivo de su texto y considere también la voluntad real de las partes que lo suscribieron.

Todo esto supone, nuevamente potenciar los valores adaptativos del convenio colectivo aunque en esta ocasión desde una perspectiva procedimental, que potencia una vez más, la función gubernamental concedida a los agentes sociales, proyectándola sobre la gestión de la propia norma colectiva.

Para concluir, debo señalar que, como se habrá podido comprobar, nada de lo dicho cuestiona en si mismo la vigencia de los derechos colectivos como instrumentos socialmente aptos de regulación de las condiciones de trabajo, que ponderen la necesaria flexibilidad con cuotas imprescindibles de equilibrio. Antes bien, estos cambios son expresión precisamente de su vitalidad. En todo caso, y teniendo en cuenta que la libertad sindical y la negociación colectiva están mencionadas en primer lugar en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT, de 1998, confiamos en sigan aportando las cuotas de igualdad requeridas para superar la exclusión y el carácter formal de nuestras democracias.

