

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**

**EL IMPACTO DE LA TERCERIZACIÓN EN LAS RELACIONES
COLECTIVAS DE TRABAJO Y EN LOS EQUILIBRIOS
CONSTITUCIONALES
ANÁLISIS Y PROPUESTAS**

Tesis para optar el Título de Abogada que presenta la Bachiller:

LUCIANA CAROLINA GUERRA RODRÍGUEZ

ASESOR: ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS

LIMA, ABRIL DE 2013



*A mi madre y a mi abuela, por su amor,
paciencia y presencia incondicional*

AGRADECIMIENTOS

El origen de esta tesis se remonta a una monografía preparada para el curso de Metodología de la investigación jurídica el año 2010, en la que Alfredo Villavicencio se desempeñó como mi asesor. Para él van estas primeras líneas de agradecimiento, por la motivación, exigencia y presencia a lo largo del desarrollo de este trabajo, y sobre todo por la sincera amistad brindada. No cabe duda que cumple a cabalidad la labor de maestro; su acción trasciende con creces del ámbito académico al de las relaciones humanas.

Asimismo, me es imprescindible expresar mi más sincero agradecimiento a los profesores Elmer Arce y Juan Gorelli, por su plena disposición para absolver mis dudas y por la gentil facilitación de referencias bibliográficas relevantes.

El apoyo brindado por mi familia merece también ser destacado, me han demostrado su confianza, cariño y comprensión de múltiples maneras.

No podría dejar de mencionar a José Manuel Dedios; no solo por su estímulo e infinita paciencia, sino principalmente por ser mi gran soporte emocional a lo largo de este periodo. Sin su ayuda la culminación de esta tesis no hubiera sido posible.

Finalmente, debo reconocer la colaboración de valiosos amigos, en especial la de Liliana Solano, quien desde el inicio, con suma predisposición y de manera desinteresada, accedió a discutir conmigo varias de las ideas aquí planteadas.

INDICE

INTRODUCCIÓN	8
PRIMER CAPÍTULO	10
1. El Estado social como componente del Estado constitucional moderno	10
1.1. Evolución y alcances generales del Estado constitucional moderno	10
1.1.1. Estado de derecho.....	11
1.1.2. Estado democrático de derecho.....	13
1.1.3. Estado social democrático y de derecho.....	14
1.2. Elementos configuradores del Estado social.....	17
1.2.1. El pluralismo social e institucional	18
1.2.2. La reformulación de los derechos fundamentales	18
1.2.2.1. El reconocimiento de los derechos sociales o de segunda generación	18
1.2.2.2. La relativización de algunos derechos fundamentales clásicos	21
1.2.3. La intervención estatal en la economía	21
1.3. El Estado social en el Perú actual.....	22
1.3.1. Antecedentes históricos.....	22
1.3.2. El Estado social en la Constitución política de 1993	23
1.3.2.1. El pluralismo social	23
1.3.2.2. La reformulación de los derechos fundamentales	24
1.3.2.2.1. La relativización de los derechos clásicos	24
1.3.2.2.2. El reconocimiento de derechos sociales	24
1.3.2.3. La intervención del Estado en la economía.....	26
1.4. El derecho del trabajo en el estado social: los pesos y contrapesos	27
2. La tutela colectiva en el Estado social.....	29
2.1. Regulación constitucional	29
2.1.1. Bloque de constitucionalidad.....	29
2.1.2. Los derechos laborales de naturaleza colectiva	32
2.1.2.1. Libertad sindical	32
2.1.2.1.1. Libertad sindical individual	34
2.1.2.1.2. Libertad sindical colectiva	34
2.1.2.2. Negociación colectiva	35
2.1.2.3. Huelga	40
2.1.3. Modelo pluralista y democrático de relaciones laborales.....	42
2.1.4. Rol estatal de protección y fomento de los derechos colectivos	44
3. Descentralización productiva, subcontratación, tercerización y su regulación en el Perú.....	46

3.1.	Descentralización productiva: alcances y características	48
3.2.	Subcontratación en sentido amplio: relaciones triangulares de trabajo, alcances y características	49
3.2.1.	Principales modalidades	51
3.2.1.1.	Subcontratación de mano de obra o intermediación	52
3.2.1.2.	Subcontratación de la producción de bienes y servicios o tercerización: la llamada subcontratación en sentido estricto	53
3.3.	La regulación de la subcontratación en sentido amplio en el Perú.....	56
3.3.1.	Regulación de la intermediación laboral.....	57
3.3.2.	Regulación de la tercerización laboral.....	62
3.4.	Precisiones y comentarios	66
SEGUNDO CAPÍTULO		68
1.	Contexto general: la política de flexibilización laboral implementada en la década de los noventa	68
1.1.	Modificaciones en materia de relaciones individuales	70
1.1.1.	Contratación temporal.....	71
1.1.2.	“Facilitación” de la extinción de la relación laboral: despido libre indemnizado	76
1.2.	Modificaciones en materia de relaciones colectivas	79
1.2.1.	Regulación del derecho de sindicación	81
1.2.2.	Regulación del derecho de negociación colectiva	85
1.2.3.	Regulación del derecho de huelga	93
1.3.	Modificaciones en materia de organización del trabajo	98
1.4.	A modo de conclusión preliminar	99
2.	Impacto de la tercerización en las relaciones colectivas de trabajo.....	101
2.1.	Análisis previo: principales efectos de la tercerización sobre las relaciones individuales de trabajo de la empresa contratista	104
2.1.1.	Precarización y degradación salarial: afectación al principio de igualdad...	105
2.1.2.	Incremento de la inestabilidad laboral	108
2.2.	Principales efectos de la tercerización sobre las relaciones colectivas de trabajo.....	109
2.2.1.	Dificultades cuantitativas: reducción del caudal sindical.....	110

2.2.1.1.	Impacto en el derecho de sindicación: dificultades numéricas para la constitución y subsistencia de una organización sindical	111
2.2.1.2.	Impacto en el derecho de negociación colectiva: reducción de la capacidad sindical fáctica de negociación y de la cobertura del convenio colectivo	113
2.2.1.3.	Impacto en el derecho de huelga: dificultades cuantitativas para su concreción y efectividad.....	116
2.2.2.	Dificultades para la consolidación de la comunidad de intereses	118
2.2.2.1	Impacto en el derecho de sindicación: debilitamiento del elemento cualitativo clave para la constitución de una organización sindical.....	120
2.2.2.2.	Impacto en el derecho de negociación colectiva: dificultades para la elección de la comisión negociadora y para determinar el contenido del pliego de reclamos.....	123
2.2.2.3.	Impacto en el derecho de huelga: dificultades cualitativas para su concreción y efectividad.....	125
2.2.3.	Dificultades para identificar a la contraparte frente a la cual ejercer derechos colectivos.....	127
2.2.3.1.	Impacto en el derecho de sindicación: dificultades para determinar el ámbito de actuación de la organización sindical.....	128
2.2.3.2	Impacto en el derecho de negociación colectiva: problemas de identificación de la verdadera contraparte negocial	129
2.2.3.3.	Impacto en el derecho de huelga: dificultades para determinar el ámbito de convocatoria y neutralizar efectos “colaterales”.....	132
3.	Insuficiencia e ineficacia los canales legales y administrativos previstos: imposibilidad de ejercicio efectivo de derechos colectivos en el marco de la subcontratación.....	135
3.1.	Canales previstos para el ejercicio del derecho de sindicación	135
3.2.	Canales previstos para el ejercicio del derecho de negociación colectiva ..	138
3.3.	Canales previstos para el ejercicio del derecho de huelga	141
3.4.	Canales previstos en las normas que regulan los servicios de tercerización.....	143
4.	Impacto de la reducción de eficacia de la tutela colectiva sobre el diseño del Estado social: urgente reformulación del rol público para recuperar los equilibrios sociales básicos	144
TERCER CAPÍTULO		147
1.	Buscando una tutela colectiva eficaz en el marco de la subcontratación ...	147

1.1.	Imperativo estatal de restaurar los equilibrios básicos del estado social: necesidad de enfocar los efectos de la subcontratación desde una perspectiva fisiológica	147
1.2.	La empresa principal como necesaria protagonista	150
2.	Medidas estatales para neutralizar el impacto negativo de la subcontratación en los derechos colectivos	155
2.1	La reconstrucción del concepto de empleador	158
2.2.	La reconstrucción sistemática de las instituciones del derecho del trabajo.....	160
2.2.1.	Reconstrucción sistemática de algunas de las instituciones básicas de las relaciones individuales de trabajo	161
2.2.1.1.	Medidas para contrarrestar la precarización y degradación salarial: imposición legal del principio de igualdad de trato	162
2.2.1.2.	Medidas para desincentivar la inestabilidad laboral: cláusulas de subrogación y garantías de continuidad	165
2.2.2	Reconstrucción sistemática de las instituciones básicas de las relaciones colectivas de trabajo	169
2.2.2.1.	Medidas relativas al derecho de sindicación: promoción estatal de estructuras centralizadas y garantía de la libertad de reglamentación	170
2.2.2.2.	Medidas relativas al derecho a la negociación colectiva: modificación de las reglas sobre legitimación negocial y fomento de la negociación colectiva supraempresarial y articulada.....	175
2.2.2.3.	Medidas relativas al derecho de huelga: adopción legal del modelo polivalente y mecanismos de incidencia sobre las relaciones civiles.....	181
3.	Medidas sindicales para neutralizar el impacto negativo de la subcontratación en los derechos colectivos	188
3.1.	Medidas sociopolíticas o jurídicas	189
3.2.	Medidas de acción directa o propiamente sindicales	190
3.2.1.	Medidas de acción directa relativas al derecho de sindicación.....	192
3.2.2.	Medidas de acción directa relativas al derecho de negociación colectiva ..	194
3.2.3.	Medidas de acción directa relativas al derecho de huelga	199
	CONCLUSIONES	202
	BIBLIOGRAFÍA.....	213

INTRODUCCIÓN

El siglo XXI ha consolidado un complejo fenómeno denominado globalización, el cual trae consigo consecuencias económico-sociales de importante magnitud, repercutiendo algunas de ellas de manera fundamental en las estructuras productivas ya que, en aras de la ansiada eliminación de las fronteras para la integración de mercados, diversas regulaciones estatales se han mantenido al margen, dando paso a que sean los privados quienes definan las nuevas formas de organización de la producción.

En dicho contexto, con la finalidad de adecuar las estrategias de gestión empresarial a un escenario paulatinamente más competitivo, se ha propiciado la adopción de una nueva forma de organización basada en la desintegración del proceso productivo en fases claramente diferenciables y la transferencia de algunas o todas ellas a entidades con quienes se celebrarán acuerdos de naturaleza civil, sin que ello implique la renuncia al control global del proyecto empresarial. Este fenómeno, conocido a nivel internacional - y en la doctrina - como subcontratación de la producción de bienes y servicios, es denominado en nuestro ordenamiento jurídico bajo el término 'tercerización'.

Luego de una reflexión a profundidad, se optó por titular la presente tesis en función de la referida denominación nacional, puesto que ha adquirido relevancia jurídica al ser la utilizada por las normas que la regulan y a que técnicamente el término "subcontratación" incluye

también a la mal llamada intermediación laboral. Precisamente esta última figura denota que la imprecisión de nuestra legislación no se queda en el terreno terminológico, dado que bajo su ámbito se contempla la prestación de servicios complementarios y especializados que en realidad son supuestos de tercerización laboral. No obstante lo señalado, cabe precisar que utilizaremos ambos vocablos (subcontratación y tercerización) como sinónimos.

Tras lo expuesto, la investigación pretende examinar el impacto de la tercerización – aquella válidamente constituida en estricto cumplimiento de las normas vigentes - en el ejercicio de los derechos de naturaleza colectiva de los trabajadores de ambas empresas involucradas, incidiendo sobre todo en los que prestan servicios en las contratistas. Asimismo, dada la importancia crucial que posee la tutela colectiva en la configuración del Estado Social, se analizará si dicha repercusión altera el sistema de equilibrios entre capital y trabajo sobre el que el mismo se sustenta.

La realidad nos demuestra que la subcontratación reduce considerablemente la cobertura y eficacia de la acción sindical, sobre todo en países que, como el nuestro, promueven estructuras sindicales y negociales descentralizadas. A efectos de dotarla de efectividad en este escenario, y así reequilibrar el pacto que sustenta el modelo estatal adoptado, se requiere una respuesta sistémica que conjugue medidas estatales y sindicales.

No se trata, en lo absoluto, de entorpecer la libertad de empresa y la dinamización de la economía, sino de que esta se ejerza en armonía con la libertad sindical, pues el modelo de producción imperante no puede sustentarse en la desaparición de los instrumentos de equilibrio social, colocando en un segundo plano la redistribución de la riqueza. Solo dejando atrás aquella concepción desfasada en la que se sacrifican derechos fundamentales laborales en aras de la expansión del mercado y mejora de la competitividad empresarial podremos aspirar a un verdadero desarrollo y crecimiento económico sostenible.

PRIMER CAPÍTULO

MARCO TEÓRICO

1. EL ESTADO SOCIAL COMO COMPONENTE DEL ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO

1.1. EVOLUCIÓN Y ALCANCES GENERALES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO

A tenor de lo expresado en nuestra Constitución Política¹, el Perú es un Estado Social Democrático de Derecho, siendo esta afirmación corroborada por el máximo intérprete de la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico en los términos que a continuación citamos:

“El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3 y 43 de la Ley fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular,

¹ Constitución Política del Perú de 1993, Artículo 43: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana (...)”.

*separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales*².

De esta manera, tal como lo hizo la precedente, nuestra Constitución vigente explicita su adhesión al modelo de Estado Constitucional Moderno, resultando de suma importancia descifrar esta fórmula, ya que el alcance y contenido de las demás disposiciones legales y constitucionales, entre ellas las referidas a la tutela colectiva, deberán ser interpretadas a la luz de este precepto. En efecto, conforme lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, “(...) en virtud del principio interpretativo de la unidad de la Constitución, la condición ‘social’ del Estado se instituye, de un lado, como un criterio hermenéutico de las cláusulas constitucionales y del ordenamiento jurídico, en general; y, de otro, como una institución determinante del contenido esencial de los derechos fundamentales”³, con lo cual queda claro que no solo presenta una vertiente política sino también jurídica.

A efectos prácticos y de comprender con mayor claridad todas sus garantías, fundamentos y características, desmembraremos la proclamación constitucional en referencia. En primer lugar, se recordará qué garantías se encuentran implícitas en un Estado de Derecho; luego, se desarrollará sumariamente cuál es el aporte del componente democrático (Estado democrático de Derecho); para finalmente hacer referencia a la fórmula completa (Estado social democrático de Derecho).

1.1.1. ESTADO DE DERECHO

El Estado de Derecho es aquel que brinda al individuo libertad para auto determinarse, reservando su actuación en cuanto ésta sea necesaria, la cual debe ser “*limitada, previsible y calculable*”⁴. A tales efectos, se presenta la necesidad de cumplir con determinadas garantías que, según Elías Díaz, constituyen los rasgos característicos de este modelo de Estado, siendo estas las que se exponen seguidamente:

² Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico 10.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 3 de junio de 2005, recaída en el Expediente 50-2004-AI/TC (acumulados), Fundamento Jurídico 42.

⁴ HERZOG, Roman. “Elementos que definen un Estado de derecho: El Estado servidor del ciudadano”. En: THESING, Josef. *Estado de Derecho y Democracia*. Segunda edición. Konrad, Buenos Aires, 1999, p. 22.

- **Legalidad de la Administración**

Este principio, en síntesis, implica que la actuación de los poderes públicos no debe contravenir la Ley dictada por el Parlamento, involucrando un sistema de responsabilidad de la Administración, es decir, *“un control jurisdiccional contra las posibles infracciones legales llevadas a cabo por los órganos de aquella: es el llamado sistema de justicia administrativa”*⁶. Vale precisar que este control no alude exclusivamente a la emisión de actos administrativos, que son revisables a través de los llamados recursos contencioso - administrativos, sino también hace referencia a las potestades normativas que se le confieren a la Administración Pública.

- **Jerarquía normativa: Imperio de la ley**

Hans Kelsen resume el principio de jerarquía normativa de la siguiente manera:

*“El orden jurídico no es un sistema de normas de Derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra forma, cuya producción a su vez está determinada por otra (...)”*⁶.

De lo citado se desprende que si una norma contradice a otra de mayor rango carecerá de validez, es decir su existencia se encontrará condicionada a la correspondencia - o por lo menos a la no contradicción - con una disposición de mayor nivel jerárquico. Concretamente, en nuestro ordenamiento jurídico la norma que determina la validez o invalidez de las normas con rango de Ley es la Constitución Política.

- **La separación de Poderes**

La separación de poderes se presenta históricamente como la respuesta al absolutismo, dado que buscaría impedir la concentración del poder en una sola

⁵ DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Taurus, Madrid, 1998, p. 36.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Traducido por: VERNEGO, 1979. Pp.232. Citado en CARMONA, Encarnación. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. CES, Madrid, 2000, p.103.

institución o persona, para de este modo garantizar la libertad del individuo⁷. La existencia de este sistema supone que *“la creación de leyes (función legislativa) corresponde al Poder legislativo y que la aplicación de las leyes (funciones ejecutivo y judicial) corresponde bajo esas dos formas a los poderes ejecutivos y judicial”*⁸. Así pues, cada órgano tendrá funciones propias y particulares, debiendo ocuparse de ellas sin interferir en las atribuciones de los demás órganos estatales, sin que ello signifique que estén vedadas las labores de coordinación entre los poderes del Estado.

- **Garantías jurisdiccionales a favor de los derechos fundamentales**

Todos y cada uno de los derechos fundamentales presentan aspectos que emanan de la dignidad inherente al ser humano. Sobre el particular, el artículo 1º de nuestra Constitución establece que *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*, y, en similar sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales”*⁹.

El Estado debe, además de respetar, promover y garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, siendo un objetivo central del Estado de Derecho implementar mecanismos de protección eficaces, capaces de ofrecer una tutela rápida y urgente. Es en tal sentido que nuestra Constitución establece un control jurisdiccional reforzado a través de los procesos constitucionales contemplados en el artículo 200º de nuestra Constitución: Habeas Corpus, Habeas Data y la acción de Amparo.

1.1.2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El Estado Democrático de Derecho implica todo lo ya expresado, por lo que aquí nos referiremos sólo al aspecto democrático.

⁷ MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Tecnos, Madrid, 1987, p.106.

⁸ DÍAZ, Elías. *Óp.cit.*, p. 33.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, Fundamento jurídico 14.

Desde un inicio debe quedar claro que si interpretamos que el postulado democrático implica exclusivamente la voluntad de la mayoría, este entraría en contradicción con el Estado de Derecho. Por ello, debe mediar una interpretación material, que evidencie que el “*concepto de democracia presupone el Estado de Derecho*”¹⁰, toda vez que este último, al garantizar la libertad del individuo, hará viable la concreción de aspectos fundamentales de un Estado Democrático: la activa participación en los procesos democráticos, el derecho a constituirse en oposición, un permanente control público de los gobernantes, así como la más amplia autodeterminación posible del individuo¹¹.

En este sentido, el propio Tribunal Constitucional reconoce que el postulado democrático se materializa a través de la participación ciudadana, sea esta de manera directa - individual o colectiva - o indirecta¹², en la medida que la intervención de los ciudadanos en la voluntad político - estatal es el presupuesto para garantizar el máximo respeto hacia sus derechos constitucionales, permitiendo la generación de identidad cultural, estabilidad económica, justicia social y consenso político, evidentemente siempre que las minorías sean respetadas.

1.1.3 ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO Y DE DERECHO

Dado que son varios los trabajos que se encargan de desarrollar el surgimiento histórico del Estado social, baste aquí referir que el mismo surgió como respuesta a la denominada “cuestión social”, caracterizada por brutales condiciones de vida y de trabajo a las que estaban expuestos los asalariados, que se desarrolló en el marco de la revolución industrial y la consolidación del sistema económico capitalista bajo los parámetros del Estado Liberal. Tal como es ampliamente conocido, con la finalidad de hacer frente a dicha situación, los trabajadores se organizaron para defender conjuntamente sus intereses, siendo que tras una ardua y larga batalla lograron que se dejen atrás aquellas normas represivas que hasta calificaron de delito estas conductas, para pasar a reconocerlas como derecho.

¹⁰ KRIELE, Martin. “Derechos humanos y división de poderes”. En: THESING, Josef. Óp. Cit., p.150.

¹¹ SIMON, Helmut. “Los Derechos Fundamentales en el Estado democrático y social de derecho”. En: THESING, Josef. Óp. Cit., p. 190.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 2 de febrero de 2006, recaída en el Expediente N° 0030-2005-AI, Fundamento jurídico 22.

Habiendo puntualizado el origen de esta forma de organización del Estado, debemos referir que esta fórmula envuelve todo lo hasta ahora expresado en los acápites precedentes, añadiendo que el elemento “Social” implica que el Estado, para poder cumplir con sus atribuciones, debe “*intervenir en la distribución de los bienes sociales*”¹³, siendo la ley el instrumento que utiliza para ello, conforme al Estado de Derecho.

La referida intervención se da con la finalidad de equilibrar las desigualdades existentes, por ello se persigue reforzar aquellas garantías y derechos que dependen de circunstancias sociales y económicas sobre las cuales el individuo no puede ejercer modificación alguna, dejándose atrás la concepción clásica del Estado Liberal que propugnaba un Estado mínimo, el cual, en aras de salvaguardar la libertad individual, no intervenía en los procesos naturales de la sociedad. Debe quedar claro que una posición meramente abstencionista es incompatible con la noción de Estado social, como señala Benda, éste “(...) *está obligado y dispone de justificación para configurar el orden social*”, ya que “(...) *la idea fundamental de la cláusula del Estado social apunta a que el bien común no resulta automáticamente de la libre concurrencia de las fuerzas sociales y de los individuos, sino que requiere que el Estado con su autoridad arbitre una compensación de intereses*”¹⁴.

El paso del Estado liberal al Estado Social altera drásticamente las relaciones Estado-sociedad: mientras en el primero la interferencia estatal en el desarrollo de la sociedad estaba vedada, supuestamente con la finalidad de garantizar la libertad individual de sus miembros; el segundo se caracteriza por la existencia de variadas formas de interacción entre uno y otra, donde la intervención estatal se toma necesaria en aquellos aspectos de económico sociales que resulten determinantes para establecer una calidad de vida digna y lograr la igualdad real¹⁵. Debe quedar claro que el Estado social no permite garantizar la libertad individual a costa de condiciones sociales injustas, quedando ésta salvaguardada por la participación que se reconoce a la sociedad civil en la formación de los órganos y la voluntad del Estado, a través de variadas y múltiples formas de acceso al proceso político.

¹³ HORN, Wolfgang. “Estado de derecho y Estado social”. En: THESING, Josef. Óp. Cit., p.174.

¹⁴ BENDA, Ernesto. “El Estado social de Derecho”. En: BENDA y otros. *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pon, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, p. 528.

¹⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social en la Constitución*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, p.67.

Cabe resaltar que la cláusula de Estado social no es incompatible con el Estado de Derecho, como algunos autores sostienen¹⁶, ya que si bien puede parecer que en el primer modelo el Estado se abstiene, mientras en el segundo, interviene, hay que tomar en cuenta que en realidad ambos postulados poseen la misma finalidad: garantizar la libertad individual. La diferencia estriba en que el Estado social busca dotarla, además, de un contenido material que permita que el individuo se encuentre en real capacidad de ejercerla. En la misma línea, Doehring anota que tal antinomia no existe si se tiene en cuenta que la función específica del Estado social “(...) *está en colocar al individuo en disposición para que ejercite su libertad*”¹⁷. No debe perderse de vista que si el individuo no estuviese en posibilidad de ejercer efectivamente su propia libertad, debido a la falta de condiciones sociales y económicas adecuadas, ésta quedaría reducida a un mero valor formal.

También, en este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente¹⁸:

“11. El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (García Pelayo, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Editorial Alianza. 1980, pág. 26), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones.

12. El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan

¹⁶ En dicho sentido, Forsthoff ha señalado que el objetivo del Estado de Derecho es garantizar la libertad individual a través de la limitación del poder del Estado, mientras que el Estado social buscaría, por el contrario, la participación estatal. Ver: FORSTHOFF, Ernst-Wolfgang. *El Estado de la sociedad industrial (el modelo de la República Federal de Alemania)*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 124.

¹⁷ DOEHRING, Karl. “Estado Social, Estado de Derecho y orden democrático”. En: ABENDROTH y otros. *El Estado social*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1986, p.128.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico 11.

una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio”.

De esta manera queda demostrado que el Estado Social no se contrapone al Estado de Derecho, sino que ambos se complementan, ya que *“la vida social no es autónoma, movida por sus propias fuerzas, sino que necesita de regulación por parte del Estado”*¹⁹.

Finalmente, cabe aludir a la relación entre el Estado democrático y el Estado social. Para ello, debemos tener claro que la democracia puede ser abordada desde dos perspectivas distintas: una formal, que alude al conjunto de reglas que deben cumplirse para que el poder político se distribuya entre los ciudadanos, y otra de naturaleza sustancial, como forma de gobierno inspirada en el ideal de igualdad de oportunidades y participación ciudadana²⁰. Así lo ha reconocido también nuestro Tribunal Constitucional, al señalar que la democracia cumple una doble función pues es *“(…) método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social”*²¹.

El Estado social incorpora ambos aspectos, ya que el mismo tiene sus cimientos dentro de un entorno formalmente democrático, y es con miras a concretar una real democracia política, económica, social y cultural que deviene en necesaria la intervención estatal, demostrándose que no existe ninguna antinomia entre el postulado democrático y el social, sino más bien, al contrario, existe también una interrelación y codependencia entre ellos.

1.2 ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL ESTADO SOCIAL

Conforme señala Carlos Blancas Bustamante son tres los elementos cuya presencia es indispensable para la configuración del Estado social. Los mismos serán desarrollados brevemente a continuación.

¹⁹ FORSTHOFF, Ernst. *El Estado Social*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1986, p. 105.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1989, p.7.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico 13.

1.2.1. EL PLURALISMO SOCIAL E INSTITUCIONAL

Tal como se señaló previamente, el Estado social supuso una nueva forma de relación con la sociedad civil, que dejó atrás la lógica 'individuo – Estado' propia del liberalismo, la cual se oponía a la existencia de organismos colectivos, siendo La Ley “*Le Chapelier*” el ejemplo más significativo de esta represiva posición estatal.

En contraposición con el Estado Liberal, este modelo tiene una actitud favorable hacia las formaciones sociales, a tal punto que no solo les reconoce y garantiza la libertad de crearse, auto organizarse y actuar en sus respectivos ámbitos, sino que les permite influir en las decisiones y políticas gubernamentales, encontrándonos frente a auténticos mecanismos de participación ciudadana de suma importancia para la formulación y establecimiento de directrices de índole económica, social, política, y cultural.

En este escenario, las organizaciones sindicales tienen especial trascendencia, toda vez que, conforme veremos más adelante, se erigen como medios de control y contrapeso del propio poder estatal, trascendiendo los límites de las relaciones laborales y reafirmandose así el sentido democrático del Estado social de Derecho.

1.2.2. LA REFORMULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La instauración del Estado social supuso la reformulación de los derechos fundamentales en dos aspectos²²: de un lado, el reconocimiento de los derechos sociales amplió el catálogo de derechos; y de otro, se produjo la relativización de algunos derechos clásicos en función del interés social.

1.2.2.1. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES O DE SEGUNDA GENERACIÓN

Con el advenimiento del Estado social se produjo la extensión de la lista de derechos fundamentales reconocidos en el Estado liberal, a través del reconocimiento de los derechos

²² BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social en la Constitución*. Óp.cit., pp. 133 – 217.

sociales o de “segunda generación” (expresión meramente cronológica), que no se constriñen a garantizar la mera libertad formal del individuo, sino que tienen por finalidad proteger la esfera socio-económica de la persona²³. Conforme indica Wilfredo Sanguinetti, *“expresión primera y privilegiada de estos derechos son, naturalmente, los de naturaleza laboral, en la medida que su propósito es reducir el desequilibrio generado por la posición de supremacía contractual del empleador”*²⁴.

Al igual que los derechos clásicos, encuentran fundamento en la dignidad humana, valor supremo de la sociedad y el Estado - según nuestra propia Constitución reconoce- lo cual ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

*“El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada”*²⁵.

Consecuentemente, el que los derechos sociales posean un menor grado de exigibilidad en comparación con los derechos civiles y políticos, no implica de ninguna manera que posean menor rango, ya que en ambos casos estamos frente a derechos fundamentales que tienen como fundamento indiscutible la dignidad de la persona. De este modo, se torna necesario distinguir entre derechos y garantías:²⁶ mientras los primeros son expectativas negativas o positivas, las segundas aluden a las herramientas previstas para la protección del derecho, que pueden ser “primarias”- consistentes en obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)-, o “secundarias”, que gravitan en torno a obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones a los derechos producidas al violarse las garantías “primarias”. Dependiendo de qué garantías existan, la exigibilidad puede presentarse en menor o mayor intensidad.

²³ Ídem., pp. 193-298.

²⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Globalización, derechos fundamentales del trabajo y ciudadanía social”. En: *Laborem*. N° 4, Lima, 2004, p.15.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de abril de 2004, recaída en el Expediente N° 2495-2003-AA/TC, Fundamento jurídico 19.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Tercera edición. Trotta, Madrid, 2007, pp. 45-47.

De allí que sea incorrecto considerar a estos derechos de segunda generación como meras normas programáticas, pues, como puede observarse, una cosa es su naturaleza de derecho fundamental y otra muy distinta las garantías con las que el mismo puede contar. Al respecto, cabe recordar que poseen aspectos susceptibles de ser exigidos judicialmente.

En concordancia con lo anotado, el Tribunal Constitucional ha descartado enfáticamente la reducción de los derechos sociales a la condición de normas programáticas, confirmado que se trata de plenos derechos fundamentales²⁷, que en todo caso podrían ser de carácter progresivo. Landa Arroyo, ex magistrado del máximo intérprete de nuestra Constitución, sintetiza didácticamente la diferencia en los siguientes términos:

“(…) mientras que lo programático implica que los derechos sociales no constituyen más que simples declaraciones y, por ende, pueden ser respetados o no, el entenderlos como derechos progresivos comporta ya de por sí, un deber ineludible para el Estado de proveer las condiciones materiales mínimas para su mayor realización posible. (...) la progresividad de los derechos sociales comporta, pues, una concreta obligación estatal de negociar las condiciones de goce y ejercicio. De ahí también que se imponga el principio de prohibición de su regresividad en el sentido de que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos y simultáneamente asume la prohibición de disminuir el ámbito de protección de los derechos vigentes o de derogar los ya existentes”²⁸.

Ahora bien, el que requieran intervención estatal para su concreción tampoco es una característica propia de este tipo de derechos, en tanto, de un lado, los derechos civiles y políticos muchas veces también la necesitan y, de otro, existen varios derechos sociales que reclaman más bien la abstención del Estado, siendo el caso de muchos derechos de carácter laboral. Por ello, podemos afirmar que todos los derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) comprenden obligaciones positivas y negativas por parte del Estado²⁹, variando sólo el énfasis de las primeras en el caso de los derechos aquí analizados.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 5 de octubre de 2004, recaída en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC, Fundamentos jurídicos 10 y 11.

²⁸ LANDA ARROYO, César. *Constitución y Fuentes del Derecho: derechos, jurisdicción, democracia*. Palestra, Lima, 2006, p. 45.

²⁹ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, Madrid, 2002, pp. 24-25.

Finalmente, cabe mencionar que hoy estos derechos son reconocidos, conjuntamente con los derechos de “primera generación”, en los más importantes Tratados y Convenios internacionales sobre Derechos Humanos, contando además con un instrumento que los regula específicamente, el Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales.

1.2.2.2. LA RELATIVIZACIÓN DE ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES CLÁSICOS

De manera paralela a la referida extensión de derechos fundamentales, con el arribo del Estado social se produjo también la limitación de algunos derechos clásicos como los de igualdad ante la ley, el derecho de propiedad y las libertades económicas. Esta relativización partió del reconocimiento de la inexistencia de derechos absolutos y de la necesidad de armonizar el ejercicio de los derechos de primera generación con el interés público y la Ley.

Así, por ejemplo, el derecho a la igualdad adquirió una dimensión sustancial, a través de la cual se propone la igualdad real de las personas en el goce de sus derechos; el derecho de propiedad dejó de ser absoluto, imponiéndosele una “*función social*”; y las libertades económicas, de empresa y de comercio, se encontraron sometidas al interés general. Esto es, para estar frente al ejercicio legítimo de estos derechos se requerirá tomar en consideración los demás bienes, derechos e intereses protegidos por la norma constitucional - figurando, evidentemente, entre estos aquellos de índole laboral- los cuales podrán justificar la imposición de límites a los mismos. El Estado social implica, conforme veremos en los próximos puntos, un sistema de pesos y contrapesos que es fundamental para su configuración.

1.2.3. LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA ECONOMÍA

Tal como venimos viendo, con el Estado social se deja de lado la idea de que la sociedad se regula autónomamente, reconociéndose necesaria la injerencia estatal para planificar, regular y supervisar la vida socioeconómica, y así procurar la efectividad de los derechos

sociales. Conforme sostiene Blancas Bustamante, la intervención del Estado en la economía se produce, sobre todo, en lo siguiente: *“en la regulación general del proceso económico-social y del mercado mediante normas legislativas y administrativas; como ente planificador que conduce el proceso de desarrollo, priorizando aéreas y actividades y concertando con el sector privado; como empresario directo que socializa actividades antes privadas o se reserva sectores económicos considerados clave en atención a determinados criterios; y finalmente, mediante la prestación de servicios o distribución de bienes relacionados con el bienestar social (seguridad social, vivienda, salud, educación pública, atención de niños, madres y ancianos, etcétera)”*³⁰.

1.3. EL ESTADO SOCIAL EN EL PERÚ ACTUAL

1.3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el Perú, las primeras disposiciones propias de un modelo de Estado social se plasmaron tímidamente en las Constituciones de 1920 y 1933, las cuales reconocieron ciertos derechos sociales - principalmente de naturaleza laboral. Sin embargo, no fue hasta la Constitución de 1979 que se produjo la recepción plena del mismo, al consagrar expresamente en dicho texto, a través de los artículos 79 y 80³¹, su adhesión al Estado social e incorporar claramente los tres componentes configuradores anteriormente desarrollados.

En primer término, se reconoció el pluralismo social e institucional al garantizarse el derecho de asociación y, específicamente, el derecho a constituir organizaciones sindicales, colegios profesionales y partidos políticos, señalándose respecto de estos últimos que *“expresan el pluralismo democrático”*³². Respecto al segundo elemento configurador, se reconocieron una amplia variedad de derechos sociales en materia de seguridad social, salud, educación, cultura y trabajo. Por último, en materia económica, se estableció un régimen que

³⁰BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social en la Constitución*. Óp.cit., p.98.

³¹Constitución Política del Perú de 1979, Artículo 79: *“El Perú es una República democrática, social, independiente y soberana, basada en el trabajo”*; Artículo 80: *“Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre y el de hombre por el Estado”*.

³²Constitución Política del Perú de 1979, Artículo 68: *“Los partidos políticos expresan el pluralismo democrático. Concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Son instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres, dentro del respeto a la Constitución y la ley. Todos los ciudadanos con capacidad de voto tienen derecho de asociarse en partidos políticos y de participación democráticamente en ellos”*.

contemplaba supuestos en los que el Estado podía intervenir dentro del marco de una “*economía social de mercado*”, escenario en el que debía también ejercerse la libre iniciativa privada reconocida por esta Constitución, la cual no debía ser contraria al interés social. Asimismo, se señaló que todas las empresas debían contribuir al bien común y que, por causa de interés social o seguridad nacional, el Estado estaba facultado a reservar para sí o a favor de los peruanos, actividades productivas o de servicios.

Con ello quedaba claro que el Perú se definía como un Estado social, reconociendo como uno de sus deberes fundamentales la intervención estatal en las condiciones socioeconómicas que resulten determinantes para lograr un desarrollo equilibrado.

1.3.2. EL ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Conforme señala el profesor Wilfredo Sanguinetti, la Constitución vigente se aprobó con la intención de operar como mecanismo de legitimación de un régimen que - conforme veremos en el capítulo siguiente - había impuesto una profunda reforma laboral de corte neoliberal que resultaba contraria al marco constitucional previamente imperante³³. Pese a ello, la Constitución de 1993 reproduce con pequeñas diferencias lo estipulado por su antecesora respecto a modelo de Estado acogido, conforme consta en sus artículos 43 y 44³⁴. Ahora bien, dado que el hecho que se reconozca expresamente a nuestro Estado como social no basta para considerarlo como tal, deviene necesario analizar la presencia en nuestra Carta Fundamental de los tres elementos que lo configuran.

1.3.2.1. EL PLURALISMO SOCIAL

La Constitución vigente, al igual que su antecesora, reconoce expresamente el derecho de asociación como uno de naturaleza fundamental (artículo 2º. 13), para luego hacer lo propio con el derecho de sindicación de los trabajadores, tanto del régimen privado como público

³³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo*. Gaceta jurídica, Lima, 2007, p. 21.

³⁴ Constitución Política del Perú de 1993, Artículo 43: “*La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. (...)*”; Artículo 44: “*Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. (...)*”

(artículos 28º y 42º). De igual manera, se reconoce a los colegios profesionales y el derecho de los ciudadanos a constituir y conformar partidos políticos, por lo que podemos afirmar que garantiza el pluralismo social, al reconocer a formaciones sociales que podrán influir y/o participar de las más relevantes decisiones estatales.

1.3.2.2. LA REFORMULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.3.2.2.1. LA RELATIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS CLÁSICOS

Tal como se precisó previamente, con el Estado social los derechos clásicos dejan de entenderse como absolutos. En dicho sentido, la Constitución de 1993 en materia de propiedad precisa que este derecho se ejerce en armonía con el “*bien común*”, dejando atrás el concepto “*interés social*” previsto en la Constitución precedente. Consiguientemente, dicha noción ya no podría ser invocada como causa de expropiación, pudiendo hoy esta solo materializarse por razón de “*seguridad nacional o necesidad pública*”.

De otro lado, se exige que las libertades de trabajo, empresa, comercio e industria sean ejercidas en armonía con la moral, salud y seguridad pública, quedando solo la referencia al “interés social” para limitar el derecho de huelga. Genera suspicacias, como lo ha destacado Carrillo Calle, que esta sea la única oportunidad en que se recurre a esta noción para limitar un derecho fundamental,³⁵ siendo que la Constitución de 1979 la utilizaba con la finalidad de limitar derechos clásicos como la propiedad o la libertad de empresa.

1.3.2.2.2. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS SOCIALES

Si bien la Constitución de 1993 contiene un amplio catálogo de derechos sociales, estos, en comparación con la Constitución de 1979, han sufrido un significativo recorte, al dejar de

³⁵ CARRILLO CALLE, Martín. “La flexibilización del contenido laboral de la Constitución”. En: FERRO DELGADO, Víctor (Coordinador). *Balance de la Reforma Laboral Peruana*. Sociedad peruana de derecho del trabajo y la seguridad social (SPDTSS), Lima, 2001, p. 84.

reconocerse expresamente varios de ellos y al variarse peyorativamente la formulación de otros, principalmente en materia de seguridad social, educación y trabajo.

Respecto de este último, se suprime la expresa referencia al principio de igual remuneración por igual trabajo, mientras que se constriñe el principio de irrenunciabilidad de derechos a los reconocidos por la Constitución o por la Ley, obviando los provenientes de Convenio colectivo que tienen fuerza normativa.

En cuanto a los derechos individuales, entre otras modificaciones, se anula la referencia explícita a la asignación familiar, a la CTS, a las horas extras y a la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa. De otro lado, se habilita la implementación de jornadas de trabajo acumulativas o atípicas, susceptibles de exceder la jornada de 8 horas diarias o 48 semanales, siempre que en el período correspondiente se respete tal promedio. En este ámbito no podemos dejar de referirnos a la eliminación del derecho a la estabilidad en el trabajo, el cual fue suplantado por la *“adecuada protección contra el despido arbitrario”*, disposición que permitió la dación de normas que terminaron por suprimir la estabilidad laboral.

Los derechos colectivos no se salvan, pues, además de omitir las garantías a favor de dirigentes sindicales, la Constitución de 1993 sustituyó la expresión *“fuerza de ley para las partes”* por la de *“fuerza vinculante dentro del ámbito de lo concertado”* respecto a la eficacia de la convención colectiva, siendo que *“ambas expresiones aluden a la naturaleza normativa del convenio colectivo, difiriendo en que la primera conlleva además una remisión a un nivel determinado de la jerarquía normativa y la segunda no”*³⁶. Más aún, se hace referencia, conforme ya pusimos de manifiesto, a la noción de *“interés social”* para restringir el derecho de huelga, después de que ésta fuera abandonada para limitar las libertades económicas tradicionales.

De este modo, desde una perspectiva formal, es innegable la reducción de la cantidad e, inclusive, de la calidad de las normas constitucionales laborales; sin embargo, si efectuamos un análisis material, *“que trascienda la contemplación aislada de los preceptos que lo integran para prestar atención a los grandes principios, criterios de regulación y referencias*

³⁶ NEVES MUJICA, Javier. *Derecho colectivo del trabajo*. Material de trabajo inédito, Lima, 2003, p. 21.

*institucionales que a través de ellos encuentran acogida al máximo nivel normativo*³⁷, encontraremos que este segundo elemento del Estado Social está plenamente presente.

En efecto, pese a las limitaciones expuestas, nuestra Constitución continúa acogiendo un modelo de relaciones laborales propio del Estado Constitucional Moderno, que reconoce la necesidad de la intervención estatal en aspectos clave de las relaciones individuales de trabajo, al mismo tiempo que respeta y garantiza la autonomía colectiva, todo ello sin obviar la existencia de principios rectores que buscan la protección del trabajador.

De este modo, nuestra Carta Fundamental vigente, aunque deja un mayor margen de actuación al legislador en comparación con su precedente, de ninguna manera legitima reformas de corte estrictamente liberal, como la implementada la década pasada, ni avala cambios legislativos que pretendan alterar el equilibrio connatural al Estado social.

1.3.2.3. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Puede decirse que el mayor cambio respecto a la Constitución anterior se dio en lo referente al modelo económico. En este sentido, Fernández Segado indica lo siguiente:

*“La nueva Constitución del Perú ha alterado de modo más que notable el modelo económico al optar, lisa y llanamente, por un modelo ortodoxamente liberal, aunque su artículo 58 siga determinando que la iniciativa privada, que es libre, se ejerce en una economía social de mercado”*³⁸

De este modo, aunque la Constitución vigente establece que la iniciativa privada es libre y que ésta se ejerce en una economía social de mercado, autores como el citado se inclinan por considerar que dicha adscripción al modelo plenamente consagrado por la norma fundamental anterior lo es solo en términos formales, dado que el contenido real de la “*Constitución económica*” denotaría que estamos frente a un modelo neo liberal, que reduce significativamente el rol estatal. Así, se resalta el cambio en el rol del Estado, que ya no

³⁷ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo*. Óp.cit., p. 26.

³⁸ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993*. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/14.pdf> Pp.281-282.

persigue consolidar su intervención en la economía, sino más bien disminuirlo, conforme consta en el segundo párrafo del artículo 60, que señala que *“sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”*.

Frente a estas aparentes contradicciones, el Tribunal Constitucional ha efectuado una labor interpretativa de suma trascendencia, pues, partiendo de la propia cláusula de Estado social y de la noción de *“economía social de mercado”*, ha reconducido las normas que regulan el rol estatal en la economía, así como el alcance de las libertades económicas, concluyendo que el Estado, al ser el garante final del interés general, podrá intervenir directamente para *“satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo”*³⁹. Es decir, su actividad empresarial será legítima en la medida que se cumpla con las referidas condiciones.

1.4. EL DERECHO DEL TRABAJO EN EL ESTADO SOCIAL: LOS PESOS Y CONTRAPESOS

Conforme hemos expresado con anterioridad, dado que el Estado Liberal no avalaba la intervención estatal en el desarrollo de las relaciones laborales ni la existencia de organismos colectivos – en virtud de una cuestionada noción de libertad e igualdad de los contratantes- se permitió que sean exclusivamente los empresarios quienes decidan las condiciones en las que se prestarían los servicios, degenerando esta situación en lo que hoy conocemos como la *“cuestión social”*.

El Estado social nació como respuesta a tal lamentable escenario, encontrando en el Derecho del Trabajo un instrumento clave de legitimación y equilibrio social capaz de fundamentarlo, en la medida que logra dirimir el conflicto industrial entre capital y trabajo, al reconocer la libertad de empresa y la propiedad privada de los medios de producción en tanto se ejerzan dentro los linderos impuestos por los mecanismos de tutela de los

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, Fundamento jurídico 14.

trabajadores diseñados para paliar la desigualdad socio económica connatural a las relaciones laborales⁴⁰. En la misma línea, señala el profesor Palomeque que el objetivo de la intervención del Estado en las relaciones de producción es la legitimación del sistema social y su orden económico a través de la búsqueda de un equilibrio estructural entre los intereses de los antagonistas: el poder contractual del empresario y la tutela del trabajo asalariado⁴¹.

Así, habiendo quedado claro que *“el propio Derecho del Trabajo encuentra su justificación última en el logro de un equilibrio adecuado entre la eficacia económica –el incremento de la productividad y competitividad de las empresas - , de un lado, y el establecimiento de reglas de tutela en garantía de la posición jurídica y social de los trabajadores, de otro lado”*⁴², debemos precisar que esta “ponderación” no solo se asegurará a través de la emisión de normas estatales que directamente impidan que el emperador imponga arbitrariamente sus condiciones, sino también a través del reconocimiento y garantía de los medios de acción de los trabajadores.

Es en atención a lo señalado que se suele afirmar que el modelo de Estado acogido se justifica en la existencia de un sistema de pesos y contrapesos entre la acción económica de las empresas – basada en el referido derecho de propiedad y la libertad de empresa - y la acción colectiva de los trabajadores – sustentada en el ejercicio de los derechos colectivos a la sindicación, negociación colectiva y huelga⁴³. Tal como veremos a continuación, la tutela colectiva posee una importancia crucial en la configuración de este, en tanto no solo constituye uno de los componentes capaces de nivelar el desequilibrio económico social presente en las relaciones de trabajo, sino que también se configura como un medio capaz de influir en *“los procesos de producción y distribución de la riqueza, y también de asignación y ejercicio del poder”*⁴⁴.

⁴⁰ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*. Programa Laboral de Desarrollo (PLADES), Lima, 2010, p. 75.

⁴¹ PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos. *La forja de dos universidades*. Discurso con ocasión de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 2012. Se puede encontrar el texto en el siguiente link: <http://manuelcarlospalomeque.blogspot.com/>

⁴² CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. En: *Revista de trabajo y seguridad social*. N° 13, Madrid, 1994, p. 23.

⁴³ SUPIOT, Alain. “Revisiter les droits d’action collective”. En: *Droit Social*. N° 7, París, 2001, p. 687. Se puede consultar el texto en: http://www.iea-nantes.fr/fichier/plug_download/771/download_fichier_fr_revisiter_droit.pdf

⁴⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI”. En: *Ius et veritas*. N° 31, Lima, 2005, p. 210.

2. LA TUTELA COLECTIVA EN EL ESTADO SOCIAL

2.1 REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

El advenimiento del Estado social, democrático y de Derecho supuso, entre otras cosas, la constitucionalización del Derecho del trabajo, y particularmente de los instrumentos de tutela colectiva. La tímida consagración de libertades de corte laboral (libertad de trabajo y libertad de sindicación, como parte de la libertad de asociación) contenidas en las constituciones liberales, es sucedida por un reconocimiento expreso de derechos laborales por parte de las constituciones sociales⁴⁵. Son las Constituciones de Querétaro (1917) y de Weimar (1919) las primeras cartas fundamentales en reconocer expresamente la libertad sindical, representando un importante hito en su evolución jurídica.

2.1.1. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

En nuestro país es el artículo 28º de la Constitución de 1993 el que reconoce expresamente la autonomía colectiva en sus tres manifestaciones - libertad sindical en sentido estricto (componente institucional), negociación colectiva (componente normativo) y huelga (componente de autotutela)- en los siguientes términos:

“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 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”.

⁴⁵ VIDAL SALAZAR, Michael. “La Constitución, su contenido laboral y la delimitación del mismo mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (El caso del derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario)”. En: *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Libro homenaje a Javier Neves Mujica. Grijley, Lima, 2009, p. 78.

La consagración constitucional de la libertad sindical en sentido amplio supone, en primer lugar, la máxima valoración jurídica que tiene el hecho sindical en nuestro ordenamiento jurídico, y, en segundo, la adopción del modelo pluralista de relaciones laborales⁴⁶. El reconocimiento conjunto de estos tres derechos confirma que se trata de “(...) *los tres pilares indispensables e interdependientes sobre los que se basa todo el derecho colectivo de trabajo, al extremo de que la ausencia de cualquiera de ellos impide el funcionamiento de éste*”⁴⁷.

Además de esta disposición general, el artículo 42 reconoce de manera expresa los derechos de sindicación y huelga a los servidores públicos, al mismo tiempo que precisa que a estos efectos no están considerados los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, ni los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Siguiendo este curso, el artículo 153 de nuestra Carta Fundamental precisa que también se encuentran excluidos del ámbito subjetivo de la libertad sindical los jueces y fiscales.

Es importante resaltar que nuestra Carta Fundamental, además de referirse al reconocimiento y a la titularidad de la libertad sindical, establece expresamente la obligación estatal de garantizarla – deber que será desarrollado en un apartado distinto – y de cautelar el principio democrático en el movimiento sindical, consistiendo esta última una de las pocas limitaciones válidas a la autonomía colectiva.

A efectos de determinar el contenido de este complejo derecho fundamental, se debe recurrir a la noción de “*bloque de constitucionalidad*”, la cual parte de reconocer que la Constitución de un Estado, desde un punto de vista material, es mucho más amplia que su texto expreso, dado que “*existen otras disposiciones contenidas en otras fuentes de derecho que también tienen la categoría de normas constitucionales*”⁴⁸.

Sobre el particular, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que los Tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, además de formar parte del derecho nacional en los términos del artículo 55 de la Constitución, poseen rango

⁴⁶ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*. Óp.cit., p. 45.

⁴⁷ ERMIDA, Oscar y VILLAVICENCIO, Alfredo. *Sindicatos en libertad sindical*. Tercera edición. Asociación laboral para el desarrollo ADEC-ATC, Lima, 1991, pp. 49-50.

⁴⁸ HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*. Palestra editores, Lima, 2009, p. 164.

constitucional en virtud del artículo 3, que reconoce como fundamentales, además de aquellos derechos expresamente enumerados, a “*otros de naturaleza análoga*”, siendo que entre estos se encuentran, en primer lugar, los reconocidos en dichos instrumentos internacionales⁴⁹. De esta manera, no cabe duda que los Convenios ratificados de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), al contener derechos fundamentales laborales poseen en nuestro ordenamiento jurídico jerarquía constitucional.

Incluso el máximo intérprete de la Constitución ha tomado partida en un tema polémico, al considerar que las decisiones de los tribunales internacionales forman también parte del referido bloque. Sobre el particular, con relación a los Convenios de la OIT, se sostiene que los pronunciamientos de los órganos de control “*han venido a completar y dar mayor precisión a las normas contenidas en los convenios sobre libertad sindical y cuya observancia acompaña su aplicación aún cuando no estén específicamente formulados en tales instrumentos*”⁵⁰, por lo que “*cuando existe un órgano internacional creado expresamente para la interpretación o aplicación de un instrumento internacional, la interpretación realizada por ese órgano resulta vinculante para los operadores jurídicos*”⁵¹.

En atención a lo expuesto, el bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento no solo estaría conformado por las normas “*que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales*”⁵², sino que deben también tomarse en consideración los Tratados y Convenios internacionales que desarrollan el contenido de los derechos fundamentales y aquellos pronunciamientos de los tribunales u órganos de control internacionales sobre la materia. Siendo así, estos preceptos constitucionales de origen internacional no pueden ser contradichos, limitados o modificados por la legislación interna.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 25 de abril de 2006, recaída en los expedientes acumulados 0025-2005-PI/ TC y 0026-2005-PI/TC. Fundamentos Jurídicos 28, 29 y 30.

⁵⁰ VON POTOBSKY, Geraldo. “La protección de los derechos sindicales. Veinte años de labor del Comité de Libertad Sindical”. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 85, Ginebra, 1972, p.83.

⁵¹ ERMIDA URIARTE, Óscar. “Derechos humanos laborales en el Derecho positivo uruguayo”. En: BARRETO, Hugo. *Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay*. Organización Internacional del Trabajo, Lima, 2006, p. 18.

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 15 de febrero de 2005, recaída en el Expediente N° 0046-2004-PI/TC, Fundamento jurídico 4.

2.1.2. LOS DERECHOS LABORALES DE NATURALEZA COLECTIVA

Conforme se mencionó precedentemente, el Derecho colectivo del trabajo se fundamenta en tres pilares inescindibles: sindicación, negociación colectiva y huelga; al extremo que la ausencia o funcionamiento deficiente de cualquiera de ellos perjudicaría la consolidación del propio modelo estatal. En dicho sentido, sostiene Javier Neves que *“sin organizaciones sindicales no tendríamos siquiera un Estado social y democrático, en la medida en que aquellas son agentes indiscutibles de promoción de la calidad de vida de los trabajadores y por, tanto, de consecución de valores fundamentales como el de la igualdad sustancial”*⁵³.

Se comprende, entonces, la importancia atribuida por la OIT a la libertad sindical, que no sólo ha merecido figurar en Convenios, Recomendaciones y Declaraciones – como la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento* y la *Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa*, aprobada el 10 de junio de 2008-, que han establecido, entre otros importantes aspectos, que todos los Estados miembros deben respetarla aunque no hayan ratificado los respectivos Convenios sobre el tema, sino que también se ha convertido en el primer derecho fundamental que posee procedimientos específicos de protección supranacional.

2.1.2.1. LIBERTAD SINDICAL

La libertad sindical se encuentra reconocida de manera expresa como un derecho humano en el artículo 23.4º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 22º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros. Asimismo, como adelantáramos, existen varios convenios de la OIT ratificados por el Perú que le hacen referencia explícita, como el Convenio 87, Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; el Convenio 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; y el Convenio 151, sobre relaciones de trabajo en la administración pública. Es tomando en cuenta que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos - en esta materia

⁵³ Prólogo elaborado por Javier Neves Mujica. En: VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*. Óp.cit., p. 16.

particularmente los derivados de la OIT- son parte del bloque de constitucionalidad que pasaremos a desarrollar los alcances de la libertad sindical.

El contenido de este importante derecho fundamental, reconocido a nivel nacional en el artículo 28° de nuestra Carta Fundamental, ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia constitucional, reconociéndose que posee dos componentes: El aspecto estático u organizativo alude a la facultad de constituirse y organizarse colectivamente, mientras que el aspecto dinámico o de actividad está referido a la actividad sindical desplegada por el ente colectivo, dirigida a promover y tutelar los intereses económicos y sociales de los trabajadores involucrados⁵⁴. Con relación a lo dicho, suele señalarse que “(...) *fundamentalmente estamos ante un derecho de trascendencia colectiva cuyo elemento esencial es el dinámico en la medida en que el lado organizativo es el instrumental, puesto que viene a ser el soporte institucional requerido para el desarrollo óptimo de las actividades de representación de los trabajadores y de autotutela de sus intereses*”⁵⁵.

Así, es en este segundo escenario que se incluye a la negociación colectiva y a la huelga como parte del contenido esencial de la libertad sindical, en la medida que constituyen los instrumentos que posee el sindicato para poder defender los intereses de sus afiliados. En la misma línea, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que “*el derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical*”⁵⁶; y que “*el derecho de huelga es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio 87*”⁵⁷. Sin embargo, dada su dimensión y trascendencia los referidos derechos han merecido una regulación específica y diferenciada, por lo que en el presente trabajo serán abordados por separado.

Desde otra perspectiva, complementaria por cierto, existe una doble titularidad de la libertad sindical, individual y colectiva, las mismas que serán desarrolladas continuación.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002, recaída en el Expediente N° 1124-2001-PA, Fundamento jurídico 8.

⁵⁵ VILLAVICENCIO RIOS, 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. 212.

⁵⁶ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo*. Quinta edición. OIT, Ginebra, 2006, párrafo 881.

⁵⁷ Ídem., párrafo 523.

2.1.2.1.1. LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL

Los trabajadores individualmente considerados son titulares de la libertad sindical en sus dos aspectos: positivo y negativo. La manifestación positiva implica el derecho de los trabajadores *“sin ninguna distinción y sin autorización previa, a constituir (y afiliarse) las organizaciones que estimen conveniente”*, en los términos del artículo 2º del Convenio 87; mientras que en virtud de la expresión negativa, pueden no incorporarse a ninguna o desafilarse de la que forman parte en cualquier momento, bastando para ello su voluntad.

Ahora bien, es importante recordar que nuestra Constitución, a través de sus artículos 42 y 153, restringiendo lo dispuesto por el Convenio 87, ha excluido del ámbito subjetivo de este derecho a siete categorías de trabajadores⁵⁸, siendo estos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o dirección; los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; y los jueces y fiscales. Como se puede constatar los trabajadores exceptuados pertenecen al sector público, por lo que no sería posible en ningún supuesto restringir la titularidad de la libertad sindical a los trabajadores del sector privado.

Respecto al ámbito objetivo, es decir a las organizaciones que pueden constituirse, debemos decir que se trata de una facultad bastante amplia, ya que serán exclusivamente los titulares del derecho los que decidirán qué organización estiman pertinente para la defensa de sus intereses sociales y económicos. Se trata, pues, de una decisión unilateral, que no requiere autorización ni del empleador ni del Estado, pudiendo los trabajadores organizarse en función a la actividad, al grupo de empresas, al ciclo productivo, etc.

2.1.2.1.2. LIBERTAD SINDICAL COLECTIVA

Según deriva del artículo 3 del Convenio 87⁵⁹, y en palabras del profesor Alfredo Villavicencio, la libertad sindical en su manifestación colectiva consiste en *“el derecho de los*

⁵⁸ Sobre la extensión constitucional de las categorías excluidas que superan lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio 87, recomendamos revisar: VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*. Óp.cit.

⁵⁹ Organización Internacional del Trabajo, Convenio 87, Artículo 3.- *“1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de*

*sindicatos de autorganizarse y actuar libremente en defensa de los intereses de los trabajadores*⁶⁰.

El titular de esta es la organización sindical constituida, la cual puede ser un sindicato, una federación, una confederación, u otro ente de naturaleza gremial. En el marco de su ejercicio no se acepta la injerencia externa por parte de los particulares (referida al empleador principalmente) ni mucho menos del Estado, pues no es razonable que la actividad de una organización que nace para equilibrar las relaciones de trabajo concluya siendo determinada por la contraparte o por el principal llamado a garantizar su independencia.

Conforme lo anticipáramos, la colectiva es la principal manifestación de la libertad sindical y, a la vez, el complemento necesario de la titularidad individual de la misma, ya que sería absurdo garantizar el derecho de los trabajadores a constituir y afiliarse a organizaciones sindicales, si luego no se les permite a éstas determinar y ejecutar su plan de acción según estimen conveniente a efectos de tutelar los intereses laborales y socioeconómicos de sus afiliados. Por ello, deviene en indispensable que gocen de real autonomía orgánica y funcional, la cual se materializará a través del reconocimiento y respeto de las libertades de reglamentación, representación, gestión, disolución o suspensión y federación, consistiendo esta última en el derecho de las organizaciones sindicales de constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones, sean de ámbito nacional o internacional⁶¹.

2.1.2.2. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Según apunta Baylos Grau, *“la conflictividad social que atraviesa todo el Derecho del Trabajo, es especialmente notoria en el Derecho sindical, acostumbrado a medirse en términos de poder y contrapoder en los lugares de producción”*⁶². En dicho marco, el derecho de negociación colectiva – el cual no se encuentra recogido de manera expresa y autónoma en ningún instrumento internacional genérico sobre derechos humanos, mas sí está regulado a

organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”.

⁶⁰ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*. Óp.cit., p. 127.

⁶¹ Para conocer en qué consiste cada una de ellas recomendamos revisar: NEVES MUJICA, Javier. *Derecho colectivo del trabajo*. Óp.cit., pp. 13-16; y VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*. Óp.cit., pp. 127-151.

⁶² BAYLOS GRAU, Antonio. *Sindicalismo y derecho sindical*. Cuarta edición. Bomarzo, Albacete, 2009, p.11.

través de los Convenios 98, 151 y 154 de la OIT- tiene por función unitaria ser un mecanismo para la composición tendencialmente equilibrada del conflicto estructural entre trabajadores y empleadores, conformándose ésta a su vez de tres funciones genéricas: de intercambio, gubernamental y organizacional⁶³. La primera alude a la determinación conjunta de las condiciones que se pagarán por el trabajo prestado; la segunda se refiere al gobierno del sistema de relaciones laborales; y la tercera apunta a la empresa como sujeto económico para la producción. Es importante resaltar que en el marco de la función de intercambio podemos encontrar que, a su vez, la negociación colectiva desempeña las siguientes:

- **Función equilibradora**

Las organizaciones sindicales equilibran las relaciones laborales, toda vez que un trabajador individualmente considerado no podría negociar en condiciones de igualdad sustancial con su empleador.

- **Función normativa**

El Estado no es el único legitimado a dictar normas, en tanto se reconoce la capacidad de autorregulación a las organizaciones de trabajadores y empleadores, en virtud de la cual crearán normas que regulen sus respectivas relaciones laborales.

- **Función compositiva**

A través de la negociación colectiva se cumple también una función pacificadora, en tanto se busca la suscripción de convenios colectivos que den solución al conflicto económico o de intereses existente entre las organizaciones sindicales y los empleadores.

- **Función de aplicación y vigencia del Derecho de Trabajo**

Las organizaciones sindicales son fundamentales para el cumplimiento de las normas laborales estatales, por cuanto son los trabajadores los mayores interesados en su efectividad. De este modo, cuando el Estado no garantiza el ejercicio efectivo de la libertad sindical, pone en peligro el cumplimiento de sus

⁶³ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. "La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI". Óp.cit., p. 206.

propias disposiciones, con la consiguiente afectación de los derechos involucrados.

- **Función democratizadora**

La presencia de organizaciones sindicales es un indicador de que existe democracia, en la medida que canaliza la participación de los trabajadores tanto en las unidades productivas cuanto en el manejo del Estado. En tal sentido, el profesor Wilfredo Sanguinetti señala que el sindicato es una organización instrumental a la consecución de los fines del Estado Moderno desde una doble perspectiva: *“en tanto que con su actuación contribuyen equilibrar un espacio social, marcado por la desigualdad de partida, como es el de las relaciones laborales; pero también en cuanto hacen posible la participación colectiva de los trabajadores en la adopción de las principales decisiones económicas y sociales”*⁶⁴.

Tomando en consideración lo expuesto, y sin perder de vista lo dispuesto por el Convenio 154⁶⁵, que si bien aún no ha sido ratificado por el Perú nos brinda trascendentes pautas, podemos definir este derecho como el mecanismo a través del cual las organizaciones sindicales y los empleadores tratan autónomamente sobre las materias que competen a las relaciones laborales con miras a la celebración de un convenio colectivo que ponga fin al conflicto de intereses suscitado.

Es importante precisar que si bien lo óptimo es que la solución a los conflictos colectivos económicos llegue a través de un convenio, es posible que el acuerdo de partes requerido no llegue a materializarse, deviniendo necesario acudir a otros procedimientos en los que la participación de un tercero jugará un rol fundamental. Así, estaremos frente a mecanismos autocompositivos cuando, pese a la intervención del tercero, la decisión final respecto a la solución corresponda a las partes, siendo los ejemplos típicos la conciliación y la mediación; y heterocompositivos, cuando el diferendo es resuelto por un tercero dirimente, cuya decisión

⁶⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "Sindicatos y diálogo social en España: un balance". En: *Ius et veritas*. N° 30, Lima, 2005, p. 219.

⁶⁵ Organización Internacional del Trabajo, Convenio 154, Artículo 2: "A los efectos del presente Convenio, la expresión "negociación colectiva" comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) Fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez".

será vinculante para las partes; en este caso el ejemplo típico es el arbitraje. Atendiendo a la voluntad de los involucrados para acudir al arbitraje, se identifican tres modalidades⁶⁶: i) el voluntario o facultativo, es aquel en el que las partes de común acuerdo someten la controversia a la decisión de un árbitro o tribunal arbitral; ii) el obligatorio, es aquel que se realiza por mandato de la ley, por lo que podría ejecutarse incluso contra la voluntad de las partes⁶⁷; y, iii) el potestativo, es aquel que tiene lugar a petición de una de las partes, quedando la otra obligada a concurrir a aquél. En general, estos mecanismos- que tienen por finalidad cerrar el conflicto y procurar la paz social - poseen sustento constitucional en el propio artículo 28, inciso 2, que, como hemos visto, señala que el Estado no solo fomenta la negociación colectiva, sino también las formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

Tal como veremos en el punto 2.1.3, su reconocimiento como derecho fundamental implica necesariamente la afirmación del principio de autonomía colectiva, el cual faculta a los sujetos negociales – que según la Recomendación 91 de la OIT son por una parte *“una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos”*, y por la otra *“un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores”* (artículo 2.I) - a regular conjunta y libremente sus intereses, legitimándolos así participar en los procedimientos de redistribución de la riqueza y ejercicio del poder. Cabe precisar que *“si en un ámbito hubiera varias organizaciones sindicales, investidas, por tanto, todas ellas de capacidad negociadora, los ordenamientos podrían reconocerle legitimidad negociadora sólo a una de ellas, que sería finalmente la única habilitada para negociar colectivamente”*⁶⁸. Lo idóneo será que esta sea aquella más representativa, cuya determinación responderá a criterios objetivos, tales como el número de afiliados, por ejemplo.

Evidentemente, la afirmación del principio de autonomía colectiva no implica en modo alguno que el Estado asuma un rol abstencionista en el campo de las relaciones laborales, por lo que deberá existir una equilibrada interrelación entre la regulación proveniente de la Ley y la

⁶⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva”. En: *Soluciones Laborales*. Nº 46, Lima, 2011, pp. 14-15.

⁶⁷ Conforme señala el Comité de Libertad Sindical esta modalidad debería restringirse a los conflictos económicos laborales vinculados a servicios esenciales.

⁶⁸ NEVES MUJICA, Javier. *Derecho colectivo del trabajo*. Óp.cit., p. 22.

del Convenio, siendo un posible criterio para el reparto de materias que la primera regule lo concerniente al interés general y que el segundo se encargue de lo correspondiente al interés colectivo⁶⁹. Otro trascendental aspecto en el que el Estado participa en este terreno es a través del cumplimiento de la obligación de fomento de los derechos colectivos que, debido a su trascendencia para la presente investigación, será desarrollada más adelante.

De otro lado, resulta importante mencionar que, a diferencia de los derechos de sindicación y huelga, la fijación del ámbito en el que se desarrollará es bilateral. En tal sentido, el artículo 4.1 de la Recomendación N° 163 de la OIT establece que las legislaciones nacionales deberían permitir que esta se desarrolle al nivel que las partes decidan, sin intromisión alguna del Estado.

Inclusive, el Comité de Libertad Sindical *ha establecido lo siguiente:*

“En base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa”⁷⁰.

En la misma lógica, el Estado no debe decidir sobre la vinculación entre negociaciones colectivas de diversos niveles, ni predeterminar las materias susceptibles de negociación ni inmiscuirse durante el desarrollo de la misma, requiriéndose la amenaza a otro derecho fundamental o bien constitucional para justificar alguna limitación. En esta línea, existen casos en los que el Comité de Libertad Sindical ha admitido restricciones estatales a su contenido, los cuales han debido superar de manera copulativa los siguientes requisitos: ser precedidos por consultas a las organizaciones de trabajadores y empleadores; ser excepcionales; limitarse a lo necesario y prever mecanismos de garantía alternos⁷¹.

⁶⁹ 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. Grijley, Lima, 2004, p. 55.

⁷⁰ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo*. Cuarta edición. Ginebra, 1996, párrafo 851.

⁷¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 277 *Informe del Comité de Libertad Sindical*. Caso 1548, párrafo 128.

Deviene importante recalcar que, al no tener que confinarse a las condiciones de trabajo (función de intercambio), puede versar sobre los más variados temas y así materializar sus funciones gubernamental y organizacional: en lo que respecta a la primera, cabe que trate sobre importantes aspectos del sistema de relaciones laborales, el procedimiento, la estructura, y en general cuestiones relacionadas al ejercicio de la autonomía colectiva; mientras que a través de la segunda, sería posible regular asuntos relacionados con la actuación de la empresa como sujeto económico.

2.1.2.3. HUELGA

La huelga, reconocida expresamente como derecho humano en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se erige como el mecanismo que garantiza la eficacia de la libertad sindical, en la medida que constituye un medio de autotutela y de presión de los trabajadores y sus organizaciones, que se materializa a través del incumplimiento de la prestación laboral debida. Es necesario resaltar que siempre debe existir la voluntad gremial de reclamo, ya que es su carácter reivindicativo el que la distingue del abandono de trabajo⁷².

Conforme señala el profesor Neves Mujica, existen dos modelos normativos de este derecho: el estático y el dinámico o polivalente. El primero la define como la cesación continua y total de labores, con abandono del centro de trabajo, decidida colectivamente en procura de objetivos profesionales; mientras que el segundo, como toda alteración en la forma habitual de prestar el trabajo, acordada colectivamente, que busca satisfacer cualquier interés relevante de los trabajadores⁷³. De ello se desprende que solo bajo este último sería válida la implementación de las denominadas modalidades irregulares de huelga, tales como la de bajo rendimiento, la intermitente, la de brazos caídos, entre otras.

En conformidad con el modelo dinámico, el profesor Ermida Uriarte define la huelga como *“toda omisión, reducción o alteración colectiva y transitoria del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta.”*⁷⁴ Esta definición aceptada por la OIT, en la medida que no pierda su

⁷² ERMIDA URIARTE, Oscar. *Apuntes sobre la Huelga*. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1983, p. 32.

⁷³ NEVES MUJICA, Javier. *Derecho colectivo del trabajo*. Óp. cit., p. 33.

⁷⁴ ERMIDA URIARTE, Oscar. *Apuntes sobre la Huelga*. Óp.cit., p. 32.

carácter pacífico⁷⁵ - requerimiento también establecido para el modelo estático-, lamentablemente ha sido rechazada por nuestra legislación al adoptar una concepción restringida de este fenómeno como veremos en el siguiente capítulo.

La eficacia de esta medida de presión, capaz de lograr el equilibrio o compensación entre los trabajadores y su contraparte, depende principalmente de dos factores⁷⁶: de un lado, de la estabilidad laboral de los involucrados, ya que toda huelga implica la asunción de riesgos; y de otro, de la posición estratégica ocupada por los trabajadores en la organización de trabajo, en tanto que en última instancia, la efectividad de una huelga se mide en función del perjuicio causado al empleador.

Desde el Comité de Libertad Sindical se ha entendido que el ejercicio de la huelga se vincula a la promoción y defensa de los intereses socioeconómicos de los trabajadores, lo que no implica que se limite a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo o su sucedáneo, pues, como el propio Comité reconoce “*los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar en un ámbito más amplio, en caso necesario, su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros.*”⁷⁷ Entonces, resulta plenamente válida la convocatoria a una huelga por incumplimientos legales o convencionales del empleador, las de solidaridad si es que la huelga principal es legal, o incluso aquellas que se dirigen contra directrices gubernamentales, siempre que estas no sean puramente políticas.

Respecto a los límites al ejercicio del derecho, tenemos que en el modelo polivalente solo se admite su restricción en aras de la protección de otro derecho fundamental de igual o mayor trascendencia (límites externos), siendo que en el estático además se permite en los casos que la realización de la medida de presión no coincida con la definición de huelga acogida por el ordenamiento (límites internos)⁷⁸. La OIT ha admitido limitaciones al ejercicio de este derecho en los casos de funcionarios que ejercen labores de autoridad en nombre del Estado, crisis nacional aguda, y servicios esenciales en sentido estricto, definidos como aquellos – no necesariamente públicos - cuya interrupción puede poner en peligro la vida, la

⁷⁵ GERNIGONI, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. “Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga”. En: *Revista internacional del Trabajo*. Vol. 117, Ginebra, 1998, p. 14.

⁷⁶ SUPLOT, Alain. “Revisiter les droits d'action collective”. Óp.cit., pp. 687-704.

⁷⁷ GERNIGONI, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. Óp.cit., p. 35.

⁷⁸ MANTERO, Ricardo. “Teoría de los límites”. En: *Límites al derecho de huelga*. Amalio Fernández, Montevideo, 1992, p. 54.

seguridad o la salud de las personas en todo o parte de la población⁷⁹. En estos casos, en los que se deben establecer servicios mínimos, se admite incluso la prohibición total del derecho, siempre que se le reemplace con garantías idóneas, como los procesos de conciliación y arbitraje.

2.1.3 MODELO PLURALISTA Y DEMOCRÁTICO DE RELACIONES LABORALES

Conforme se mencionó anteriormente, el reconocimiento constitucional de los derechos colectivos supone la adhesión constitucional al llamado modelo pluralista de relaciones laborales, el cual parte de reconocer al conflicto industrial como inevitable y legítimo, y a la negociación colectiva como el medio adecuado para su composición y funcionalización.

El carácter pluralista de la sociedad, puesto en evidencia por la existencia del conflicto, es precisamente el que sustenta al modelo democrático de relaciones laborales, en el que hay *“un desapoderamiento del Estado, que devuelve a los grupos sociales -y señaladamente a las organizaciones profesionales de empresarios y trabajadores- la determinación de sus formas de interdependencia y equilibrios funcionales, siendo la normativa legal la que asegura la concurrencia entre los grupos sociales como garantía de libertad y de eficiencia del sistema social y económico.”*⁸⁰

Este modelo otorga a la autonomía colectiva un papel determinante en el sistema de relaciones laborales, al ampliar el poder autorregulador de los sindicatos y empleadores, con la consecuente reducción del rol estatal en este campo, por lo que importa un máximo de autonomía colectiva y un mínimo de heteronomía, que quedaría constreñida a temas de interés público⁸¹. Esto quiere decir que la principal fuente de regulación de los derechos laborales en un sistema con estas características debiera ser el convenio colectivo.

Incluso hay más; el ámbito de actuación de las organizaciones sindicales, en el marco del modelo en cuestión, trasciende de los conflictos de trabajo concretos para cumplir un rol

⁷⁹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo*. Quinta edición. Ginebra, 2006, párrafos 570 y 596.

⁸⁰ RIVERO LAMAS, Juan. “Pluralismo sindical y negociación colectiva”. En: AA.VV. *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*. Instituto de Estudios Laborales, Zaragoza, 1980. Citado en VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú*. OIT, Lima, 1999, p.12.

⁸¹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “El principio de autonomía colectiva”. Óp.cit., p. 48.

significativo en su condición de representantes de un sector social, haciendo las veces de vías de expresión y participación en la vida política, económica, social y cultural de la nación, contribuyendo a que se haga efectivo, entre otros, el derecho contemplado en el numeral 17 del artículo 2 de la Constitución. En atención a este motivo y a la referida potestad normativa de los actores laborales el pluralismo social e institucional – elemento configurador del Estado Social - se ve reafirmado.

Es innegable, entonces, que los sindicatos han dejado de ser meros defensores de los intereses laborales y profesionales de los trabajadores, para configurarse “(...) como uno de los pilares básicos del sistema social y político, de tal forma que junto a su función como agente contractual en el ámbito de la prestación de trabajo, su objetivo es también el sistema político en su conjunto.”⁸² Y ello no puede ser de otra manera, pues las organizaciones sindicales en ejercicio de sus derechos colectivos constituyen un presupuesto de la democracia – no solo laboral sino también política- en tanto su activa participación en la voluntad político - estatal es el principal instrumento que permite que se tengan en cuenta los intereses de los trabajadores a la hora de diseñar e implementar diversas políticas públicas. Lo mencionado tiene aún más sentido si se toma en consideración que el sindicato cumple una triple función democratizadora en un Estado Constitucional Moderno, en tanto constituye “a) un elemento perfeccionador de la democracia formal al hacerla más pluralista, b) el factor constitutivo de la democracia material, y c) un instrumento democratizador de algunos institutos del propio derecho laboral”⁸³. De esta manera, estas “formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática”⁸⁴ cobran especial importancia no sólo para determinar sus concretas condiciones de trabajo y empleo, sino también en cuanto se tratan de instrumentos de reparto del poder social.

⁸² VIDA SORIA, José; MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y MORENO VIDA, María Nieves. *Manual de Derecho sindical*. Comares, Granada, 2004, p. 4.

⁸³ ERMIDA URIARTE, Oscar. *Sindicatos en libertad sindical*. Fundación de cultura universitaria (FCU), Montevideo, 1985, p.29.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, Fundamento jurídico 14.

2.1.4 ROL ESTATAL DE PROTECCIÓN Y FOMENTO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

La existencia de un verdadero modelo democrático de relaciones laborales no se puede concretar sin la intervención del Estado, dirigida a promover el efectivo ejercicio de los derechos colectivos. Por ello, el artículo 28º de nuestra Constitución imprime una obligación estatal de fomento de la negociación colectiva, en conformidad con lo establecido en los artículos 11 y 4 de los Convenios 87 y 98 de la OIT, respectivamente⁸⁵, y que en realidad deriva de la propia concepción del Estado social.

Así, en lo que respecta a este derecho fundamental, el Estado trasciende de la obligación garantista que tiene también respecto de los derechos sindicación y huelga, para asumir un rol promocional. Cabe aquí mencionar que el Estado habrá cumplido su función de garante cuando la decisión respecto a las formas de organización sindical sea autónoma (derecho de sindicación), pero sobre todo cuando las posibilidades de actuación frente al empleador y al Estado (derecho a la negociación colectiva) así como la elección de los mecanismos de conflicto (derecho de huelga) se encuentran libres de injerencias y repotenciados.

No debe perderse de vista que un trabajador individualmente considerado afronta serias dificultades respecto a la posibilidad de negociar las condiciones en las que prestará servicios, la gran desigualdad existente entre este y el empleador es a todas luces evidente. Tomando en cuenta lo expresado, el Estado debe buscar compensar dicha desigualdad material entre las partes firmantes de un contrato de trabajo a través del fortalecimiento de la autonomía colectiva, para que sean los propios trabajadores colectivamente organizados quienes cumplan un rol fundamental en el establecimiento de sus condiciones de trabajo y empleo, y a nivel macro, en la adopción de las más importantes políticas gubernamentales susceptibles de afectarles. Recordemos que la tutela colectiva cumple un rol de suma trascendencia en el equilibrio social y político del propio Estado social.

⁸⁵ Organización Internacional del Trabajo, Convenio 87, Artículo 11.- "(...) todo miembro de la OIT se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación"; Convenio 98, Artículo 4.- "(...) 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".

De esta manera, el compromiso constitucional de promoción de la negociación colectiva comporta un expreso mandato a todos los poderes del Estado de respetar y tutelar su ejercicio efectivo, debiendo comprender dos tipos de acciones: unas dirigidas a levantar las vallas que impiden su ejecución, y otras, destinadas a favorecer su pleno desarrollo⁸⁶. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que el Estado deberá adoptar, de un lado, *garantías negativas* (frente al Estado) con la finalidad de remover todos los obstáculos que puedan impedir o entorpecer su ejercicio, y, de otro, *garantías positivas* (frente al Estado y al empleador) que podrán consistir en el establecimiento de reglas, procedimientos, medios de reparación, sanciones, facilidades y prerrogativas para su ejercicio, y todas aquellas que sean necesarias para asegurar su efectividad y pleno desarrollo⁸⁷.

Respecto a las primeras, podemos mencionar que el Estado debe abstenerse de regular aspectos que le compete a la autonomía colectiva determinar, mientras que sobre las segundas es importante resaltar que la intervención debe darse para crear las condiciones necesarias que permitan el ejercicio efectivo de la libertad sindical, mas no para determinar su contenido concreto. Así, el Estado no debería incidir en aspectos clave como la estructura sindical y negocial, los fines y funciones de la organización, entre otros, pudiendo hasta configurarse un acto antisindical.

Ahora bien, a efectos de determinar hasta dónde debe llegar el rol de fomento, en qué aspectos concretos se debe incidir y cuáles son los instrumentos idóneos para ello, se debe partir de lo dispuesto en nuestro bloque de constitucionalidad, es decir, de una interpretación que tome en cuenta no solo lo expresamente señalado en el texto de la Constitución de 1993, sino también lo que disponen las normas internacionales sobre estos derechos fundamentales. Tomando ello en cuenta es que coincidimos con las tres vertientes interpretativas propuestas por Fernando Cuadros y Christian Sánchez para la definición de los alcances del artículo 28: *“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*

⁸⁶ NEVES MUJICA, Javier. “La negociación y el Convenio Colectivo en las Constituciones de 1979 y 1993”. En: *Asesoría Laboral*. N° 37, Lima, 1994, p. 27.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de noviembre de 2007, recaída en el Expediente N° 01139-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico N° 8.

*de mayores niveles de protección y equilibrio que garanticen el tránsito hacia una igualdad sustancial.*⁸⁸

Siguiendo esta línea, ha sido el Tribunal Constitucional el que ha evidenciado su papel de garante y promotor de los derechos colectivos en dos sentencias paradigmáticas, vinculadas ambas a la segunda frase del primer párrafo del artículo 45 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo⁸⁹ (en adelante, LRCT), que establece que a falta de acuerdo entre las partes en la primera negociación, el ámbito negocial será de empresa. Nos referimos a los casos de construcción civil⁹⁰ y estibadores portuarios⁹¹, en los que el Tribunal, atendiendo a las particularidades de las actividades económicas realizadas, que implican altas tasas de rotación y vínculos temporales – en el primer caso - ; y al comportamiento de mala fe de los empleadores en el marco de la negociación – en el segundo - , sostuvo que, sin desconocer que el nivel de negociación debe fijarse libre y voluntariamente por las partes, el Estado debe realizar determinadas acciones positivas con la finalidad de asegurar el desarrollo y ejercicio efectivo de la negociación colectiva. Consiguientemente, en el marco del expediente de construcción civil dispuso que se reinicie la negociación a nivel de rama, mientras que en el de estibadores ordenó que éste se determine heterónomamente a través de un arbitraje⁹². Sobre los cuestionamientos de la OIT y las razones que motivaron soluciones distintas frente a casos similares nos explayaremos en el segundo capítulo.

3. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, SUBCONTRATACIÓN, TERCERIZACIÓN Y SU REGULACIÓN EN EL PERÚ

Antes de analizar concretamente los alcances de la descentralización productiva, la subcontratación y la tercerización, queremos dejar claro que todas estas encuentran

⁸⁸ CUADROS LUQUE, Fernando y SÁNCHEZ REYES, Christian. "El rol estatal de fomento de la negociación colectiva." En: *En: 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. SPDTSS, Lima, 2008, p. 509.

⁸⁹ Esta disposición legislativa, conforme se desarrollará en el segundo capítulo, contraviene a todas luces la labor de fomento constitucional.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de marzo de 2003, recaída en el Expediente N° 261-2003-AA/TC.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de agosto de 2009, recaída en el Expediente N° 03561-2009-PA/TC.

⁹² A través del referido mecanismo de composición de conflictos se declaró el derecho de los trabajadores de la actividad portuaria sujetos al sistema de "hombrada" discrecional o libre, que no trabajan de forma estable para un único empleador a negociar sus condiciones de trabajo y empleo a nivel sectorial.

fundamento en la libertad de empresa, reconocida a nivel constitucional en el artículo 59⁹³. En efecto, la libertad de empresa es la que legitima al empresario a decidir la manera bajo la cual producirá los bienes y servicios que ofertará en el mercado, pudiendo así elegir si se vincula con todos sus colaboradores de manera directa, a través de contratos de trabajo; o si lo hace de manera indirecta, a través del establecimiento de vínculos civiles con otras empresas o trabajadores autónomos. Esto es, “(...) *el empresario posee libertad para dimensionar y estructurar la organización productiva, sin que se le pueda imponer el deber de organizar la actividad de forma autosuficiente.*”⁹⁴ En este contexto es que las estrategias implementadas en virtud de la descentralización productiva son plenamente válidas.

Ahora bien, cabe recordar que “*la libertad de empresa no se confunde con la libertad de los empresarios de hacer lo que quieran*”⁹⁵, esta no es irrestricta ni absoluta, como todos los derechos en un Estado Social, su ejercicio es susceptible de ser limitado por el contenido de otros bienes jurídicos constitucionales de igual valor. Lógicamente, entre los intereses que pueden justificar la imposición de límites o gravámenes a las iniciativas descentralizadoras se encuentran los de los trabajadores afectados por esta clase de decisiones, más aún si es que el propio Derecho del Trabajo “*implica en sí mismo una intervención a la libertad de empresa, pues una de sus funciones centrales consiste justamente en racionalizar –y con ello legitimar- las potestades empresariales de dirección y control de los trabajadores en resguardo de su dignidad y para asegurar la continuidad de los procesos productivos.*”⁹⁶

Habiendo ello quedado claro, cabe indicar que uno de los mayores inconvenientes que impide la comprensión cabal de esta temática radica en la heterogeneidad terminológica existente, pues tanto las legislaciones nacionales cuanto la doctrina difieren en los conceptos utilizados, siendo que, mientras algunos entienden que los términos descentralización productiva, subcontratación y tercerización constituyen simplemente sinónimos, otros hallamos marcadas diferencias. En las siguientes líneas intentaremos desenmarañar este asunto con la finalidad de determinar cuál es el ámbito objetivo del presente trabajo.

⁹³ Constitución Política del Perú, Artículo 59: “*El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública (...).*”

⁹⁴ CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. Óp.cit., p.23.

⁹⁵ SUPLOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 206.

⁹⁶ BALBIN TORRES, Edgardo. “Sobre la tercerización y los derechos laborales”. En: *Revista de Trabajo*. N° 14, Lima, 2006, pp. 25-26.

3.1. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA: ALCANCES Y CARACTERÍSTICAS

En los últimos años el denominado sistema fordista, según el cual cada empresa se encarga directamente de la integridad de su producción, viene perdiendo protagonismo, dando paso a un nuevo paradigma organizativo que *“abarca una compleja gama de relaciones interempresariales, tendientes a obtener una mayor especialización, racionalización y optimización del ciclo productivo”*⁹⁷, conociéndose este fenómeno económico como descentralización productiva.

Conforme señala el profesor Valdés Dal Ré, el modelo de organización de trabajo que reposaba en tres pilares: el control de la totalidad del ciclo productivo de bienes y/o servicios; la autonomía de cada empresa, y una gestión funcional jerárquica; ha sido reemplazado por otro con rasgos estructurales de signo opuesto: fragmentación del ciclo productivo; dependencia, coordinación y articulación en las relaciones interempresariales, y una gestión que privilegia la autonomía funcional⁹⁸.

No obstante, si bien la empresa tiende a difuminarse a través del desplazamiento de distintas actividades conformantes de su proceso productivo, ejerce simultánea y necesariamente un poder de dirección cada vez más concentrado, evidenciando que *“no se ha resquebrajado la figura de la gran empresa, lo que está en crisis es la empresa como organización de integración vertical y jerárquica, que se hacía cargo de la totalidad de su producción, y no aquella que concentra capital, dislocando sus actividades.”*⁹⁹

Tomando lo expuesto en consideración es que resulta imposible reconducir este variado fenómeno a solo una de sus expresiones, siendo preciso reconocer que abarca, entre otros, los grupos de empresas, el trabajo a domicilio, la segmentación empresarial, el trabajo autónomo, y por supuesto, la subcontratación. El profesor Gorelli, sobre este punto, señala que existen dos modelos básicos de descentralización productiva, *“el de reducción de las*

⁹⁷ TRIBUZIO, José. “Contratación externa de la actividad empresarial”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 4, Buenos Aires, 2009, p.331.

⁹⁸ VALDÉS DAL RÉ, Fernando. “La externalización de actividades laborales: Un fenómeno complejo”. En: PEDRAJAS MORENO, Abdón (Director). *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*. Lex Nova, Valladolid, 2002, p.28.

⁹⁹ Ídem., p. 42.

*dimensiones de la empresa dirigiendo la actividad hacia afuera, y el de creación de grupos empresariales que dirige lo externalizado al interior del grupo*¹⁰⁰.

3.2. SUBCONTRATACIÓN EN SENTIDO AMPLIO: RELACIONES TRIANGULARES DE TRABAJO, ALCANCES Y CARACTERÍSTICAS

Las manifestaciones jurídicas de la descentralización productiva son bastante heterogéneas, sin embargo, ello no impide vislumbrar que la subcontratación, que da lugar a las denominadas relaciones triangulares de trabajo, constituye la categoría jurídica central por medio de la cual este fenómeno se materializa.

La subcontratación supone necesariamente la coexistencia de dos contratos: por un lado, un acuerdo de naturaleza civil entre ambas empresas involucradas, contratista y usuaria; y por otro, un contrato laboral, en el mejor de los casos, entre la contratista y sus colaboradores, que finalmente serán quienes presten servicios en beneficio del tercero (empresa usuaria). De esta manera, el “*subcontrato*” deriva de un contrato previo, llamado contrato base, generándose la participación de tres sujetos, y con ello una relación triangular, dado que uno de ellos (el contratista) es parte en los dos negocios jurídicos¹⁰¹. Ahora bien, las legislaciones nacionales suelen imponer obligaciones a las usuarias que no derivan de cualquier contrato mercantil, y que pueden abarcar aspectos tales como “*el control del proveedor, la notificación a sus propios empleados de los términos del acuerdo celebrado con el proveedor, el cumplimiento de las disposiciones laborales y de seguridad social y el pago de salarios mínimos y otras remuneraciones por parte del proveedor, la inclusión de cláusulas laborales en el contrato celebrado con éste y la obligación de conservar copia de los acuerdos celebrados con el proveedor.*”¹⁰²

Debe quedar claro que detrás de esta figura, mediante la cual la denominada empresa principal logra beneficiarse de una prestación de servicios personal sin recurrir a un contrato

¹⁰⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007, pp. 22-23.

¹⁰¹ ERMIDA, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. OIT, Proyecto FSAL, Lima, 2009, p. 16.

¹⁰² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe V(1), La relación de trabajo*. 95ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, 2005, p. 47.

de trabajo, existe una necesidad estructural: *“es más eficiente delegar la labor a un contratista que cuente con experiencia y especialidad para ejercer el trabajo encomendado”*¹⁰³; razón por la cual para encontrarlos frente a una subcontratación válida será necesario que esta última cuente con su propio capital y con un soporte organizativo adecuado que le permita afrontar el encargo, que puede requerir, como no, el desplazamiento de los trabajadores a las instalaciones de quién la contrata.

Hoy en día ya no solo se encuentran relaciones de subcontratación en las que predomina una situación de dependencia económica de la auxiliar respecto de la principal, toda vez que, de un lado, existen contratistas que superan las dimensiones de la beneficiaria y, de otro, se vienen implementando estrategias de producción en redes de empresas, en las que más bien prima una relación de cooperación. No obstante, como anota el profesor Juan Gorelli respecto a estas últimas, *“si bien las relaciones se producen entre iguales, será necesario que, al menos haya una determinación por parte de alguna de las diferentes empresas vinculadas en el sentido de tomar las decisiones estratégicas, (lo que) en la práctica implica un cierto nivel de relaciones asimétricas.”*¹⁰⁴

El fenómeno de la subcontratación, pese a su relevancia, gran utilización e impacto, no cuenta con regulación específica a nivel internacional, y no precisamente por falta de iniciativa al respecto. A modo de síntesis, cabe recordar que en 1997 la OIT propuso la adopción de un Convenio sobre trabajo en régimen de subcontratación con la finalidad de evitar que se la utilice para desconocer los derechos laborales y de seguridad social de aquellos trabajadores no subordinados pero que manifestaban indicios o rasgos de “laboralidad”. Con dicho propósito, se estableció en la propuesta de Convenio que los Estados deberían tomar medidas que, principalmente, cumplan con lo siguiente: i) determinar las responsabilidades y garantizar el pago en materia de salarios y de cotizaciones a la seguridad social; ii) asegurar el pago de indemnizaciones en caso de enfermedad profesional o accidente de trabajo; iii) fomentar la igualdad de trato entre los trabajadores subcontratados y los que poseen relación laboral directa; iv) posibilitar el ejercicio de los derechos de sindicación y negociación colectiva; v) evitar la aplicación de prácticas discriminatorias; vi) asegurar el respeto de la edad mínima para la admisión al

¹⁰³ UGAZ OLIVARES, Mauro. “La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación”. En: *Laborem*. N° 8, Lima, 2008, p.324.

¹⁰⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Op.cit., p. 40.

empleo; y vii) cautelar que los trabajadores gocen de una protección adecuada en materia de tiempo de trabajo y otras condiciones laborales.

Lamentablemente, el Convenio en referencia no pudo ser aprobado, básicamente debido a que se suscitaron problemas para determinar claramente su ámbito subjetivo, cuestión que fue aprovechada por el sector empleador para trasladar la discusión hacia la determinación del ámbito de la relación de trabajo. Es así que en el año 2006 la 95ª Conferencia aprobó la Recomendación N° 198 sobre la relación de trabajo, la cual propone que el Estado adopte una política nacional de protección de los trabajadores, que, reafirmando el principio de primacía de la realidad, busque, entre otros, los siguientes objetivos que resultan de innegable aplicación a las relaciones triangulares: *“b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas; c) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho; y d) asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén”(num. 4.)*

3.2.1. PRINCIPALES MODALIDADES

La relación que se establece entre empresa principal y contratista no se ajusta a una única figura jurídica, pudiendo originarse múltiples posibilidades. En atención a que el informe de la OIT sobre Trabajo en régimen de subcontratación distingue entre la subcontratación de la producción de bienes o de servicios y la subcontratación de mano de obra, y dado que precisamente son estas las modalidades más utilizadas en nuestro país, serán dichas figuras las que se desarrollarán a continuación¹⁰⁵. Cabe señalar que si bien el Informe V (1) sobre la relación de trabajo alude a la ejecución de obras y prestación de servicios, y al suministro de personal mediante contratos comerciales como las dos categorías, por excelencia, generadoras de relaciones triangulares¹⁰⁶, consideramos que se trata solamente de un cambio terminológico, es decir, de un modo diferente de denominar a los mismas figuras

¹⁰⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe VI (1), Trabajo en régimen de subcontratación*. 85ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, 1997.

¹⁰⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe V(1), La relación de trabajo*. 95ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, 2005.

jurídicas expuestas en el informe realizado por la OIT sobre el trabajo en régimen de subcontratación.

3.2.1.1. SUBCONTRATACIÓN DE MANO DE OBRA O INTERMEDIACIÓN

Mediante esta figura, denominada suministro de personal en el Informe V (1) sobre la relación de trabajo, una empresa - en cumplimiento de un contrato comercial- provee trabajadores a otra, con el objeto de que esta última sea quien dirija y controle su prestación de servicios.

En otras palabras, en la intermediación laboral están presentes tres actores: la empresa usuaria, la encargada de la intermediación y el trabajador. La relación laboral es entre la segunda empresa y el trabajador, y es en virtud de ella que se le ordena a este último poner su fuerza de trabajo a disposición de la empresa usuaria, sin que esto implique la consolidación de algún vínculo jurídico entre ellos. Este mecanismo involucra el traspaso del poder de dirección y de fiscalización, mas no del poder disciplinario, con lo cual, la facultad de aplicar correctivos y sanciones es conservado por la empresa intermediaria.

Conforme se desprende de lo expuesto, el trabajador ha suscrito un contrato de trabajo con la empresa intermediaria, es esta quien asume los derechos y deberes propios de cualquier empleador, además de otros adicionales, como, por ejemplo, tener que informar a los trabajadores y a sus representantes de la identidad de la empresa usuaria, los términos del contrato concluido con ésta, su propósito, duración, lugar de ejecución, etcétera. Sin embargo, en la práctica, el trabajador recibe órdenes de la usuaria, dado que es quien dirige y supervisa su actividad directamente, y de cierto modo también la disciplina, pues los correctivos y sanciones que la intermediaria imponga a sus trabajadores, dependerán de la percepción de la empresa a la que han sido destacados. De este modo, podemos decir que mientras la contratista se erige como empleadora desde el punto de vista formal, la usuaria lo hace desde una perspectiva material.

Queda en evidencia, entonces, que a través de esta figura puede obtenerse una prestación de servicios plenamente subordinada sin necesidad de asumir la posición de empleador de

los trabajadores que desarrollan la actividad productiva, siendo que “*este mecanismo hace posible lo imposible, pues facilita externalizar aquello que por definición no es externalizable en Derecho del Trabajo: la estipulación misma del contrato de trabajo.*”¹⁰⁷ No es difícil notar que este mecanismo constituye una excepción al principio de no interposición, en la medida que permite la presencia de una tercera empresa (contratista) donde debería existir una relación laboral directa, entre la usuaria y el trabajador.

Llegado a este punto, conviene resaltar que en este mecanismo de subcontratación no se externaliza fase productiva alguna, la empresa encargada de la intermediación no se compromete al desarrollo de ninguna actividad, sólo pone a disposición de la empresa usuaria el personal que ésta requiere, el cual no puede en modo alguno hacerse cargo de necesidades permanentes. Por tanto, “*si bien el trabajador temporal es formalmente externo 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 de medio), y permanece en (su) órbita*”¹⁰⁸, razón por la cual solo en un sentido amplio puede considerarse un fenómeno típico de la descentralización productiva.

3.2.1.2. SUBCONTRATACIÓN DE LA PRODUCCIÓN DE BIENES Y SERVICIOS O TERCERIZACIÓN: LA LLAMADA SUBCONTRATACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

Mediante este mecanismo una empresa, que cuenta con trabajadores, patrimonio y una organización propia, proporciona determinados servicios u obras a favor de otra entidad empresarial denominada usuaria o principal, que ha decidido “*no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo*”¹⁰⁹. La tercerización no se limita a aquellos supuestos en los que se transfiere una actividad que venía siendo asumida directamente por la usuaria, pues puede ocurrir que esta haya decidido encargarla a un tercero desde un primer momento.

¹⁰⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. “Descentralización productiva y ordenamiento laboral. En busca de respuestas jurídicas a la desprotección del trabajador”. En: *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI*. Pontificia Universidad Católica del Perú y ARA Editores, Lima, 2009, p. 148.

¹⁰⁸ ERMIDA, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. Óp.cit., p. 16.

¹⁰⁹ CRUZ VILLALON, Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Grijley, Lima, 2009, pp. 19-20.

Este segundo tipo de subcontratación implica, entonces, una desintegración del proceso productivo en fases claramente diferenciables que permite la transferencia de algunas o todas ellas a otras entidades con quienes la empresa titular celebrará acuerdos de naturaleza civil. De tal forma, la tercerización constituye una estrategia empresarial que se configura a partir de tres elementos: la segmentación y disgregación de las fases de un ciclo productivo; el recurso a empresas auxiliares que se hagan cargo de las mismas, y la coordinación integral por parte de la titular del ciclo productivo de la actividad realizada por las colaboradoras. De ello, queda en evidencia que, a diferencia de la intermediación, aquí sí existe una auténtica externalización de fases del proceso de producción, no vulnerándose, por tanto, el principio de no interposición.

Claro está que no nos encontramos frente a un fenómeno novedoso y propio del siglo XXI, puesto que siempre encontró fundamento en la libertad de empresa, lo que sucede es que en los últimos tiempos el mismo se ha intensificado, al extenderse a más sectores económicos y al dejar de utilizarse exclusivamente para externalizar funciones complementarias o periféricas, constituyendo hoy una herramienta capaz de desplazar actividades que configuran el llamado “*core business*”, debiendo la decisión en todo caso obedecer a un motivo estratégico y no al mero ahorro de costes laborales. Entre los factores que explican su desarrollo en la actualidad destacan los siguientes¹¹⁰:

- La crisis del modelo de la empresa tradicional, la cual, al apuntar hacia mercados seguros, se caracterizaba, entre otros, por el mantenimiento de relaciones laborales a plazo indefinido y por su vocación de permanencia.
- La competitividad, en la medida que la externalización de actividades permite a la empresa usuaria centrarse en lo que mejor sabe hacer y desplazar actividades hacia proveedores que, debido a su especialización, ofrecen sus servicios a bajos costos.

¹¹⁰ ERMIDA, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. Óp.cit., p. 16; y RACCIATTI, Octavio. “Subcontratación y otros casos de exteriorización del empleo: tendencias recientes en Uruguay”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 4, Buenos Aires, 2009, pp.308-309.

- La informalización de las relaciones laborales, puesto que es usual que la externalización de actividades se produzca hacia unidades productivas en las que reina la precarización de las condiciones de trabajo.
- Las tendencias hacia la desregulación, originadas en parte por un ambiente ideológico jurídico que, al criticar al Derecho Laboral de uniformizador de las relaciones laborales, enalteció la autonomía individual.
- El debilitamiento de las estructuras sindicales, que no ha permitido una real participación de los trabajadores en la determinación de las modalidades de organización de la producción, generándose un desequilibrio entre capital y trabajo.

Sobre el particular, suele sostenerse que la concurrencia de las causas sucintamente anotadas han ocasionado con frecuencia que las empresas no solo recurran a estos mecanismos por un tema de eficiencia técnica, sino con la finalidad de reducir costos laborales mediante la “huída” del Derecho del trabajo¹¹¹, esto es, situando al trabajador fuera del ámbito de aplicación del Derecho laboral. Sin embargo, el profesor Cruz Villalón señala que *“esta forma de ver las cosas sólo resulta coherente cuando los fenómenos descentralizadores se limitan a la subcontratación dependiente sumergida”*¹¹², siendo que hoy en día se vienen consolidando sistemas de redes empresariales y que incluso en aquellos sistemas de integración vertical las relaciones entre empresas han mutado, en tanto las reciben la actividad externalizada han adquirido mayor grado de autonomía. En atención a ello, el autor sostiene que las causas determinantes de la fragmentación giran más bien en torno a los siguientes dos aspectos: las innovaciones tecnológicas, que han permitido la especialización de las empresas auxiliares y consecuentemente la reducción de los costos de transacción; y las alteraciones en el funcionamiento del mercado, que han hecho necesaria la presencia de empresas con alta capacidad de reacción, flexibilidad y adaptación¹¹³.

Debe quedar claro que en la tercerización el poder de dirección sobre los trabajadores que ejecutarán la actividad externalizada lo ejerce en su totalidad la empresa contratista, pues

¹¹¹ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar. “Crítica de la subordinación”. En: *Ius et veritas*. N° 25, Lima, 2002, p.58.

¹¹² CRUZ VILLALON, Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Óp.cit., p. 53.

¹¹³ CRUZ VILLALON, Jesús. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. Óp.cit., p. 14.

esta no se compromete a suministrar personal sino a encargarse de una o más fases del proceso productivo de la empresa usuaria, lo que le permitirá a esta última la consecución de sus objetivos sin necesidad de incorporar colaboradores a su planilla, recurriendo en su lugar a la coordinación integral de los aportes realizados por empresas auxiliares. Precisamente esta última característica es la que permite distinguirla de la contratación mercantil tradicional, pues mientras en ésta la empresa principal obtiene de forma esporádica y aislada bienes y servicios que son producidos por terceros, en la tercerización se adquieren los referidos bienes y/o servicios como componentes del proyecto empresarial propio, lo que supone que, *“pese a la transferencia al exterior de tareas o funciones concretas, el empresario principal retiene el control global del proceso de producción por la vía de coordinación de actividades y el establecimiento de unas pautas precisas de actuación, a las que deben ceñirse las empresas colaboradoras.”*¹¹⁴ A través de este mecanismo, entonces, se consiguen resultados bastante similares a los derivados de la organización y dirección del trabajo ajeno, tratándose en suma de *“la sustitución de la producción interna por la colaboración externa.”*¹¹⁵ La contratación laboral deja de ser imprescindible, pudiendo reemplazarle por la mercantil.

Los servicios pueden prestarse en las instalaciones de la empresa principal o fuera de ella, pues este no es un elemento esencial para su configuración, *“pero sí es causante de las más drásticas distorsiones a la relación de trabajo y, por ello, de una regulación especial.”*¹¹⁶

3.3. LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN EN SENTIDO AMPLIO EN EL PERÚ

Nuestra legislación no acoge correctamente las figuras jurídicas desarrolladas en el informe de la OIT sobre Trabajo en régimen de subcontratación, pues, como veremos, contempla supuestos propios de la tercerización laboral en la norma destinada a regular la intermediación. A efectos de demostrarlo, a continuación se desarrollará el tratamiento

¹¹⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La tercerización de actividades productivas: ¿Una estrategia para la puesta entre 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. Grijley, Lima, 2004, p. 411.

¹¹⁵ MONEREO PÉREZ, José Luis. *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*. Ibidem, Madrid, 2004, p. 22.

¹¹⁶ UGAZ OLIVARES, Mauro. “El régimen legal de la subcontratación”. En: *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI*. Pontificia Universidad Católica del Perú y ARA Editores, Lima, 2009, p. 180.

legislativo que han recibido ambas modalidades de subcontratación en nuestro país, para finalmente esbozar algunas precisiones y comentarios.

3.3.1. REGULACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

La intermediación estuvo prohibida en nuestro país hasta 1978, año en el que el Decreto Ley 22126 permitió la prestación de labores complementarias (mantenimiento, limpieza, seguridad) a quien no era empleador directo, siendo que en 1986, a través de la Ley 24514 se amplió el ámbito de actuación al campo de las actividades especializadas. Sin embargo, no fue hasta 1991, como parte de la reforma flexibilizadora de los noventa, que mediante Decreto Legislativo 728 se admitió que estas empresas auxiliares se dediquen también a realizar labores principales, siempre que sean temporales.

El restablecimiento de la democracia, tras el abrupto final del gobierno de Alberto Fujimori, es el escenario en el que la Ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, fue aprobada¹¹⁷. Mediante esta norma, vigente desde el 10 de enero de 2002, se deja atrás la regulación permisiva precedente y se unifica la regulación dispersa existente hasta entonces, dando un tratamiento integral al fenómeno de la intermediación. A partir de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley y en el artículo 2 de su Reglamento, las entidades que brindan servicios de intermediación pueden adoptar las siguientes modalidades, a efectos de inscribirse en el Registro a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo competente:

¹¹⁷ Cabe referir que algunas cooperativas de trabajadores interpusieron Acciones de Amparo contra la aplicación de la Ley N° 27626, solicitando no se les exija la adecuación de los contratos suscritos con anterioridad a la vigencia de la norma. Al respecto, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de fecha 30 de enero de 2004, recaída en el Expediente N° 2670-2002-AA/TC, Fundamento jurídico N° 3, declaró infundada la demanda, señalando lo siguiente: “ (...) si bien el artículo 62° de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2°, inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público (...) en el contexto descrito, la norma cuestionada pretende 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 Estado no sólo tenía la facultad, sino el deber de intervenir creando una normativa que resultara compatible con los derechos laborales del trabajador”.

- Empresas de servicios temporales
Son aquellas entidades que desplazan a su personal a la empresa usuaria para el desarrollo de labores temporales, sean estas principales o secundarias, bajo el poder de dirección de esta última. Los supuestos habilitantes se corresponden con los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia.
- Empresas de servicios complementarios
Se trata de personas jurídicas que destacan sus trabajadores a la empresa usuaria para el desarrollo de labores secundarias, es decir, para la realización de actividades no vinculadas con la actividad principal, cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial. En este supuesto la empresa usuaria carece de las facultades que emanan del poder de dirección.
- Empresas de servicios especializados
Se encargan de brindar servicios de alta especialización de carácter auxiliar, no vinculados a la actividad principal de la empresa usuaria, por lo que esta última no ejerce poder de dirección alguno sobre los trabajadores destacados.
- Cooperativas de trabajo temporal
Son aquellas constituidas específicamente para destacar a sus socios trabajadores a las empresas usuarias con la finalidad que estos desarrollen labores temporales correspondientes con los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia.
- Cooperativas de trabajo y fomento del empleo
Se constituyen específicamente para destacar a sus socios trabajadores a las empresas usuarias con la finalidad que estos presten servicios secundarios, de carácter complementario o especializado.

Respecto a estas últimas se cuestiona, entre otros aspectos, si es correcto que se dediquen a la intermediación, *“ya que el suministro de mano de obra produce una distorsión en la*

*naturaleza cooperativa de la institución*¹¹⁸: generalmente, los trabajadores se asociarán con la única finalidad de obtener un puesto de trabajo, sin compartir afinidad alguna con los otros miembros. Además, existe un problema más grave aún, y es que los miembros de la cooperativa no mantienen un contrato de trabajo con ella, por lo que no poseen derechos laborales frente a ésta.

Es pertinente resaltar que los trabajadores destacados no pueden realizar labores que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa que contrata los servicios, al punto que de darse el caso se entenderá desnaturalizada la figura, según lo estipulado en el artículo 3° de la Ley, lo que implicaría que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que desde el inicio de la prestación de servicios los trabajadores involucrados han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria.

Asimismo, conviene señalar que este mecanismo posee un límite cuantitativo. La regulación vigente, dejando atrás lo dispuesto por el Decreto Legislativo 855 que incrementó el porcentaje a 50%, ha retomado lo previsto por el Decreto Legislativo 728, disponiendo que el número de trabajadores de empresas de servicios o cooperativas destacados en determinada usuaria no podrá exceder el 20% del total de trabajadores directos de esta última, originando el incumplimiento una relación laboral directa. Además, se precisa que este porcentaje no será aplicable a los servicios complementarios o especializados, siempre y cuando la entidad encargada de la intermediación asuma plena autonomía técnica y responsabilidad en el desarrollo de sus actividades, situación que, como veremos en el apartado final del presente capítulo, siempre se concreta, por lo que en realidad este límite sólo resulta aplicable a las empresas o cooperativas de trabajo temporal.

El cuadro que a continuación presentamos nos puede ayudar a comprender mejor la regulación legal de esta modalidad de subcontratación.

¹¹⁸ ERMIDA, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. Óp.cit., p. 48

Supuestos de intermediación laboral	Definición	Límites	Base Legal
Intermediación de actividades temporales	Actividades de: (i) <u>suplencia</u> (cubre a un trabajador cuyo vínculo laboral se encuentra suspendido); u <u>ocasionalidad</u> (cubre necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo). La empresa usuaria ejerce poder de dirección sobre los trabajadores de la contratista.	20% del total de trabajadores de la empresa usuaria.	Art. 3, 6 y 11.1 Ley 27626 Art. 3 DS. 003-2002-TR Art. 60 y 61 DS. 003-97-TR
Intermediación de actividades complementarias	Actividades accesorias o no vinculadas al giro principal de la empresa usuaria y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe su actividad. En este supuesto la empresa usuaria carece de las facultades que emanan del poder de dirección.	No tiene límite, siempre que se ejerzan con autonomía técnica y responsabilidad por el desarrollo de las actividades.	Art. 3, 6 y 11.2 Ley 27626 Art. 3 DS. 003-2002-TR
Intermediación de actividades especializadas	Actividades secundarias o no vinculadas a la actividad principal que exigen un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados. La usuaria no ejerce poder de dirección alguno sobre los trabajadores destacados.	Caso contrario, el límite será el 20% del total de trabajadores de la usuaria.	Art. 3, 6 y 11.3 Ley 27626 Art. 3 DS. 003-2002-TR

No se puede dejar de mencionar que han sido legislativamente previstos mecanismos para garantizar el respeto de algunos de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Así, tenemos que para asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social del personal destacado se ha previsto, en los artículos 24 y 25 de la Ley, que las empresas de servicios o las cooperativas, al suscribir contratos de intermediación, concedan una fianza, la cual, de resultar insuficiente, origina la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria respecto de los derechos laborales adeudados, de origen legal o convencional, por el tiempo de servicios laborado en sus instalaciones.

Sobre la vigencia de la sindicación, negociación colectiva y huelga, el artículo 4 de la norma bajo comentario ha establecido que la intermediación será nula de pleno derecho cuando se demuestre en juicio que ésta tuvo como 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.

Y, finalmente, respecto a la igualdad salarial el artículo 7 ha dispuesto que el personal destacado tiene derecho a percibir las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores, siempre que, conforme se precisa reglamentariamente, estas sean *“de alcance general, de acuerdo con la categoría ocupacional o función desempeñada, mientras dure el destaque”*, agregándose que *“no son extensivos los que sean otorgados por la existencia de una situación especial objetiva, inherentes a las calificaciones personales, desarrollo de actividades específicas, particularidades del puesto o el cumplimiento de condiciones específicas”* y que no procede la equiparación *“cuando las labores desarrolladas por los trabajadores destacados no son efectuadas por ningún trabajador de la empresa usuaria.”* Esta regulación genera que la norma bajo comentario sea de escasa aplicación práctica, toda vez que *“si se excluye irracionalmente hasta las que responden a criterios objetivos, como las peculiaridades del puesto, que deberían ser la base de la homogeneización, no se puede tener expectativas respecto a que por fin la equiparación deje de ser simplemente declarativa”*¹¹⁹; sobre todo si tomamos en cuenta que generalmente la intermediación supone que no quede ningún trabajador referente en la empresa principal ejecutando las labores “externalizadas”.

¹¹⁹VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico”. En: *Ius et veritas*. N° 29, Lima, 2004, p. 153.

3.3.2. REGULACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN LABORAL O SUBCONTRATACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

En nuestro país se brinda una regulación integral de la tercerización a través de la Ley N° 29245 - Ley que regula los Servicios de Tercerización, su Reglamento, y del Decreto Legislativo N° 1038, siendo estas las normas que establecen los supuestos de procedencia, los derechos y obligaciones que emanan de su utilización, los casos en los que se desnaturaliza la figura, así como las sanciones respectivas. Cabe mencionar que antes de la vigencia de las mismas, solo el artículo 4 del Reglamento de la Ley N° 27626¹²⁰ se referiría expresamente a esta modalidad de organización de la producción, y lo hacía para indicar que esta se encontraba fuera del alcance de las normas que regulan la intermediación, por lo que, al exceder las potestades reglamentarias otorgadas por la Ley, fue finalmente declarado ilegal a través de un proceso de Acción Popular.

Como punto de partida, debemos resaltar que el ámbito de aplicación de la normativa vigente, conforme ha precisado el artículo 2 del Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N°1038 que regulan los servicios de tercerización, se ciñe a aquellos casos en los que empresas del sector privado externalizan actividades principales que implican el desplazamiento continuo de personal de la contratista a sus instalaciones, quedando fuera de su cobertura, por tanto, los supuestos en los que no media destaque, o este sea discontinuo. Sobre el particular, la validez de esta disposición reglamentaria que dejó fuera del ámbito de la norma a los procesos de externalización productiva del sector público y a las actividades complementarias ha sido recientemente ratificada por la Corte Suprema en el marco de un Proceso de Acción Popular, Expediente N° 1338-2011-Lima, en el que la sentencia de última instancia señaló que la tercerización regulada por la Ley N° 29245 y su Reglamento “(...) en caso de referirse a actividades que no se relacionan con la actividad principal de la empresa estaría refiriéndose a la intermediación laboral (...)”; siguiendo de esta manera el criterio ya adoptado por el Ministerio de Trabajo en el Informe N° 49-2009-MTPE/9.110, que estableció lo siguiente:

¹²⁰ Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Artículo 4: “De la tercerización de servicios. 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 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. Pueden 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”.

“Teniendo en cuenta que no encontramos diferencias de fondo entre la tercerización y la intermediación de actividades complementarias (dado que ambas consisten en encargos de actividades empresariales a agentes externos a fin que estos las lleven a cabo de manera autónoma), somos de la opinión que la tercerización de servicios complementarios forma parte del ámbito de lo que el legislador ha denominado “intermediación laboral”.

De ello deriva, entonces, que en nuestro ordenamiento la tercerización de actividades complementarias quedaría excluida de la protección de la norma en cuestión, aplicándosele la ley de intermediación. Respecto a este punto nos pronunciaremos en el apartado final del presente capítulo.

Volcándonos sobre el contenido, el artículo 2 de la Ley define esta figura como 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 y técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Se trata, según el artículo 3 del Reglamento, de requisitos copulativos, al punto que los contratos de tercerización que los incumplan e *“impliquen una simple provisión de personal originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal.”* De este modo, estaríamos frente a aquellos elementos esenciales que deberían estar presentes en toda concreta tercerización para ser considerada lícita, pues estos demostrarían que no estamos frente a una simple cesión de personal, sino ante una empresa con autonomía empresarial¹²¹.

En consonancia con lo anterior, la referida Ley ha establecido que son elementos característicos de la tercerización, la pluralidad de clientes, contar con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio; indicando el artículo 4.1 del Reglamento que estos *“constituyen, entre otros, indicios de la existencia de autonomía empresarial, los cuales deben ser evaluados en cada caso concreto, considerando la*

¹²¹ ARCE ORTIZ, Elmer. “Elementos para detectar la cesión ilícita de mano de obra. A propósito de la Sentencia de Acción Popular que resuelve la ilegalidad del Reglamento de Tercerización”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. N° 150, Lima, 2011, p. 25. Además, en opinión del autor, *“(…) tipificar en requisitos numerus clausus la autonomía empresarial es una forma de alejarnos cada vez más del objetivo máximo que tiene la Ley 29245 en su artículo 2: prohibir la cesión ilegal de mano de obra”.*

actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadoras". Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema que mencionáramos, dejando atrás lo dispuesto por la primera instancia - que consideró que los elementos esenciales y características establecidas en el artículo 2 de la Ley constituían copulativamente los parámetros objetivos para la configuración de esta modalidad de organización de la producción, sin dejar espacio para el análisis ni la interpretación - ha señalado acertadamente que las referidas particularidades *"no forman parte de la definición de tercerización por lo que pueden encontrarse en algunos casos y en otros no"*, debiendo *"ser evaluados en cada caso concreto, considerando otros elementos fácticos"*.

Sin embargo, conforme advierte el profesor Elmer Arce, no todo lo dispuesto por la Corte Suprema es positivo, pues al ratificar la validez del artículo 4.1 del Reglamento en su totalidad, permite que cualquiera de los cuatro indicios, que serían manifestaciones específicas de los elementos esenciales, pueda ser evaluado según las circunstancias concretas que se presenten, cuando en realidad solo la pluralidad de clientes es susceptible de presentar excepciones – en los casos de empresas de reciente constitución o en aquellos en los que se prestan servicios a empresas que monopolizan un sector del mercado -, las cuales deberían ser evaluadas exclusivamente por el Poder Judicial y no por la Ley¹²².

En cuanto al equipamiento y locales que puede utilizar una empresa contratista, la Corte Suprema ha reafirmado la legalidad del artículo 4.3 del Reglamento que dispone 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"*, precisando en la sentencia que *"la razonabilidad de la necesidad de probar la propiedad del equipamiento (...) deberá ser determinada por el Juez de acuerdo con el caso concreto (...)"*. De este modo, no sería necesario que una empresa encargada de prestar servicios de tercerización evidencie una razonable inversión de capital, al no exigírsele que sea propietaria de los equipos que utilizan sus trabajadores, y admitiéndose, además, que esta se vea favorecida por la cesión de un local dentro de las instalaciones de la empresa usuaria, pese a que esto implicaría la

¹²² Ídem., pp. 26-27.

inaplicación de la responsabilidad solidaria, al desvirtuarse el elemento generador de la misma: el desplazamiento continuo.

Conforme sucede con la intermediación, se prevén también medidas destinadas a garantizar la efectividad de trascendentes derechos fundamentales durante el desarrollo de la tercerización. Así, el artículo 7, inciso 1, indica expresamente que los trabajadores con contratos sujetos a modalidad inmersos en estos procesos tendrán *“iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado”*, siendo lo lamentable que esta garantía se da respecto de la contratista, y no de la principal, que es quien finalmente se beneficia de los servicios. En el mismo sentido se menciona que *“los trabajadores que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal (...) tienen respecto de su empleador todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa vigente”*.

En lo que respecta a los derechos colectivos, el artículo 7 inciso 3 de la Ley N° 29245 ha establecido que *“la tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad (...) 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 sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical”* pudiendo en tales casos los afectados, conforme lo prevé el inciso siguiente, *“impugnar las prácticas antisindicales”* realizadas. De este modo, se contempla el derecho de interponer denuncias administrativas y judiciales con la finalidad de obtener *“la verificación de la naturaleza de los contratos sujetos a modalidad de acuerdo con la legislación laboral vigente”* o *“impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio de la libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación”*. Dado que se trata de disposiciones que en realidad ya existían en nuestro ordenamiento, no aportan nada nuevo a la efectividad de la autonomía colectiva.

También para esta modalidad de subcontratación se ha previsto legalmente, a través del artículo 9 de la Ley, un mecanismo de responsabilidad solidaria, que se activa únicamente en aquellos casos en que haya mediado desplazamiento continuo de los trabajadores y solo respecto de los derechos laborales y de previsión social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado establecidos mediante norma legal, y no de aquellos derivadas de convenios colectivos o actos unilaterales del empleador. Conforme señala el profesor

Sanguinetti, se trata de *“una decisión poco coherente con el respaldo que han de tener las manifestaciones del derecho a la negociación colectiva dentro de un estado social y democrático de derecho como el proclamado por la Constitución de nuestro país.”*¹²³ Lo cierto es que esta garantía no solo resulta relevante después de configurada la insolvencia de la contratista, sino también antes, en tanto promueve que la principal se vincule comercialmente con empresas solventes, a las cuales supervisará el cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales de origen legal.

Antes de culminar este acápite, dos garantías adicionales previstas en la Ley que sí suponen una novedad merecen ser comentadas: la exigencia de que los contratos consten por escrito, especificándose *“cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza”* (artículo 4); y la obligación de la contratista 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”* sobre la identidad de esta última, las actividades que son objeto del contrato y el lugar donde se ejecutarán (artículo 6). Ambas disposiciones, al facilitar un mayor control de las contratistas, se muestran capaces de contribuir a la elección y mantenimiento de vínculos con aquellas empresas respetuosas de los derechos laborales.

3.4. PRECISIONES Y COMENTARIOS

Conforme deriva de lo expuesto, nuestra legislación y jurisprudencia consideran a las cooperativas y empresas encargadas de brindar servicios complementarios y especializados como entidades que prestan servicios de intermediación. Sobre el particular, concordamos con Villavicencio Ríos, quien afirma más bien que la contratación de estos servicios encuadra dentro del fenómeno de tercerización, no siendo por tanto supuestos de subcontratación de mano de obra¹²⁴.

En efecto, si reparamos en lo dispuesto por el artículo 11, literal 3, de la Ley 27626, veremos que la propia norma señala que en los casos en los que se ofrecen servicios especializados,

¹²³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La regulación de los efectos laborales de la subcontratación: el Perú en América del Sur”. En: *Derecho PUCP*. N° 68, El rumbo de las reformas laborales. Balance y perspectivas, Lima, 2012, pp. 346-347.

¹²⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico”. *Óp.cit.*, pp. 149-150.

“(...) la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado (...)” Es decir, en estos supuestos, los trabajadores desplazados únicamente se encuentran subordinados respecto a la contratista, con lo cual las nociones de empleador formal y material coinciden, no presentándose la dualidad requerida para que se configure la intermediación. Se pone en evidencia, entonces, que el objetivo de estas empresas no es la cesión de personal sino el desarrollo de una actividad con trabajadores propios, para lo cual cuentan con su propia estructura empresarial.

En similar sentido, el artículo 3 del Reglamento de la Ley en referencia, señala lo siguiente:

*“En concordancia con los fines de la Ley y a lo establecido en el Artículo 6 y numeral 11.3 del Artículo 11 de la misma, **las empresas de servicios complementarios o especializados, deben asumir plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades.**” (el resaltado es nuestro)*

Sobre el particular ¿Es acaso sostenible que los trabajadores de una empresa con total autonomía técnica se hallen subordinados jurídicamente a alguna otra? La respuesta es definitivamente negativa, en la medida que este requerimiento supone el ejercicio exclusivo del poder de dirección, pudiéndose concluir que no solo la prestación de servicios especializados, sino también la de servicios complementarios constituyen supuestos de tercerización laboral, máxime si se cumplen en ellos los requisitos esenciales de la misma: se presta un servicio integral con autonomía técnica, materiales y equipos propios, y personal bajo su exclusiva subordinación. Nótese que no hacemos referencia a la denominada autonomía funcional que exige la ley en tanto consideramos que es prácticamente imposible que la misma se concrete en los hechos, conforme se pondrá en evidencia a lo largo de la presente. En atención a lo expuesto,

Habiendo quedado demostrado que la noción de intermediación recogida por nuestras normas es mucho más amplia que la de la doctrina y legislación comparada, queremos precisar que en el presente trabajo se evaluará la prestación de servicios complementarios y especializados como supuestos propios de la subcontratación en sentido estricto, vale decir, de la tercerización laboral.

SEGUNDO CAPÍTULO

FLEXIBILIZACIÓN, SUBCONTRATACIÓN Y DERECHOS COLECTIVOS: UNA TUTELA INEFICAZ

1. CONTEXTO GENERAL: LA POLÍTICA DE FLEXIBILIZACIÓN LABORAL IMPLEMENTADA EN LA DÉCADA DE LOS NOVENTA

En la década del noventa existía en nuestro país la necesidad de implementar una reforma laboral¹²⁵, pues era necesario establecer una nueva organización de la producción y el trabajo en aras de dotar de capacidad de adaptación y eficiencia a las empresas en un marco de crisis económica y de cara a la globalización, a la cual resultaba necesario amoldarse. Es en tal contexto que el gobierno fujimorista planteó una propuesta de corte neoliberal, que optó por la reducción de los costos laborales y la flexibilización del derecho del trabajo, con la supuesta finalidad de, por un lado, mejorar la competitividad y posición del sector empresarial, y, por otro, crear empleo y reducir los índices de informalidad.

¹²⁵ El contenido de esta reforma ha sido comentado en múltiples trabajos, pueden consultarse, entre otros, los siguientes: OFICINA DE ÁREA Y EQUIPO TÉCNICO MULTIDISCIPLINARIO PARA LOS PAÍSES ANDINOS. *Estudios sobre flexibilidad en el Perú*. OIT, Lima, 2000; FERRO DELGADO, Víctor (Coordinador). *Balance de la reforma laboral peruana*. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la seguridad social (SPDTSS), Lima, 2001; CHACALTANA, Juan y GARCÍA, Norberto. *Estabilidad laboral, capacitación y productividad*. CIES, Lima, 2002; NEVES MUJICA, Javier. "Balance de la reforma laboral". En: *Asesoría Laboral*. N° 120, Lima, 2000; TOYAMA, Jorge y CARO, Eliana. "La reforma laboral de los noventa: ¿lección aprendida?" En: *Foro Jurídico*. N° 3. Lima, 2004.

Lo deseable, como anota el profesor Neves Mujica, era que la reforma, además de ser acordada con los interlocutores sociales, empiece sobre las relaciones colectivas de trabajo, y solo después de esto se pase a la modificación de las normas que regulaban las relaciones individuales; esto con la finalidad de viabilizar *“que las organizaciones sindicales consolidadas estuvieran en condiciones de sustituir al Estado en los espacios que éste dejaba libres a la autonomía privada y que éstos no fueran llenados por acuerdos individuales ni –menos aún- por decisiones del empleador.”*¹²⁶

Sin embargo, como es sabido, sucedió precisamente lo contrario: se transformaron primeramente las normas relativas a las relaciones individuales de trabajo sin que medie concertación alguna con los actores sociales implicados, siendo lo peor que, tras implementarse la cuestionada reforma en materia sindical, la autonomía colectiva quedó legalmente debilitada. En efecto, mientras se produjo la desregulación de los derechos laborales de naturaleza individual, se legislaron intensamente los derechos colectivos, los cuales, como vimos en el primer capítulo, tienen como presupuesto de eficacia la no injerencia estatal, que sería permitida cuando tenga por finalidad la promoción del efectivo ejercicio de los mismos. De este modo la protección laboral, antes asegurada por la Ley y el convenio colectivo, quedó menguada y prácticamente en manos del repotenciado poder empresarial, regulándose hasta hoy importantes condiciones de trabajo y empleo a través de la autonomía privada (ya no colectiva), donde prima la voluntad del empleador, dado el típico desequilibrio entre las partes firmantes del contrato de trabajo.

Además, es importante señalar que esta reforma radical no solo incidió en el ámbito individual y colectivo del derecho del trabajo, sino que alcanzó a las normas procesales laborales y de seguridad social, con una clara tendencia de desmejora. Ni los salarios escaparon a esta fatídica ola flexibilizadora, pues, como anotan los profesores Alfredo Villavicencio y Marta Tostes, se permitió que sean regulados por el mercado - con excepción del sueldo mínimo-, dejándose atrás aquellas épocas en las que *“se fijaban por negociación colectiva (en la que la falta de acuerdo entre las partes llevaba a que el Ministerio de Trabajo resolviera los pliegos) o por Decreto Supremo (que ordenaba el aumento para los trabajadores no sujetos a negociación colectiva).”*¹²⁷ Como era de esperarse, el gran

¹²⁶ NEVES MUJICA, Javier. “Balance de la reforma laboral”. En: *Asesoría Laboral*. N° 120, Lima, 2000, p. 9.

¹²⁷ VILLAVICENCIO, Alfredo y TOSTES, Marta. “Flexibilidad laboral, negociación colectiva y redistribución en el Perú: una incompatibilidad que debe superarse”. En: *Trabajo y Desarrollo*. N° 11, Lima, 2011, p. 16.

resultado de esta política flexibilizadora fue la acentuación del desequilibrio connatural a toda relación laboral, ya que se fortaleció al sector empresarial en detrimento de los derechos laborales.

Así, pues, en razón a lo expuesto, el profesor Oscar Ermida señaló que se trató de *“la experiencia más paradigmática de desregulación impuesta verificada en los años noventa en América Latina (...), por tratarse de una imposición legislativa unilateral de desmejora, por incluir una re – regulación del Derecho colectivo, e inclusive por consolidarse en el marco de una ruptura constitucional.”*¹²⁸

A continuación, señalaremos brevemente aquellos aspectos de la reforma que han impactado de modo directo e indirecto en las relaciones colectivas de trabajo, dejándolas endebles para hacer frente a un fenómeno que trastoca la propia noción de relación laboral como es la tercerización.

1.1. MODIFICACIONES EN MATERIA DE RELACIONES INDIVIDUALES

La norma que marca la pauta de la reforma en materia individual es la Ley de Fomento del Empleo (en adelante, LFE), aprobada por Decreto Legislativo N° 728 en noviembre de 1991, la cual sufrió dos grandes modificaciones - en julio de 1995 por la Ley 26513 y en octubre de 1996 por los Decretos Legislativos 855 y 871 - dando lugar a la dación de las normas que finalmente la reemplazaron en 1997: la Ley de Formación y Promoción laboral, en la que se regulan los convenios de capacitación para el trabajo, y la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL).

En líneas generales podemos decir que la disminución de la regulación legal incidió sobre todas las instituciones base de las relaciones individuales de trabajo, pues no solo se modificaron en perjuicio del trabajador aspectos relevantes sobre formación laboral juvenil, jornadas, CTS y participación en la empresa, sino también se promovieron los contratos temporales y la desvinculación de personal.

¹²⁸ ERMIDA URIARTE, Óscar. “La flexibilidad”. En: OFICINA DE ÁREA Y EQUIPO TÉCNICO MULTIDISCIPLINARIO PARA LOS PAÍSES ANDINOS. *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. OIT, Lima, 2000, p. 17.

Sobre el particular, se debe poner en evidencia que, si bien toda afectación a los derechos laborales individuales repercute luego en la efectividad de los colectivos, consideramos que son sobre todo las modificaciones referidas a la estabilidad laboral las que han debilitado con mayor intensidad la sindicación, la negociación colectiva y la huelga, sobre todo si tomamos en cuenta que este principio - entendido desde una perspectiva amplia como *“un sistema de causalidad objetiva tanto para la contratación (estabilidad de entrada) como para el despido (estabilidad de salida) de los trabajadores, dando lugar a una relación laboral de carácter indeterminado.”*¹²⁹ – constituía, hasta antes de la reforma, la columna vertebral del Derecho del Trabajo.

Por ello, a efectos del presente estudio, desarrollaremos sintéticamente aquellos cambios relativos a la estabilidad laboral – de entrada y de salida - que según nuestra visión son los que propician de mayor manera una disminución en la efectividad de los derechos de naturaleza colectiva, sin negar que toda degradación de las condiciones de trabajo y empleo genera de modo más o menos directo tal pernicioso efecto.

1.1.1. CONTRATACIÓN TEMPORAL

La contratación a plazo determinado fue introducida en nuestro país en la década de 1970; sin embargo, dado que legislativamente se había previsto que solo podía utilizarse para labores de naturaleza temporal por el periodo máximo de dos años, previa aprobación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE), su utilización fue bastante limitada. Es, pues, con la reforma de los noventa que se empezó a recurrir cada vez en mayor medida a esta modalidad de contratación, ya que si bien la LFE establecía que se presumía la contratación indefinida, la misma contenía una serie de disposiciones que alentaban su uso.

Cabe precisar que entre 1990 y el primer trimestre de 1991, antes de la dación de la LFE, se detallaron aspectos de la entonces vigente Ley de contratación a plazo fijo, en el sentido de incorporar una serie de nuevas modalidades y facilitar la aprobación de este tipo de

¹²⁹ CAMPANA, David y PRELLE, Herbert. “La reforma normativa de la contratación laboral durante los noventa: ¿flexibilidad o precarización?” En: OFICINA DE ÁREA Y EQUIPO TÉCNICO MULTIDISCIPLINARIO PARA LOS PAÍSES ANDINOS. Óp.cit., p. 55.

contratos, al disponerse mediante Resolución Ministerial que la misma fuera automática, bastando la simple declaración jurada de que se trataba de un servicio temporal¹³⁰. Estas novedades serían finalmente recogidas por la norma medular de las relaciones individuales de trabajo, la LFE y sus modificatorias, consolidándose grandes cambios en el sistema de contratación temporal, entre los cuales resaltan los siguientes:

- El MTPE dejó de ser el órgano contralor que tenía por función la evaluación y aprobación de los contratos sujetos a modalidad, para pasar a ser el encargado del mero registro de los mismos. Con la finalidad de facilitar su utilización, el Ministerio ha dejado de analizar previamente la presencia de un servicio de naturaleza temporal que lo justifique, dado que podría verificarlo “ex post” a través de la inspección laboral.
- Se incrementaron las posibilidades de contratación a plazo fijo, instaurándose nueve modalidades - además del régimen de exportación de productos no tradicionales y aquellos que se ejecutan en zonas francas - que no necesariamente son acordes con el principio de causalidad, el cual exige adecuar el plazo del contrato a la naturaleza de la labor; siendo lo peor que no se trata de una lista taxativa, pues se permite recurrir a ellos para *“cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse”*¹³¹, configurándose, finalmente, un sistema de fórmula abierta.

De esta manera, la legislación, hasta ahora en vigor, alienta la celebración de contratos sujetos a modalidad, algunos de los cuales incluso pueden ser utilizados para atender necesidades de carácter permanente de las empresas – sirva de ejemplo, el de inicio o incremento de actividades, generando que el contrato a tiempo indefinido se convierta, en los hechos, en la excepción a la regla. (Ver gráfico N° 1)

En atención a lo expuesto, concordamos con Jorge Toyama y Eliana Caro cuando señalan que la proliferación de las modalidades de contratación a plazo determinado

¹³⁰ Ver Decreto Supremo 077-90-TR, reglamentario del D.L. 18138, y la R.M. 430-90-TR.

¹³¹ Ley de Productividad y Competitividad Laboral, artículo 82: *“Cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en el presente Título podrá contratarse, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse”*.

ha traído graves consecuencias: “i) la eliminación de los criterios de temporalidad o accesoriedad de la labor, requisito que exigía la legislación anterior a la reforma y, ii) la eliminación de su carácter excepcional (...).”¹³²

- Con relación al periodo máximo, se fijaron distintos plazos para cada modalidad - desde 6 meses hasta tres años- , estableciéndose que podían celebrarse diversos contratos temporales siempre que en conjunto no superen los tres años, límite que en julio de 1995, con la Ley 26513, se incrementó a cinco. Queda en evidencia que no solo se amplió la lista de contratos sujetos a modalidad, sino que también se flexibilizó su renovación y su duración en el tiempo, admitiéndose la contratación por un periodo que excede totalmente los límites de lo que razonablemente puede entenderse por “temporal”.
- Se estableció un tope legal a la indemnización por resolución injustificada del vínculo laboral. En un primer momento, el trabajador recibía en estos casos las remuneraciones dejadas de percibir hasta el término del contrato, sin límite alguno; luego, en julio de 1995 se fijó como límite 12 salarios, siendo que en noviembre de 1996 se determinó que, vencido el período de prueba, la indemnización sería una remuneración y media por cada mes dejado de laborar, con el tope de 12 sueldos. Evidentemente, esto promueve que el empleador amortice sencillamente el riesgo contratando por cortos periodos al trabajador.

Es, pues, debido a estos cambios legislativos que repercutieron directamente sobre la estabilidad laboral de entrada, que el recurso a contratos temporales se ha impulsado durante las dos últimas décadas, generándose una “eventualización” y precarización del empleo. Así, tenemos que al año 2011, alrededor de 1,903,021 trabajadores en Lima Metropolitana se encontraban empleados bajo esta modalidad, elevándose dicha cifra a 3,127,084 trabajadores cuando nos referimos a nivel nacional. En la tabla que seguidamente mostramos podemos apreciar el aumento progresivo de este tipo de vínculos en nuestro país.

¹³² TOYAMA, Jorge y CARO, Eliana. “La reforma laboral de los noventa: ¿lección aprendida?” En: *Foro Jurídico*. N° 3, Lima, 2004, p. 33.

Tabla N° 1
Nivel nacional: Evolución de contratos a plazo fijo
1993-2011

AÑO	TOTAL
1993	247,930
1994	324,582
1995	378,645
1996	435,556
1997	433,812
1998	445,152
1999	456,173
2000	466,737
2001	645,291
2002	793,645
2003	827,334
2004	965,148
2005	1,124,878
2006	1,380,371
2007	1,817,100
2008	2,198,190
2009	2,486,382
2010	2,822,976
2011	3,127,084

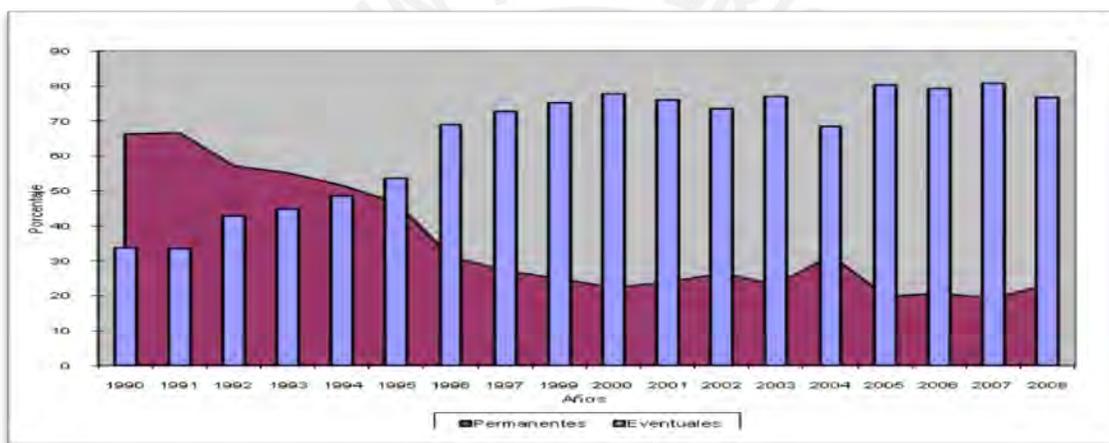
Elaboración propia

Fuente: Anuario estadístico sectorial 2011¹³³

¹³³ OFICINA DE ESTADÍSTICA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Anuario estadístico sectorial*. Lima, 2011, p.159. Se puede acceder a su contenido a través del siguiente link:
http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/anuario/ANUARIO_ESTADISTICO_2011.pdf

Conforme podemos ver, los datos del MTPE muestran que el recurso a esta modalidad de contratación ha aumentado de manera considerable, mientras en 1993 se registraban menos de 250, 000 contratos, el año 2011 se registraron más de 3 millones, no debiendo, entonces, resultar extraño que esta política de promoción de la contratación temporal haya dado como resultado que hoy existan más contratos a tiempo determinado que a tiempo indefinido, conforme consta en el cuadro que a continuación se presenta.

Gráfico N° 1
Lima Metropolitana: Situación del empleo por tipo de contrato
1990-2008



Elaboración: Manuel Saavedra Martínez¹³⁴.

Fuente: Convenio MTPE-INEI, ENAHO 1999, 2000, 2001 III Trimestre. MTPE, Encuesta de hogares especializada en niveles de empleo, de 2002 al 2008 III Trimestre.

Tal como se puede apreciar del gráfico, la contratación temporal, supuestamente excepcional, se volvió típica, en desmedro de la contratación a plazo indefinido: durante el periodo comprendido entre 1990 y 2008 se ha registrado una considerable tendencia decreciente en la proporción de trabajadores con vínculos laborales a plazo indeterminado (de 68% a 25%) con el consecuente aumento en la proporción de asalariados con contratos temporales (de 32% a 75%).

¹³⁴ SAAVEDRA MARTÍNEZ, Manuel. "Los determinantes del Trabajo a Tiempo parcial en el Perú: El caso de Lima Metropolitana en el 2008". En: *Contabilidad y negocios*. N° 12, Lima, 2011, p. 52. Texto disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/2816/281622822005.pdf>

En atención a lo dicho, se debe tener presente la amenaza que la consolidación de un sistema de relaciones laborales en el que predomina la contratación a plazo fijo implica, toda vez que este *“anula la cohesión social, y consiguientemente puede poner en grave riesgo ese normal funcionamiento del propio sistema.”*¹³⁵

1.1.2. “FACILITACIÓN” DE LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL: DESPIDO LIBRE INDEMNIZADO

Antes de la ejecución de la reforma que venimos comentando existía un régimen de estabilidad laboral absoluta luego de superado el período de prueba, el cual incluso había adquirido rango constitucional en 1979¹³⁶. La entonces vigente Ley de Estabilidad Laboral establecía que los trabajadores que habían superado el mencionado plazo tenían derecho a la protección frente al despido, la cual consistía en la calificación del mismo, siendo que si se concluía que era injustificado o improcedente, el trabajador podía optar por la indemnización o por la reposición en el empleo. De esta manera, solo era admisible el despido si se incurría en taxativas causas justas previstas legalmente, que debían ser demostradas por el empleador observando las formalidades establecidas en el procedimiento, pues, si no se comprobaba la causa o se desconocían las referidas formalidades establecidas en la Ley, cabía la reincorporación del trabajador.

Con la llegada del Decreto Legislativo N° 728 se estableció un régimen sustancialmente distinto - que en un primer momento coexistió con el anterior -, el cual facilitó de manera flagrante la desvinculación de personal al aumentar las causas de extinción de la relación laboral, tanto por causas imputables al trabajador, donde la indemnización se erigía como única forma de reparación frente al despido arbitrario, cuanto por causas objetivas, a través del procedimiento de reducción de personal previsto para aquellos casos en los que se involucre por lo menos al 10% del total de personal de la empresa. Asimismo, la referida norma creó la figura del despido nulo¹³⁷, previó que el juez pueda sustituir la reposición por una indemnización cuando lo considere pertinente, modificó el monto de la misma en

¹³⁵ VALDÉS DAL -RE. Fernando. “La intermediación laboral en el contexto de la flexibilización del Derecho del Trabajo”. Entrevistado por: CARAVEDO CHOCANO, Javier. En: *Ius et veritas*. N° 11, Lima, 1995, p.114.

¹³⁶ Constitución Política de 1979, artículo 48: *“El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”*.

¹³⁷ Cabe advertir que la regulación de este tipo de despido no se tornaba antes necesaria en tanto los trabajadores podían obtener la reposición en todos los supuestos en los que se configuraba un despido injustificado.

perjuicio del trabajador y estableció la posibilidad de ampliar el periodo de prueba, el cual era necesario superar para gozar de estabilidad laboral.

Sin embargo, no fue hasta la dación de la Ley N° 26513, modificatoria de la LFE, que se puso fin a la dualidad de regímenes permitida por el original Decreto Legislativo N° 728, *“eliminando la posibilidad que los trabajadores accionen por la reposición en caso de un despido injustificado (por la forma o por el fondo), dejando la garantía de reinstalación únicamente para el caso del despido nulo sujeto al listado de situaciones establecido en la ley.”*¹³⁸ De esta manera, se produjo la eliminación de la estabilidad laboral absoluta de salida, que contemplaba la reposición en caso de despido arbitrario, reemplazándola por un sistema en el que se permitió el despido libre indemnizado, en el que bastaba una compensación económica como única reparación al daño sufrido.

Sobre el particular, considera Cortés Carcelén¹³⁹ que la dación de la Constitución de 1993 subsanó las inconstitucionalidades del Decreto Legislativo N° 728 con respecto a la Constitución de 1979, puesto que resultaba funcional al modelo que se implementaba, al señalar su artículo 27 que *“La Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.”* La doctrina, casi en su totalidad, ha interpretado dicho precepto como *“la reducción de la garantía a la estabilidad de salida, y su remisión a la ley para la determinación concreta del sistema de protección con la sola especificación de que esta sea adecuada.”*¹⁴⁰

En dicho marco, fue la LPCL la que, a través del segundo párrafo de su famoso artículo 34¹⁴¹, otorgó validez al despido arbitrario en tanto se cumpla con el pago de una compensación monetaria al trabajador, dejando atrás aquel modelo que pregonaba la revocabilidad de aquella desvinculación no basada en alguna causa justa y que incumplía las formalidades previstas en la ley, puesto que la reposición quedó reservada exclusivamente para los denominados despidos nulos.

¹³⁸ CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. “Flexibilidad en la terminación de la relación de trabajo por decisión unilateral del empleador”. En: OFICINA DE ÁREA Y EQUIPO TÉCNICO MULTIDISCIPLINARIO PARA LOS PAÍSES ANDINOS. Op. cit., p. 166.

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ CAMPANA, David y PRELLE, Herbert. Op.cit., p. 57.

¹⁴¹ Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 24: *“Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa (...) , el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38º, como única reparación por el daño sufrido”.*

No obstante, es necesario señalar que el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha modificado el régimen de despidos, dado que desde el año 2002 ha venido implicando, en el marco de procesos de Amparo, el segundo párrafo del artículo en cuestión por considerarlo inconstitucional. Son tres las sentencias paradigmáticas en esta materia:

- En la sentencia de fecha 11 de julio de 2002, recaída en el caso Fetratel (Expediente 1124-2001-AA/TC), el TC señaló que el despido incausado, previsto en el referido artículo 34 es incompatible con el derecho al trabajo, toda vez que lo vacía de contenido al carecer de causa justa. En atención a ello, *“la forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad”*, siendo la indemnización *“una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional.”*
- Posteriormente, mediante sentencia del 13 de marzo de 2003 emitida en el caso Eusebio Llanos Huasco (Expediente 976-2001-AA/TC), además de clasificar los despidos en nulos, incausados y fraudulentos, el TC acotó que si bien la Constitución no indica los términos de la protección adecuada, eso *“no quiere decir que exista prima facie una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido en su artículo 27”*. Así, un régimen de protección acorde a la Constitución no puede circunscribirse al pago de una indemnización, siendo, entonces necesario que frente a un despido incausado el trabajador pueda optar por la vía restitutoria. Además, el TC precisó que el despido que carecerá de efecto legal es aquel que *“se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción defensa y protección de los derechos humanos”*, razonamiento que pone en evidencia que cuando se afecte exclusivamente el derecho al trabajo se admite que la vía resarcitoria sea la adecuada.
- Finalmente, a través de la sentencia emitida el 28 de noviembre de 2005, recaída en el caso César Antonio Baylón Flores (Expediente 206-2005-AA/TC) - emitida tras la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional que estableció que el Amparo

posee naturaleza residual-, el TC estableció a manera de precedente vinculante que se podrá acudir a la vía extraordinaria de Amparo solo en aquellos casos de despidos nulos, incausados o fraudulentos, en los que las vías ordinarias “*no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces (...); precisando, a su vez, que este proceso “no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios”*”.

No queremos concluir este apartado sin nuevamente resaltar el impacto directo de la reforma de las relaciones individuales de trabajo - y el de la consecuente precarización en el empleo - en la libertad sindical, pues como nos recuerda el profesor Carlos Blancas, la estabilidad laboral constituye el fundamento último de los derechos colectivos, resultando comprensible que cuando los trabajadores estén sujetos a vínculos temporales, a altos índices de rotación, y carezcan de adecuada protección contra el despido eviten conformar y participar en la dinámica de las organizaciones sindicales¹⁴².

1.2. MODIFICACIONES EN MATERIA DE RELACIONES COLECTIVAS

El Decreto Ley 27793, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, LRCT), que reguló sistemáticamente los tres pilares de la autonomía colectiva, consolidó – en contraposición con el ordenamiento constitucional - el régimen ya intervencionista establecido por la legislación precedente que regía la actuación y desarrollo de las organizaciones sindicales, al “*imponer un modelo de relaciones colectivas reglamentarista, restrictivo y controlador del surgimiento y actividades de los sujetos colectivos*”¹⁴³. Como nos recuerda el profesor Neves Mujica¹⁴⁴, antes de la implementación de la reforma laboral en materia colectiva existía un alto grado de intervencionismo estatal, no solo en la etapa de la constitución de organizaciones sindicales, al impedirse que exista más de un sindicato por

¹⁴² BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. ARA Editores, Lima, 2006, p. 87.

¹⁴³ VILLAVICENCIO, Alfredo y VIEIRA, Marta. *La protección de los trabajadores en el Perú*. OIT, Ginebra, 1999, p. 47.

¹⁴⁴ NEVES MUJICA, Javier. “Gobierno de Fujimori: La tensa relación entre la economía liberal y los derechos laborales”. En: *Themis*. N°19, Lima, 1991, pp.53-54.

ámbito, sino también durante el desarrollo de la negociación colectiva y la huelga, vulnerándose así lo dispuesto en la Constitución entonces vigente,¹⁴⁵ y en los Convenios de la OIT ratificados por el Perú. Se trataba de un modelo predominantemente estático que, sin embargo, tenía la gran ventaja de no dejar el conflicto abierto, en la medida que *“el único rasgo dinámico se reflejaba en la obligación de negociar a la terminación del convenio colectivo anterior”*¹⁴⁶, cuyo contenido negocial se restringía a remuneraciones y condiciones de trabajo.

Sobre la regulación en materia colectiva con ocasión de la reforma es importante traer a colación que el Comité de Libertad Sindical ha determinado que varios de sus aspectos violan los Convenios 87 y 98 de la OIT, por lo que, al resolver la queja interpuesta por organizaciones sindicales peruanas, en los Casos 1648 y 1650, planteó 16 observaciones a la controvertida norma peruana, en torno a las siguientes aristas: (i) La cancelación administrativa del registro sindical; (ii) El requisito de haber superado el periodo de prueba para ser miembro de un sindicato; (iii) La imposición de la afiliación única, impidiendo la incorporación simultánea a organizaciones sindicales de empresa y de rama de actividad; (iv) La exigencia de ser miembro activo y tener un año de antigüedad para integrar la junta directiva; (v) La obligación de renegociar los convenios colectivos vigentes; (vi) La extensa lista de servicios esenciales; (vii) La posibilidad de que el Ejecutivo ordene la reanudación de labores frente a determinadas huelgas; (viii) El conjunto de modalidades irregulares de huelga; (ix) La intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo en la determinación de los servicios mínimos; (x) Los requisitos de mayoría absoluta de trabajadores del ámbito para adoptar el acuerdo de realizar una huelga, y (xi) Las restricciones sobre las finalidades de las huelgas.

Si bien en el año 2003 se produjeron modificaciones legislativas con la finalidad de adecuar nuestras normas a las observaciones realizadas por la OIT, estas no produjeron ninguna innovación sustancial – sobre todo en el caso de la huelga –, por lo que régimen laboral fujimorista continua vigente casi en su integridad, habiendo logrado el efecto buscado:

¹⁴⁵ Constitución Política del Perú de 1979, Artículo 54: *“Las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empleadores tiene fuerza de ley para las partes. El Estado garantiza el derecho a la negociación colectiva. La ley señala los procedimientos para la solución pacífica de los conflictos laborales. La intervención del Estado solo procede y es definitiva a falta de acuerdo entre las partes”*.

¹⁴⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: ¿promoción a la negociación colectiva?” En: *Ius et veritas*. N° 5, Lima, 1992, p. 93.

“reconducir por imperio de la ley la sindicación y la negociación colectiva al nivel de empresa.”¹⁴⁷

1.2.1 REGULACIÓN DEL DERECHO DE SINDICACIÓN

La LRCT reconoce diversos ámbitos en los que los trabajadores pueden organizarse colectivamente, al establecer, mediante lista enunciativa, que pueden constituir o afiliarse a organizaciones sindicales de empresa (o de unidades menores a ella como la categoría o establecimiento), rama de actividad, gremio u oficios varios; pasando así a un sistema de pluralidad sindical, acorde con el Convenio 87 de la OIT, donde se permite la existencia de más de una por ámbito, sean estas sindicatos, federaciones o confederaciones¹⁴⁸.

Sin embargo, este positivo cambio que deja atrás la unicidad sindical se ve empañado por los requisitos exigidos para la constitución y subsistencia de las organizaciones sindicales. El más resaltante es aquel que, siguiendo la tradición, establece la necesidad de contar con un número mínimo de afiliados para que un sindicato pueda existir (artículo 14 de la LRCT): se previó que son necesarios veinte trabajadores con vínculo laboral vigente - pese a la composición empresarial imperante - para formar un sindicato de empresa¹⁴⁹, y cien para uno de rama de actividad (hoy 50). Además, se requirió que los afiliados no se encuentren en periodo de prueba (requisito derogado por la Ley 27912), no sean parte del personal de dirección y confianza y que no estén afiliados a otro sindicato del mismo ámbito (artículo 12 de la LRCT), formula amplia que impediría que un trabajador se incorpore a sindicatos de ámbito empresarial de diferentes empresas, sin reparar, pues, en que tendrían distinto perímetro de actuación. En tal sentido, como anotan Boza y Canessa, “*los trabajadores pluriempleados se verían impedidos de afiliarse a más de un sindicato, aun de empresas, sectores o gremios totalmente diferentes.*”¹⁵⁰ Dada la exigencia de una cifra indispensable de afiliados, la norma prevé que, de no alcanzarse, o de no formarse la representación sindical

¹⁴⁷ BALBIN, Edgardo y CARRILLO, Augusto. “Reflexiones sobre la estructura sindical en el Perú: los intentos de cambio y la efectividad del derecho de libertad sindical”. En: *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Libro homenaje a Javier Neves Mujica. Grijley, Lima, 2009, p. 354.

¹⁴⁸ Ahora bien, cabe indicar que al permitirse la proliferación de sindicatos en un contexto socioeconómico como el nuestro se corre el riesgo de que la fragmentación del poder sindical termine por debilitarlo.

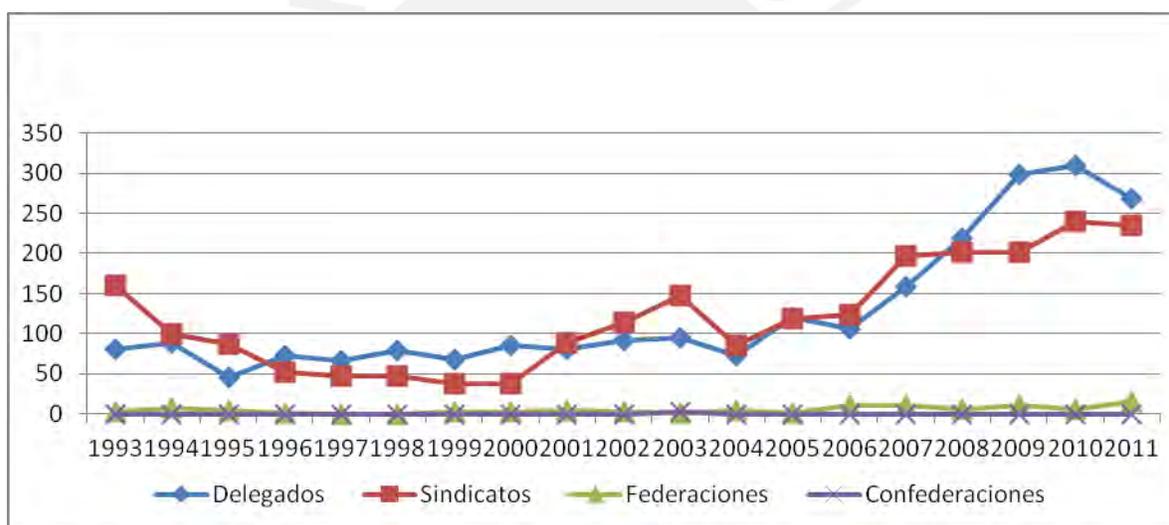
¹⁴⁹ Vale anotar que esta opción legislativa deja sin posibilidad de organizarse gremialmente al 75% por los trabajadores del Perú que prestan servicios en la micro y pequeña empresa.

¹⁵⁰ BOZA PRÓ, Guillermo y CÁNESSA MONTEJO, Miguel. “Relaciones colectivas de trabajo: Entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal”. En: OFICINA DE ÁREA Y EQUIPO TÉCNICO MULTIDISCIPLINARIO PARA LOS PAÍSES ANDINOS. Óp. cit., p.199.

pese a contar la empresa con más de 20 trabajadores, se podrá elegir por mayoría absoluta a dos delegados que serán los representantes ante el empleador y el Ministerio de Trabajo (artículo 15 de la LRCT).

Tomando en consideración lo expuesto, tenemos que la confluencia del debilitamiento de las relaciones individuales de trabajo con las exigencias normativas para la constitución de organizaciones gremiales pueden explicar la involución de los registros sindicales, sobre todo, durante el periodo comprendido entre 1993 y 2000.

Gráfico N° 2
Nivel nacional: Evolución de los registros sindicales en el sector privado
1993-2011

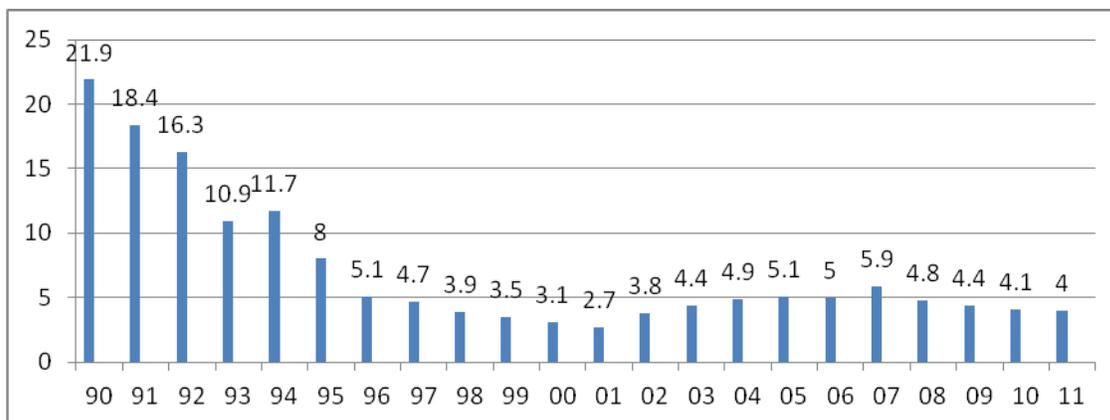


Fuente: Anuario estadístico sectorial 2011¹⁵¹

¹⁵¹ OFICINA DE ESTADÍSTICA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Anuario estadístico sectorial*. Óp. cit., p.228.

Así, no debe sorprendernos la vertiginosa caída del porcentaje de trabajadores afiliados a alguna organización sindical, que de 21.9% en el año 1990 cayó a 4% en el 2011.

Gráfico N° 3
Nivel nacional: Tasa de afiliación sindical
1990-2011



Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo /OGETIC / Oficina de estadística

Conforme lo adelantamos, los profesores Boza Pró y Canessa Montejó explican esta situación en base a la concurrencia de dos factores (interno y externo). Señalan, que el conjunto de disposiciones restrictivas de la LRCT constituye el factor interno; mientras que el externo estaría referido a la influencia que la des-regulación en el plano de las relaciones individuales de trabajo viene teniendo sobre la capacidad de los trabajadores para constituir o afiliarse a sindicatos, toda vez que *“la reforma laboral en dicho ámbito ha supuesto una flexibilidad importante en el acceso y salida de la mano de obra del mercado de trabajo.”*¹⁵² Resulta interesante resaltar aquí que los sectores con tasas más altas de sindicación son aquellos que tienen más trabajadores registrados en planilla bajo contratación indefinida, evidenciándose, pues, la traba que representa la contratación temporal para el aumento de la proporción de la sindicalización. Sin embargo, cabe precisar que entre las principales razones de esta alarmante disminución están no solo las disposiciones legales de derecho

¹⁵² Ibídem.

laboral individual y colectivo que hemos pasado revista sino también “*el crecimiento de la participación en el empleo de los trabajadores ocupados en el segmento de la microempresa, el incremento de la informalidad laboral, así como el debilitamiento de la capacidad fiscalizadora de la Autoridad Administrativa de Trabajo, entre otras.*”¹⁵³

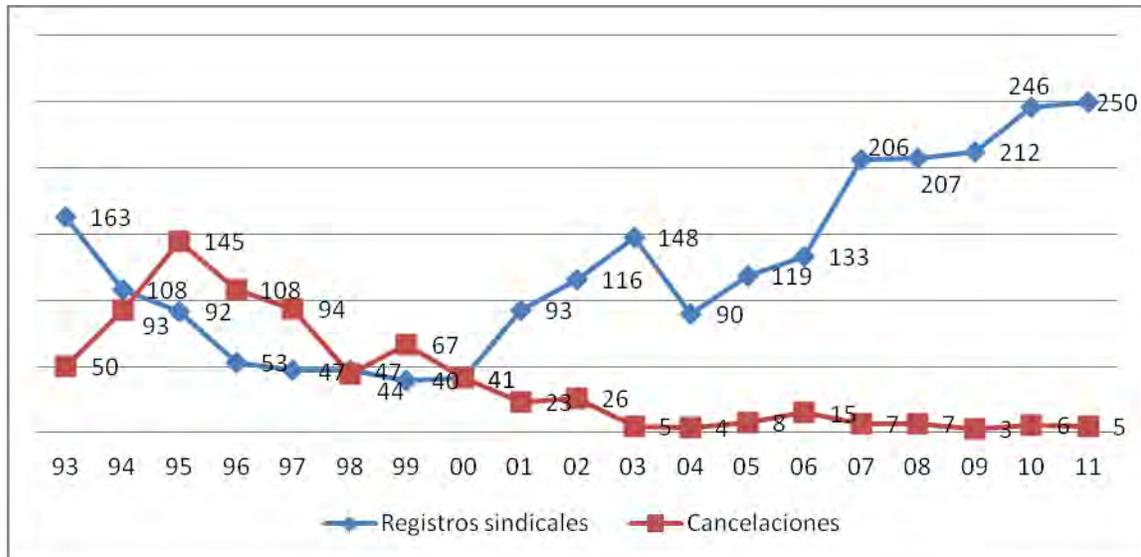
Ahora bien, ¿es importante la tasa de afiliación? Como acertadamente señala el profesor Ermida Uriarte, no es lo mismo representación – la cual es cuantificada por las tasas anteriormente presentadas – que representatividad. Mientras la primera es mecánica, puesto que el sindicato representa a sus miembros como cualquier otra institución, la segunda hace referencia a “*la capacidad de convocatoria, arrastre o movilización del sindicato que, cuando la posee, convoca muchos más trabajadores que sus afiliados.*”¹⁵⁴ De ello, se infiere que si bien la representatividad es una noción de mayor trascendencia que la representación requiere de esta para efectivizarse, siendo lo preocupante que en nuestro país la primera sigue la suerte de la segunda, en tanto priman los sindicatos minoritarios que no involucran en su acción a más trabajadores que sus afiliados.

De otro lado, no podemos dejar de mencionar la cuestionable figura de la cancelación administrativa del registro sindical, la cual procedía por disolución, fusión o absorción del sindicato, o por pérdida de alguno de los requisitos exigidos para su constitución y subsistencia. Aun cuando esta cancelación supone únicamente la pérdida de la personería gremial, no de aquella de carácter jurídico, desarma por completo a la organización sindical, pues se le despoja de su razón de ser: la capacidad para representar al colectivo de trabajadores en el ámbito laboral. De esta manera, concordamos con aquel sector de la doctrina que establece que esta cancelación equivale a la disolución afectándose la autonomía colectiva de los sindicatos. Tal como se puede constatar del cuadro adjunto, en la década pasada durante varios años las cancelaciones superaron a las inscripciones de registros sindicales, incluso llegando a duplicarlas.

¹⁵³ CUADROS LUQUE, Fernando y SÁNCHEZ REYES, Christian. Óp.cit., p. 496.

¹⁵⁴ ERMIDA URIARTE, Óscar. “Crítica de la libertad sindical”. En: *Derecho PUCP*. N° 68, El rumbo de las reformas laborales. Balance y perspectivas, Lima, 2012, p.49.

Gráfico N° 4
Nivel nacional: Comparación registros sindicales y cancelaciones
1993-2011



Elaboración propia
 Fuente: Anuario estadístico sectorial 2011¹⁵⁵

1.2.2 REGULACIÓN DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Si bien la LRCT sigue la pauta marcada por la Recomendación 91 de la OIT en lo que respecta a los sujetos negociales, efectúa una distinción respecto a la representación de los trabajadores según la negociación se lleve a cabo a nivel de empresa o, de rama o gremio: en el primero tiene capacidad negocial el sindicato o, a falta de este, los representantes elegidos por la mayoría absoluta de los trabajadores, mientras que en los otros supuestos, sólo la(s) organización(es) sindical(es) (artículo 47 de la LRCT).

En los casos en que hubiera varias organizaciones en el mismo ámbito, se confiere la legitimidad negocial a la que afilie a la mayoría absoluta de trabajadores, o a aquellos que conjuntamente cumplan con dicho requerimiento. Ello conducirá a que solo haya una negociación colectiva en representación de todos los trabajadores del referido ámbito, por lo

¹⁵⁵ OFICINA DE ESTADÍSTICA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Anuario estadístico sectorial. Óp. cit., p.228.*

que el convenio colectivo al que se arribe tendrá eficacia personal general (Artículo 9 de la LRCT y 34 del Reglamento); siendo necesario para tal efecto en el caso de negociaciones por rama y gremio que las organizaciones sindicales representen a la mayoría de las empresas y de los trabajadores del ámbito, y que sean convocadas, directa o indirectamente, todas las empresas respectivas (artículo 46 de la LRCT). Al respecto, coincidimos con Alfredo Villavicencio cuando señala lo siguiente:

“Esta regulación no sólo es excesiva sino inviable e inadecuada, puesto que los sindicatos no representan empresas, no es posible medir la representación de los sindicatos ni existe forma de notificar a todas las empresas del país, cuando predominan los centenares de miles de microempresas.”¹⁵⁶

La fijación de la unidad de negociación en la que finalmente se determinarán las condiciones de trabajo y empleo – unidad de negociación - constituye el presupuesto fundamental de la negociación colectiva, en tanto este tendrá un impacto directo en la cobertura negocial, en la fortaleza sindical, y en el rol político del sindicato¹⁵⁷, siendo susceptible de condicionar hasta la estructura sindical y conflictiva. Lamentablemente, nuestra normativa optó por un sistema de “*unidades apropiadas de negociación*” diseñadas unilateralmente por el legislador, entre las que destacan tres: empresa, rama de actividad y gremio (artículo 44 de la LRCT), siendo que a nivel reglamentario se ha precisado que en el nivel empresarial están involucradas organizaciones y negociaciones de ámbito menor como la sección, categoría o establecimiento. Si bien, “*el catalogo legal resulta más amplio de lo que parecería deducirse de la lectura del artículo 44 LRCT, (...) no por ello deja de ser una restricción al principio de libertad de elección de la unidad negocial incompatible con el principio de autonomía colectiva*”¹⁵⁸, máxime si en la práctica funciona como lista “*numerus clausus*”.

En principio, se otorga a las partes la facultad de escoger el nivel de negociación colectiva; sin embargo, es evidente que la ley promociona e, incluso, impone el empresarial. En efecto, la segunda frase del primer párrafo del artículo 45° de la LRCT establece que a falta de

¹⁵⁶ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú”. En: *Soluciones Laborales*. N° 39, Lima, 2011, p.56.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 54.

¹⁵⁸ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La estructura de la negociación colectiva: bases conceptuales y análisis del caso peruano”. En: *Revista Asesoría Laboral*. N° 64, Lima, 1996, p.24.

acuerdo en la primera negociación esta debe realizarse a nivel de empresa¹⁵⁹; agregándose, en el segundo, que en aquellos casos en los que exista convención en algún nivel, para entablar otra en uno distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable la concurrencia de voluntades de las partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral. Tan evidente fue en su momento la promoción de la negociación a nivel empresarial en detrimento de la de rama de actividad que la Tercera Disposición transitoria y final de la LRCT¹⁶⁰, derogada el año 2003 dadas las observaciones de los órganos de control de la OIT, señaló la obligación de las partes que venían negociando a nivel sectorial de ratificar el mismo en los 30 días siguientes para poder mantenerlo, pues de lo contrario la negociación colectiva sería reconducida al ámbito de empresa. Es previsible que ningún empleador expresó su conformidad de continuar negociando a nivel supraempresarial, explicando este dato la razón por la cual hoy encontramos pocas y endebles negociaciones colectivas de ese tipo, siendo lo más alarmante que las que existen se consolidaron tras ganar emblemáticas batallas judiciales. Además, sobre esta cuestionada norma, cabe indicar que en opinión del profesor Elmer Arce, al aludir al “*nivel en que entablarán la primera convención*” implícitamente se estaría señalando que no se puede negociar simultáneamente en dos, lo cual resulta sumamente perjudicial en aquellos sectores en los que solo pueden formarse sindicatos de rama o gremio – como el de construcción civil y estibadores portuarios –, toda vez que, a falta de acuerdo, se les conminaría a negociar a nivel empresarial¹⁶¹.

No queda duda, pues, que la segunda oración del primer párrafo del artículo 45 de la LRCT contraviene a todas luces la labor de fomento constitucional que hemos desarrollado en el capítulo precedente, al imponer un modelo descentralizado de negociación colectiva, que “*de*

¹⁵⁹ Si bien el D.S. 014-2011-TR, que ha introducido el artículo 61-B al Reglamento de la LRCT, abre una tímida posibilidad de negociación colectiva en ámbitos diferentes a la empresa vía arbitraje potestativo, dejaremos de lado esta posibilidad dada la contradicción con la norma de mayor jerarquía. Además, de recurrir a ella nada asegura que se ordenará la negociación en un ámbito acorde con la tercerización, ya que la inaplicación de la regla legal queda absolutamente sujeta al criterio del Tribunal Arbitral, que deberá analizar en cada caso si hay razones suficientes para justificar su abandono a través del control difuso. En función de ello, dejamos simplemente anotada esta posibilidad que hasta la fecha, como era de esperarse, no ha producido ninguna modificación del estatus legal impuesto por el controvertido primer párrafo del artículo 45.

¹⁶⁰ Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (versión original): “*TERCERA DISPOSICIÓN FINAL.- Los trabajadores y las empresas o gremios comprendidos en negociaciones colectivas a nivel de rama de actividad, actualmente en trámite, deberán ratificar o modificar su voluntad de continuar negociando en dicho nivel dentro de los treinta (30) días naturales posteriores a la entrada en vigencia del presente Decreto Ley. De no haber acuerdo de partes, la negociación colectiva se llevará a cabo a nivel de empresa. La Autoridad de Trabajo dispondrá el archivamiento definitivo de los expedientes a que se refiere el párrafo anterior en los cuales no hubiere recaído acuerdo de partes para continuar negociando a nivel de rama de actividad*”.

¹⁶¹ ARCE ORTIZ, Elmer. “Réquiem al artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. A propósito de la sentencia del TC que abre las puertas a la negociación por rama en el sector portuario”. En: *Derecho colectivo del trabajo*. Ius et veritas, Ediciones legales, Lima, 2008, p. 487.

*por sí existe y es el más difundido*¹⁶², que no se encuentra al alcance de muchos trabajadores, y que es el que más entorpece el ejercicio efectivo de la tutela colectiva, sobre todo en un contexto de descentralización productiva.

Conforme adelantáramos, el TC se ha pronunciado sobre su constitucionalidad en dos relevantes sentencias— recaídas en los casos de construcción civil y estibadores portuarios—, efectuando en ambos control difuso, inaplicando la norma a los casos concretos. En el primero, el TC sostuvo que con la finalidad de que la negociación colectiva no se torne inoperante y ante las singulares características que posee la rama, tales como la eventualidad de la labor y la ubicación relativa de los trabajadores que hacen que durante el desarrollo de su actividad laboral presten servicios para múltiples empleadores e inviable que negocien varias veces al año, cabe el otorgamiento de un *“plus de tutela”* cuando esta sea la única vía para posibilitar el ejercicio del derecho, en atención al cual *“es razonable y justificado que el Estado intervenga, estableciendo medidas que favorezcan una efectiva negociación”*; así dispuso que *“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.”* (Fundamento 3.3). En el segundo, tras estimar que resultaba inaplicable la controversial segunda frase del primer párrafo del artículo 45 por contravenir el principio de negociación libre y voluntaria, el TC señaló que, en aquellos casos en los que se demuestre *“que una de las partes no está cumpliendo con su deber de negociar de buena fe o está realizando prácticas desleales”*, cabe excepcionalmente *“la posibilidad de que el nivel de la negociación colectiva pueda ser determinado por vía heterónoma (arbitraje) ante un organismo independiente a las partes”*. De esta manera, con esta última sentencia se dejó atrás el criterio objetivo para sustentar la intervención jurisdiccional en la determinación del nivel negocial —que atendía a las particularidades de la actividad empresarial y laboral—, para adoptar uno de corte subjetivo, en el que se evalúa el comportamiento de mala fe durante la negociación¹⁶³.

¹⁶² TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: ¿promoción a la negociación colectiva? Óp.cit., p. 97.

¹⁶³ NEVES MUJICA, Javier. “La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios”. En: *Ius et Veritas*. N° 40, Lima, 2010, p. 137.

Lo que más llama la atención es que el TC haya hecho caso omiso al principio de igualdad en la aplicación de la ley¹⁶⁴ al resolver dos casos sustancialmente iguales - en los que se presentan las mismas dificultades para negociar a nivel empresarial y en los que se cumplían las condiciones exigidas para el otorgamiento del referido “plus de tutela” - de manera tan disímil: mientras en el de construcción civil se ordenó directamente el reinicio de la negociación por rama, en el de portuarios se estableció que el nivel negocial se determine a través de un arbitraje potestativo, siempre que la parte sindical no haya declarado previamente la huelga. La respuesta a dicha manera de proceder parece estar, conforme precisa Mejía Madrid, en el pronunciamiento que el CLS hizo sobre la sentencia que determinó el nivel de negociación en el sector de construcción civil en el Perú¹⁶⁵.

Efectivamente, este órgano de la OIT, en el Caso 2375, de conformidad con la Recomendación N° 163¹⁶⁶ y los pronunciamientos de la Comisión de Expertos¹⁶⁷, recomendó la modificación del controvertido artículo 45 de la LRCT toda vez que *“en base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa de trabajo”*¹⁶⁸; precisando, sin embargo, que *“(…) en muchos países, esta cuestión corresponde a un organismo independiente de las partes.”*¹⁶⁹ Además, señaló que *“en caso de desacuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación, más que una decisión general de la autoridad judicial en favor de la negociación a nivel de rama de actividad, se ajusta mejor a la letra y al espíritu del Convenio núm. 98 y de la Recomendación núm. 163 un sistema establecido de común acuerdo por las partes en*

¹⁶⁴ ARCE ORTIZ, Elmer. “Réquiem al artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. A propósito de la sentencia del TC que abre las puertas a la negociación por rama en el sector portuario”. Óp.cit., p. 494.

¹⁶⁵ MEJÍA MADRID, Renato. “La negociación colectiva en el trabajo portuario. A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional”. En: *Soluciones laborales*. N° 22, Lima, 2009, p. 36.

¹⁶⁶ La Recomendación N° 163 de la OIT establece que las legislaciones nacionales deberían permitir que la negociación colectiva se desarrolle al nivel que las partes decidan, sin intromisión alguna del Estado.

¹⁶⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe III (Parte 4B), Libertad sindical y negociación colectiva*. 81ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, 1994, párrafo 249: “Normalmente, la elección del nivel de negociación colectiva debería corresponder a los propios interlocutores en la negociación; estos (están) en inmejorable posición para decidir cuál es el nivel más adecuado para llevarla a cabo (...)”.

¹⁶⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo*. Cuarta edición. OIT, Ginebra, 1996, párrafo 851.

¹⁶⁹ Ídem., párrafo 855.

el que en cada nueva negociación colectiva puedan hacer valer de manera concreta sus intereses y puntos de vista.”

De lo expuesto deriva que la OIT sí admite la determinación del nivel negocial a través de un órgano independiente, por lo que no nos queda del todo claro por qué el Tribunal Constitucional se inhibió de establecerlo en el segundo caso, en tanto cumple, al igual que los tribunales arbitrales, con dicho requerimiento. El profesor Neves Mujica repara en que el pronunciamiento del CLS resulta menos protector que la sentencia emitida por TC en el expediente de construcción civil, por lo que se inclina a favor de aquella postura *“formulada por el organismo nacional, de carácter jurisdiccional, que es el máximo intérprete de la Constitución y que, por añadidura, resulta la más favorable para los trabajadores, conforme al principio que rige en el Derecho del Trabajo.”*¹⁷⁰ Coincidimos con dicha preferencia, toda vez que lo que está en juego es la vigencia efectiva de un derecho fundamental de suma trascendencia para la configuración del Estado social, respecto del cual media una obligación constitucional de fomento.

De otro lado, cabe aquí hacer referencia al arbitraje, institución prevista en nuestra norma como la última de las alternativas para la solución pacífica del conflicto. Sobre el particular, de la lectura sistemática de los artículos 61, 62 y 63 de la LRCT podemos extraer que el arbitraje recogido en el primero de los mencionados artículos es de tipo potestativo. Las razones giran en torno a que, conforme prevé el artículo 63, la opción por la huelga, impide que los trabajadores recurran posteriormente al arbitraje, salvo que medie la aceptación del empleador. Conforme apunta el profesor Carlos Blancas, *“éste es el único supuesto, contemplado en la normativa laboral en que el empleador puede negarse, válidamente, a someter el diferendo a arbitraje, ya que el artículo 63º del TUO- LRCT señala que, en este caso, “se requerirá la aceptación del empleador”, requisito que no se plantea en el caso previsto en el artículo 61º del TUO-LRCT.”*¹⁷¹

Solo una interpretación en este sentido es acorde con las obligaciones constitucionales de fomento de la negociación colectiva y promoción de los medios de solución pacífica de los conflictos que establece el artículo 28 de nuestra Constitución, pues si sostuviéramos que se acoge un arbitraje voluntario - y que por tanto el empleador podría neutralizar su aplicación-,

¹⁷⁰ NEVES MUJICA, Javier. “El nivel de negociación en la actividad portuaria”. En: *Asesoría Laboral*. N° 196, Lima, 2007, p. 17.

¹⁷¹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva”. *Óp.cit.*, p.18.

en la práctica, la norma terminaría incentivando la huelga, la cual evidentemente no constituiría una solución pacífica a la controversia. En el mismo sentido, la Resolución aclaratoria de la sentencia recaída en el caso de estibadores portuarios que veníamos comentando señala que el arbitraje al que se refiere el artículo 61 de la LRCT durante el desarrollo de la negociación colectiva es de carácter potestativo. Pese a lo expuesto, recientemente se ha expedido el Decreto Supremo N° 014- 2011-TR que agrega el artículo 61-B en el texto del Reglamento de la LRCT, el cual indica que el arbitraje potestativo se limita a los siguientes supuestos: i) cuando las partes no se pongan de acuerdo en la primera negociación, en su nivel o contenido; y ii) cuando durante la negociación colectiva se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. A través de esta regulación, que se ha complementado con la Resolución Ministerial 284-2011-TR que establece una lista enunciativa de los supuestos de mala fe, se transita de un arbitraje incausado previsto en la LRCT a uno en el que se torna necesario invocar una de las causas contempladas en el Reglamento.

Otro punto que vale la pena comentar es la “volatilidad” que la LRCT en su versión original imprimió a los beneficios logrados a través de convenios colectivos de trabajo, al establecer que estos poseían una vigencia temporal, caducando de pleno derecho al vencimiento del plazo de la fuente, salvo pacto en contrario. Esta regulación contrastaba en demasía con la legislación anterior, que disponía que *“los beneficios comprendidos en los convenios colectivos tenían una duración permanente, bases sobre las cuales la negociación colectiva adquiriría una tendencia progresiva, que sólo incrementaba beneficios.”*¹⁷²; agravándose la situación aún más al recordar que la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la LRCT ordenó la revisión integral de todos los convenios colectivos existentes a la fecha de la dación de la Ley¹⁷³ con la finalidad de que se determine cuales perderían vigencia. Conforme advierten los profesores Boza y Canessa, se derivan importantes consecuencias de este régimen de caducidad de los convenios colectivos¹⁷⁴, siendo la más alarmante – a nuestro juicio – la facilitación de la negociación colectiva in peius, pues al no tener las partes un referente convencional al cual necesariamente sujetarse, se vuelve sencillo romper con la progresividad antes garantizada.

¹⁷² NEVES MUJICA, Javier. “Balance de la reforma laboral”. Óp.cit., p. 11.

¹⁷³ Queremos enfatizar que si bien la Tercera y Cuarta Disposiciones Finales y Transitorias ya fueron derogadas, ambas surtieron los efectos deseados, debilitando significativamente al movimiento sindical.

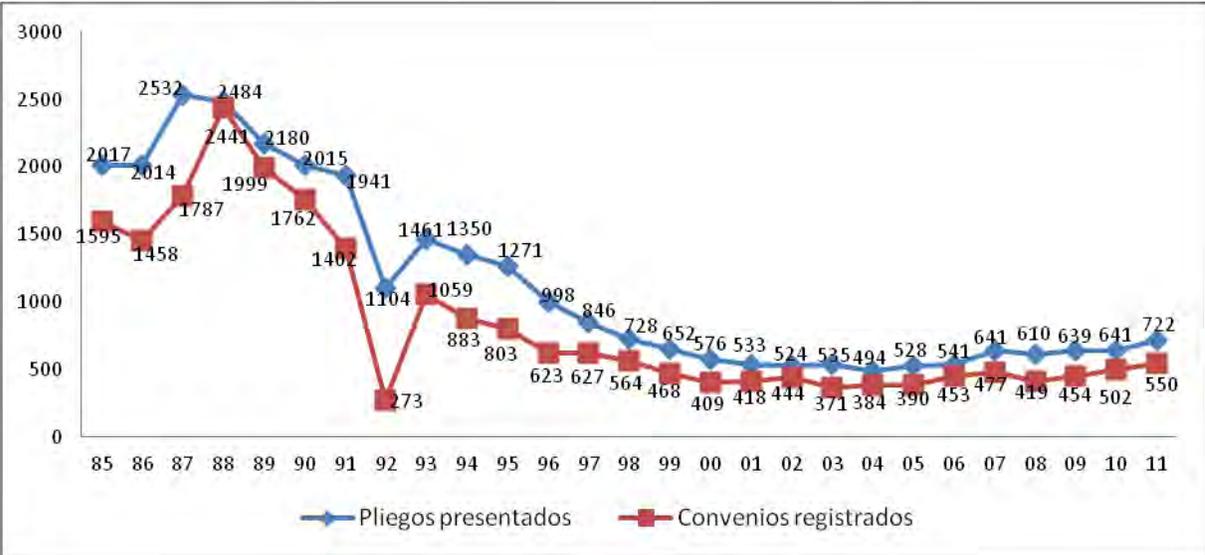
¹⁷⁴ BOZA PRÓ, Guillermo y CANESSA MONTEJO, Miguel. Op.cit., p. 214.

En la actualidad, la norma prevé que, a falta de acuerdo entre los sujetos negociales, la duración del convenio colectivo será de un año, rigiendo indefinidamente los beneficios en él previstos, salvo pacto distinto (artículo 43 de la LRCT, modificado por la Ley 27912).

Tomando en consideración lo hasta aquí expuesto, no nos debe extrañar que la estructura negocial imperante en nuestro país no sea siquiera de empresa sino de ámbito infraempresarial - como la de categoría o establecimiento -, ni mucho menos que se haya producido una trascendente disminución de los pliegos de reclamos presentados y de los convenios colectivos registrados desde la implementación de la reforma, conforme lo evidencia el cuadro que a continuación presentamos.

Gráfico N° 5

Nivel nacional: Pliegos de reclamos presentados y convenios colectivos registrados 1985-2011



Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo /OGETIC / Oficina de estadística

Si bien para el año 2011 las cifras mostraron una ligera mejora, llegando a presentarse 722 proyectos de convenio colectivo y registrándose finalmente 550, estas no tienen punto de comparación con las que existían antes de la cuestionada reforma. Es innegable pues, conforme consta en el cuadro, que se ha producido una notable caída en el ejercicio de la

negociación colectiva, perdiendo la importancia que tenía antes para la fijación consensuada de las condiciones de trabajo y empleo.

Con relación a este punto, también es relevante destacar que cada vez se acrecienta más la brecha entre convenios colectivos presentados y registrados, lo que, consecuentemente, deja al descubierto que paulatinamente se van incrementando los casos en los que el conflicto queda abierto, máxime si recordamos que tras la aplicación de los cambios legislativos que venimos comentando, el Estado quedó totalmente apartado de la solución de las negociaciones en las que no se alcanza el acuerdo entre partes.

Finalmente, queremos recalcar que este desarme definitivamente repercute en el contenido de los convenios colectivos, los cuales se han empobrecido sustancialmente, demostrando que la negociación colectiva no está cumpliendo eficazmente su función de intercambio y que está perdiendo así su naturaleza equilibradora de las relaciones laborales: no solo se ha reducido su cobertura en términos cuantitativos, sino también en la calidad de su producto típico.

1.2.3 REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA

La LRCT consolidó una concepción tradicional y restringida del derecho de huelga, al definirla como la suspensión total de labores con abandono del centro de trabajo (artículo 72 de la LRCT); dejando expresamente fuera a las modalidades irregulares - tales como la paralización intempestiva o de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, trabajo a desgano, y en general todas aquellas que no se condigan con lo estipulado en la norma (artículo 81 de la LRCT) -, las cuales al no estar tipificadas podrían ser declaradas hasta ilegales por la Autoridad Administrativa de Trabajo. Esta es una de las observaciones hechas por el CLS que hasta la fecha no ha sido levantada.

Más aún, al parecer, la norma en cuestión buscó condicionar el ejercicio de este derecho fundamental a dos concretos supuestos: aquellos en los que en que hubiera fracasado la negociación directa entre las partes (artículo 75 de la LRCT); y a los casos en los que exista cosa juzgada sobre el incumplimiento de disposiciones legales o convencionales y el

empleador se niegue a cumplir el mandato judicial definitivo (artículo 63° del Reglamento de la LRCT); dejando fuera otros fines y/o motivaciones, como la modificación del nivel negocial, por ejemplo. Sin embargo, a través de una interpretación amplia del artículo 73 de la LRCT – según el cual para la declaración de la huelga se requiere “*que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos*” – que tome en cuenta el contenido de la autonomía colectiva y su razón de ser, se puede concluir que la declaración de la misma no está ligada exclusivamente a un contexto de negociación colectiva o de falta de cumplimiento de disposiciones legales o convencionales, sino a todo aquel en el que exista una controversia. Así, se habría levantado el cuestionamiento del CLS respecto a que la LRCT solo admitía las medidas de presión con fines profesionales, quedando hoy permitidas aquellas que responden a móviles de índole político o solidario, siempre que estén presentes también los primeros y/o aquellos socioeconómicos.

Lamentablemente ahí no quedan las restricciones legales, pues para declarar una huelga los sindicatos deberán acreditar, además de la defensa de intereses socioeconómicos o profesionales, el cumplimiento de los siguiente: i) que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje; ii) que la decisión sea adoptada por más de la mitad de sus afiliados votantes asistentes a la asamblea; iii) el refrendo del acta por Notario Público o Juez de Paz; iv) la ratificación por parte de las bases en aquellos casos en los que la medida es convocada por sindicatos de actividad o gremio cuya asamblea se conforme por delegados; v) la comunicación al empleador y a la Autoridad de Trabajo, por lo menos cinco días útiles de anticipación en las actividades comunes y diez en los servicios esenciales, adjuntando copia del acta de votación; vi) en caso de servicios esenciales, la nómina de trabajadores que deberán prestar servicios mínimos; vii) la especificación del ámbito, motivo, duración, y día y hora de la iniciación de la medida de presión; viii) Declaración jurada de la Junta Directiva que indique que la decisión se adoptó de acuerdo a los requisitos señalados por la ley. (Artículos 73 de la LRCT y artículos 62, 64 y 65 de su Reglamento). Si bien los ya de por sí rígidos requisitos de legalidad impuestos por la Ley van a ser, en la práctica, de difícil observancia para aquellos sindicatos o federaciones de rama de actividad o gremio con alcance nacional, la situación para estas organizaciones era peor con la versión original de la LRCT que exigía que la decisión fuera adoptada por más de la mitad de los delegados que, a

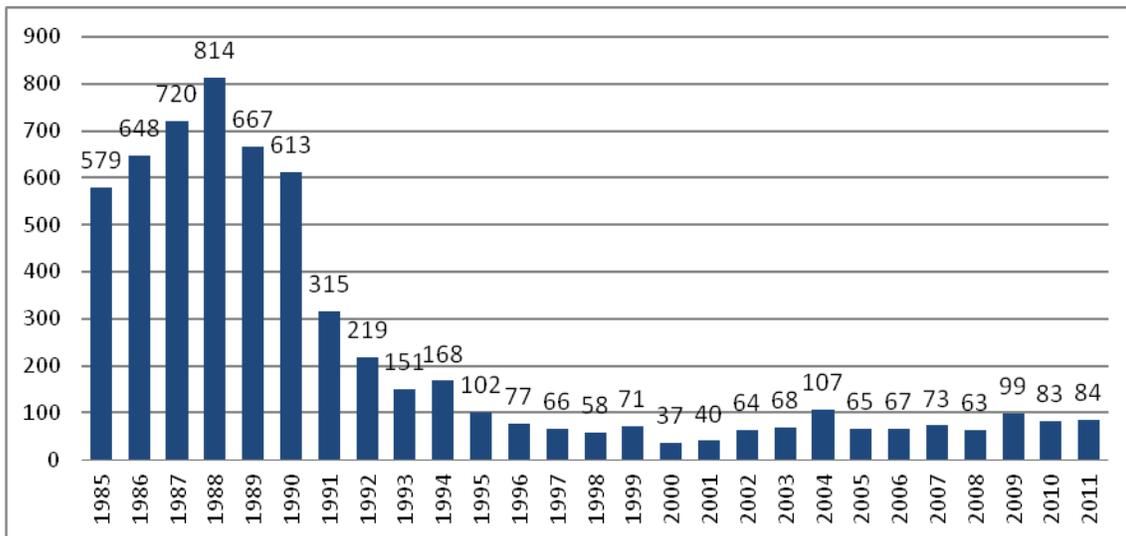
su vez, debían representar a más de la mitad de todos los trabajadores del sector, sindicalizados o no, excluyendo solo a los de dirección y de confianza.

Es la Autoridad Administrativa de Trabajo la encargada de verificar el cumplimiento de las mencionadas exigencias, pudiendo darle a la huelga la calificación de improcedente cuando no los cumpla, o hasta de ilegal si incide en alguno de los siguientes supuestos: i) materializarse a pesar de haber sido declarada improcedente; ii) producirse con violencia sobre bienes o personas; iii) incurrir en modalidades irregulares; iv) incumplirse la cobertura de los servicios mínimos o de mantenimiento, o v) no ser levantada después de notificado el laudo o resolución definitiva que pone término a la controversia. (Artículos 74 y 84 de la LRCT y 71 del Reglamento). De declararse ilegal, los trabajadores no solo perderán salarios – lo que sucede así fuese ejecutada con arreglo a ley -, sino también la acumulación de antigüedad para la CTS y vacaciones, e incluso podrán ser reemplazados y hasta despedidos por materializarse la falta grave consistente en ausencias injustificadas. Lo más alarmante es que la declaración de ilegalidad sea previa y no esté en manos de un Poder realmente independiente e imparcial como el Judicial.

En este apartado no podemos dejar de mencionar al artículo 83° de la LRCT que establece una lista, no taxativa, de aquellos servicios que se consideran esenciales para la población, la cual excede lo previsto por la OIT, imponiéndose así la prestación de servicios mínimos en sectores en los cuales resulta innecesario, agravándose la situación al comprobar que en muchos de estos se presentan también altos índices de subcontratación.

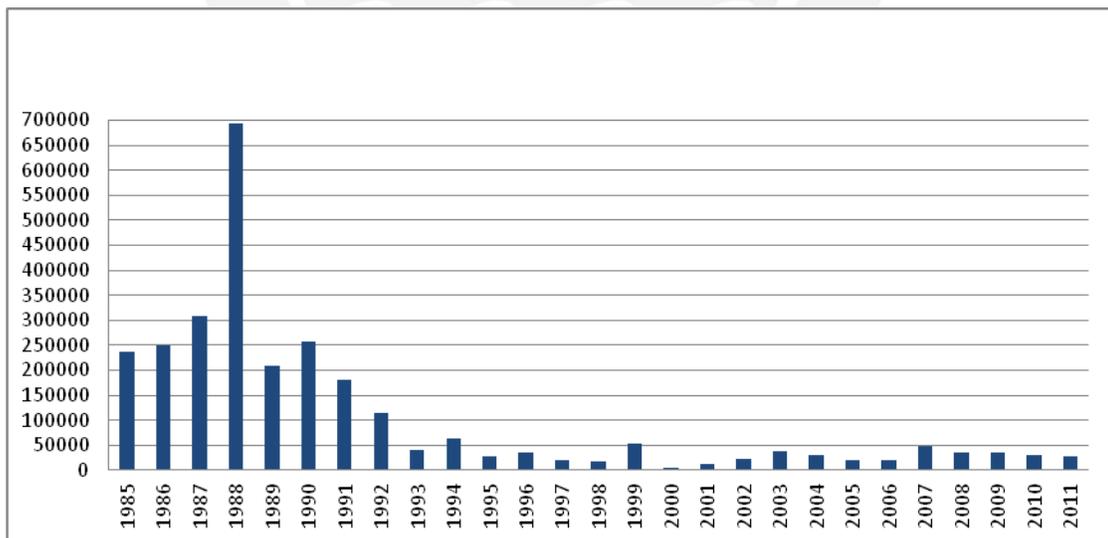
Tomando en consideración lo expuesto, podemos afirmar que la efectividad del derecho de huelga se ve preocupantemente reducida por las normas del propio Estado, que lejos de asumir su rol de garante de los derechos colectivos, establece graves trabas a su ejercicio. Resulta pertinente mostrar a continuación cuadros estadísticos sobre la eficacia de este derecho que avala el funcionamiento de la tutela colectiva, con la finalidad de apreciar su involución desde antes de la implementación de la reforma hasta nuestros días. El sorprendente desplome de las cifras habla por sí mismo.

Gráfico N° 6
Nivel nacional: Evolución del número de huelgas
1985-2011



Elaboración propia
 Fuente: Anuario estadístico sectorial 2011¹⁷⁵

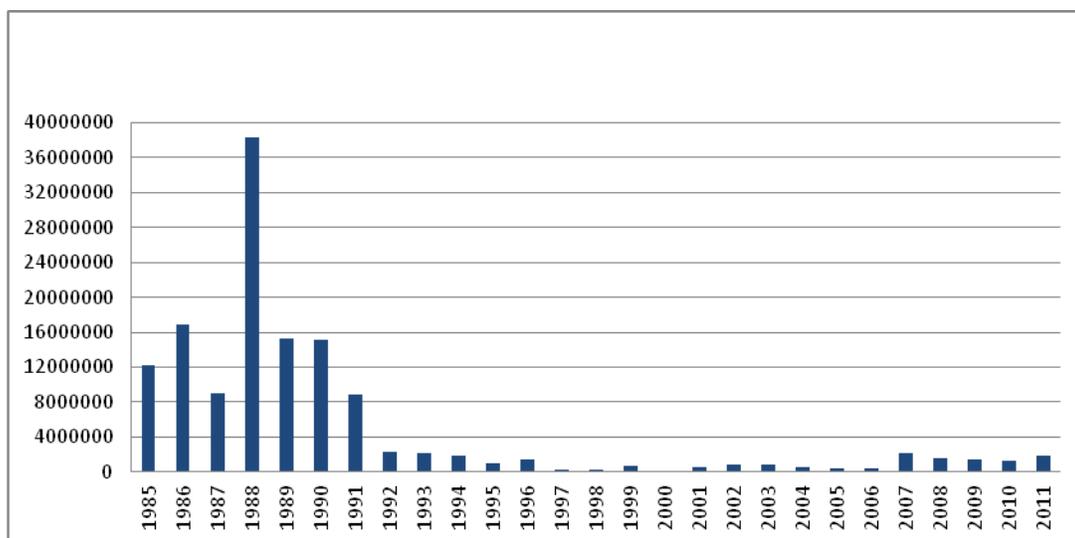
Gráfico N° 7
Nivel nacional: Evolución del número de trabajadores comprendidos
1985-2011



Elaboración propia
 Fuente: Anuario estadístico sectorial 2011¹⁷⁶

¹⁷⁵ OFICINA DE ESTADÍSTICA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Anuario estadístico sectorial*. Óp. cit., p.33.

Gráfico N° 8
Nivel nacional: Evolución del número de horas hombre perdidas
1985-2011



Elaboración propia
Fuente: Anuario estadístico sectorial 2011¹⁷⁷

Estos datos estadísticos permiten apreciar que hasta la fecha la huelga no ha logrado recuperarse del fuerte impacto de la reforma de los años noventa, las diferencias entre la situación de este derecho de autotutela antes del cambio legislativo y hoy en día es simplemente abismal. En atención a lo expuesto podemos afirmar que la LRCT ha restringido el derecho de huelga, “dejando expresamente fuera los otros fines o modalidades que la práctica sindical ha transitado como manifestación de su solidaridad y en búsqueda de eficacia”¹⁷⁸, lo cual, aunado a la serie de requisitos legales para adoptar y materializar la decisión de ejecutarla, produce que se recurra a ella con menor frecuencia que antaño.

¹⁷⁶ OFICINA DE ESTADÍSTICA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Anuario estadístico sectorial. Óp. cit., p.33.*

¹⁷⁷ OFICINA DE ESTADÍSTICA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Anuario estadístico sectorial. Óp. cit., p.33.*

¹⁷⁸ NEVES MUJICA, Javier. “A propósito de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”. En: *Asesoría Laboral*. N° 19, Lima, 1992, p.14.

1.3. MODIFICACIONES EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

La reforma de los noventa no solo alteró en un sentido regresivo los derechos laborales individuales y colectivos, incidió también en la organización del trabajo, al facilitar medidas como la intermediación laboral, que permitió a las empresas ejercer poder de dirección sobre trabajadores con los que no tiene vínculo laboral alguno.

En efecto, dado que ya se habían flexibilizado los derechos individuales y colectivos en un grado “suficiente”, el Decreto Legislativo N° 728 optó por permitir la creación de cooperativas de trabajo y fomento del empleo y de empresas de servicios especiales (services) para la prestación de servicios ya no exclusivamente referidos a labores complementarias y especializadas, sino también principales, en la medida que sean temporales, dejándose atrás lo dispuesto por la Ley 24514 que restringía la intermediación a los dos primeros supuestos. Además, no se estableció cortapisa legal alguna en lo que respecta a la tercerización laboral, la que al no encontrarse prohibida fue utilizada sin necesidad de sujetarse a requerimientos y garantías particulares. No entraremos a revisar el contenido específico de las normas que regulan estas figuras puesto que ya se hizo lo propio en el primer capítulo, bastando aquí señalar que hasta antes de la entrada en vigencia de las leyes 27626 y 29245 en el marco del restablecimiento de la democracia se estuvo frente a una regulación permisiva y dispersa.

Sobre el tema, Cruz Villalón, tras diferenciar entre las formas de descentralización interna - referida a la flexibilización en la gestión del personal propio – y externa, señala que el recurso a la primera puede hacer innecesario recurrir a la segunda o minimizar su uso¹⁷⁹, dado que si se aligeran las cargas legales para sostener una relación laboral directa, se tornaría inútil acudir a las indirectas. Sin embargo, como se ha visto, en nuestro país confluyen ambas con intensidad, pues pese a la repotenciación normativa del poder empresarial -que ha supuesto la flexibilización de la estabilidad de entrada y salida, la modificación de condiciones de trabajo, la pérdida de efectividad de derechos colectivos, entre otros-, se admite y facilita la subcontratación en una infinidad de supuestos y sin las garantías suficientes, las cuales solo existen frente al uso fraudulento de la misma, dejando

¹⁷⁹ CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. Óp.cit., pp. 9-10.

desprotegidos los derechos laborales en aquellas que se desarrollan en conformidad con la ley.

En otras palabras, el contexto normativo de la época – vigente casi en su totalidad a la fecha - brindó a los empresarios facilidades para diversificar los riesgos inherentes a las actividades productivas, dotándolos de herramientas para la gestión del personal y hasta del propio ciclo de producción, al permitirles recurrir a trabajadores destacados por una tercera empresa para cubrir actividades propias. Es en atención a ello que suele afirmarse que “*el contrato de trabajo ha devenido un instrumento relativamente innecesario para quien requiere del trabajo de otro para producir y obtener ganancias*”¹⁸⁰, en tanto bastaría un contrato comercial con otra entidad empresarial.

1.4. A MODO DE CONCLUSIÓN PRELIMINAR

Conforme ha quedado demostrado, la reforma implementada en la década de los noventa ha precarizado el empleo, dejando debilitados los derechos laborales individuales y colectivos, cuyos titulares cada vez son menos trabajadores. Así, pues, se ha podido comprobar “*una marcada disminución de la protección del trabajador, tanto en perspectiva horizontal (la población abarcada es menor) como vertical (los derechos de esa población están severamente disminuidos, en calidad y cantidad)*”¹⁸¹; siendo lo más grave que las afectaciones a los referidos derechos encontraron justificación en la propia Ley que se supone debía protegerlos, por lo que las empresas no requirieron vulnerar norma alguna para perjudicarlos.

El impacto negativo sobre la tutela colectiva no tiene precedentes. Tras este recuento normativo se ha podido constatar que los índices de trabajadores sindicalizados, sujetos a negociación colectiva, e involucrados en huelgas cayeron aparatosamente a nivel nacional, situación que al día de hoy – más de veinte años después – no se ha podido revertir. Nuestro ordenamiento legal en vez de garantizar y fomentar el efectivo ejercicio de los derechos colectivos, conforme lo ordena nuestra Constitución, hizo precisamente lo contrario, perjudicó la efectividad de los mismos al optar por un modelo descentralizado de relaciones

¹⁸⁰ TRIBUZIO, José. “Contratación externa de la actividad empresarial”. Óp.cit., p. 333.

¹⁸¹ NEVES MUJICA, Javier. “Balance de la reforma laboral”. Óp.cit., p.10.

colectivas de trabajo y regular de manera restrictiva sus aristas, tocando aspectos que debían dejarse en manos de la autonomía colectiva, evidenciándose así que “se retroalimentan reglamentarismo y debilidad sindical en un círculo vicioso en el que la debilidad alienta la intervención limitativa y esta termina perpetuando la debilidad.”¹⁸²

Lo peor es que la política de flexibilización laboral que venimos comentando no sirvió a los fines alegados para su implementación, pues, no generó empleo de calidad, ni redujo de manera considerable los niveles de desempleo, ni incentivó la formalización del sector informal, teniendo más bien un efecto contraproducente que se revela en las múltiples consecuencias negativas que trajo, tales como alta rotación, incremento de la siniestralidad laboral, desigualdad salarial entre los trabajadores de una misma categoría ocupacional, disminución de la duración media de los empleos, desincentivo de la inversión empresarial en formación profesional, trabas al ejercicio de los derechos colectivos y hasta afectaciones a la seguridad social¹⁸³. Se confirma, pues, que muchos de sus vértices no solo han repercutido en el sistema de relaciones laborales y la composición del mercado de trabajo, al segmentarlo, sino también han debilitado derechos fundamentales y elevado los índices de pobreza¹⁸⁴, con lo cual “el modelo laboral se reveló como multiplicador de la desigualdad en contradicción abierta con la definición de un Estado social (...).”¹⁸⁵ Todo ello porque, como señalan los profesores Alfredo Villavicencio y Marta Tostes, “el signo de este proceso no estuvo regido por el interés público propio de la acción estatal, sino por el favorecimiento abierto y explícito de los intereses empresariales, en el entendimiento que ellos arrastrarían la mejora cuantitativa y cualitativa del empleo.”¹⁸⁶

Valga como muestra de lo que venimos afirmando la comparación entre el PBI de los ingresos empresariales y el de las remuneraciones de los trabajadores, que, tal como se desprende del cuadro adjunto ha pasado de 22.6 % en 1992 a 41.9% en el 2010, evidenciándose que los canales de reparto del excedente generado se muestran cada vez menos capaces de reducir la brecha existente entre ambas cifras.

¹⁸² ERMIDA URIARTE, Óscar. “Crítica de la libertad sindical”. Óp.cit., p.53.

¹⁸³ Sobre el particular, recomendamos consultar: CHACALTANA, Juan y GARCÍA, Norberto. *Estabilidad laboral, capacitación y productividad*. CIES, Lima, 2002.

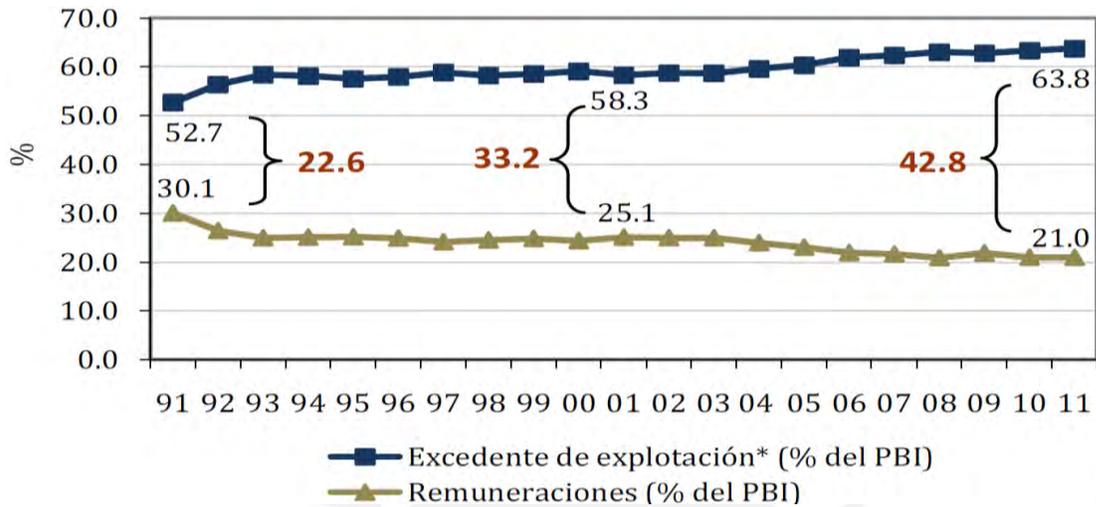
¹⁸⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado*. Oficina Regional de la OIT para América Latina y El Caribe, Lima, 2000, p. 16.

¹⁸⁵ CUADROS LUQUE, Fernando y SÁNCHEZ REYES, Christian. Op.cit., p. 512.

¹⁸⁶ VILLAVICENCIO, Alfredo y TOSTES, Marta. “Flexibilidad laboral, negociación colectiva y redistribución en el Perú: una incompatibilidad que debe superarse”. Óp. cit., p. 16.

Gráfico N° 9

Nivel nacional: Evolución de la participación en el PBI según tipo de ingreso
1991-2011



Elaboración: Gabinete de Asesores del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
Fuente: INEI

2. IMPACTO DE LA TERCERIZACIÓN EN LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Como punto de partida queremos dejar claro que el escenario en el que se implementan y desarrollan los procesos de subcontratación es uno en el cual los derechos laborales ya se encuentran debilitados por se por la normativa legal, en el que el consecuente fortalecimiento del poder empresarial, al no tener cortapisas legales ni convencionales, *“pasó a ser el centro de la producción de las reglas sobre las relaciones de trabajo.”*¹⁸⁷

Actualmente no contamos con indicadores estadísticos que nos den una muestra precisa sobre el número de trabajadores inmersos en los procesos de tercerización y las condiciones de trabajo a las que están sujetos; mucho menos existen cifras que reflejen el ejercicio de derechos colectivos, tales como la cantidad de organizaciones sindicales, de pliegos de reclamos, de convenios, de huelgas, etc. que se suscitan en el marco de los mismos. Sin embargo, la falta de evidencia cuantitativa general no es obstáculo para reconocer que cada

¹⁸⁷ UGAZ OLIVARES, Mauro. “La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación”. Óp.cit., p. 337.

vez se recurre más a estas estrategias productivas en nuestro medio, pues existen datos referenciales que permiten darnos una idea sobre el volumen y alcance de este fenómeno. Así, por ejemplo, información referida al sector minero – uno de los más importantes en nuestro país - indica que el año 2011, de los aproximadamente 177,431 trabajadores del sector, cerca del 63% perteneció a contratistas (111,511 trabajadores) siendo, en consecuencia, solo el 37% los que mantuvieron una relación laboral con alguna empresa minera (65,920 trabajadores)¹⁸⁸. Esta última cifra ha disminuido en comparación con el 2010, en el que se registraron 67,575 trabajadores directos, mientras la primera, por el contrario, ha sufrido un considerable incremento, pues el año precedente se presentaron 97,956 trabajadores tercerizados.

De ahí que se comprenda que el impacto negativo que produce la tercerización, sin importar si tiene o no motivación antisindical, sea realmente preocupante. Sobre todo si notamos que, al modificar la clásica organización productiva - mediante una fragmentación del ciclo productivo y la externalización de ciertas fases de dicho ciclo a personas jurídicas distintas - repercute de manera significativa en los derechos fundamentales de naturaleza individual y colectiva de los trabajadores de ambas empresas involucradas, pues si bien los trabajadores que enfrentan más dificultades son los de la empresa contratista, aquellos que prestan servicios directamente en la usuaria son potenciales damnificados, *“sea porque a veces ellos mismos son los desplazados o “externalizados”, sea porque, aún permaneciendo en la plantilla principal de la empresa, pueden, eventualmente, ver disminuidos sus poderes, tanto individuales –por la “competencia desleal” de los “externos” de menor costo laboral–, como colectivos, por la pérdida de ese caudal en el propio sindicato.”*¹⁸⁹

La subcontratación afecta negativamente las relaciones individuales y colectivas de trabajo del personal destacado en atención a que su implementación supone la fractura formal del proyecto empresarial pese a que su unidad material y de dirección se mantenga¹⁹⁰. Dado que se produce una disociación entre la articulación jurídica y económica, la tradicional coincidencia entre empleador y empresa se fractura, con lo cual los trabajadores que prestan servicios a favor de un único ciclo productivo pueden mantener contratos de trabajo con distintas entidades, y por tanto estar sujetos a condiciones bastante disímiles.

¹⁸⁸ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Anuario Minero 2011*. MEM, Lima, 2012, p.91. Se puede consultar el documento en el siguiente enlace: <http://www.minem.gob.pe/publicacion.php?idSector=1&idPublicacion=426>

¹⁸⁹ ERMIDA, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. Óp.cit., p. 69.

¹⁹⁰ Ídem., p. 87.

Es la aplicación tajante de los principios de personalidad jurídica y de contractualismo bilateral la que exime a la principal de responsabilidades en materia de relaciones laborales respecto de los trabajadores destacados en sus instalaciones, toda vez que en base al primero se concibe a cada entidad como jurídica y económicamente independiente de la otra, mientras que por el segundo, cada una de ellas respondería exclusivamente por el personal con el que mantiene un contrato. En otras palabras, por tratarse de un sujeto de derecho distinto y que no firmó contrato de trabajo alguno con los trabajadores desplazados, no podría tomarse como referencia su actividad productiva para la determinación de las condiciones de trabajo y empleo ni para la acción colectiva de estos, sin resultar jurídicamente relevante que sea la beneficiaria final de las concretas prestaciones de servicios, que controle globalmente los designios del ciclo productivo y que muchas veces sea la única capaz de solucionar los conflictos económicos colectivos que se susciten. Es así que en base a consideraciones de índole formal, se la desvincula de responsabilidades laborales que solo asumiría la empresa que ostenta la posición de empleadora directa.

En atención a lo expuesto, y dada la falta de respuestas legales conforme veremos a lo largo de la presente investigación, se afirma que la externalización de actividades productivas no conlleva principalmente a un problema de garantía del cumplimiento de las obligaciones laborales, sino más bien a uno de degradación de la calidad del empleo, lo cual no quiere decir que inevitablemente se producirá en todos los casos dicho efecto¹⁹¹.

Llegado este punto, conviene explicitar lo que ya se esbozó en el primer capítulo: la subcontratación produce grandes consecuencias a nivel macro.

La primera de ellas es que puede llegar a trastocar la concepción misma de la relación laboral, en tanto supone la prestación de un servicio personal, muchas veces subordinado – si bien no existe una subordinación jurídica, esta se da en los hechos de manera indirecta - a favor de una empresa distinta a la que paga la remuneración. De este modo, se fractura la relación sinalagmática entre la persona que trabaja y aquella que se beneficia con el resultado final de la prestación de servicios, deviniendo el contrato laboral en un instrumento innecesario para quien requiere la colaboración de otro para producir y obtener ganancias

¹⁹¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Efectos laborales de la subcontratación de actividades productivas. En: <http://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2008/11/efectos-labs-dprod-wsanguinetti-cong-peruano-dt.pdf>

sin perder el control global del proceso, toda vez que bastaría un acuerdo de naturaleza comercial¹⁹². De esta forma, en buena medida se dejan atrás las relaciones laborales para dar paso a las comerciales.

La segunda, en realidad propia de varias otras manifestaciones de la libertad de empresa, es que con frecuencia a través de este mecanismo se quiebra la concepción de ajenidad en los riesgos de la empresa inherente al contrato de trabajo, según la cual los asalariados se limitan a percibir su salario independientemente de las pérdidas o ganancias obtenidas por su empleador. Es válido que una empresa transfiera el desarrollo de ciertas funciones hacia otra, y con ella el riesgo que dicho proceso supone; lo que no es admisible es que ésta última lo traspase, a su vez, a sus trabajadores, como en realidad sucede cuando la tercerización no se basa en razones técnicas y objetivas. En estos supuestos se quiebra la estructura del contrato de trabajo y sobre todo, se viola su fundamento ético¹⁹³.

Tomando en cuenta lo expuesto, creemos importante analizar previa y brevemente aquellos efectos de la tercerización en las relaciones individuales de trabajo de la contratista que están íntimamente vinculados con la eficacia de la tutela colectiva por minar algunos de los presupuestos para su ejercicio.

2.1. ANÁLISIS PREVIO: PRINCIPALES EFECTOS DE LA TERCERIZACIÓN SOBRE LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO DE LA EMPRESA CONTRATISTA

Al recurrir a la externalización de fases del proceso de producción se consigue una flexibilización laboral a la cual no se podría arribar por medio de una reforma legislativa, en la medida que, además de los vaivenes políticos que enfrentaría un cambio legal de este tipo, el Derecho del Trabajo está sujeto, conforme sostiene Sanguinetti, a principios mínimos *“como los de mantenimiento de la relación de trabajo en tanto persista la fuente que le dio origen o de asignación por la vía de la contratación colectiva de unos beneficios o condiciones de trabajo tendencialmente semejantes a quienes participan en los mismos procesos productivos.”*¹⁹⁴ La tercerización, como veremos a continuación, consigue eludir

¹⁹² TRIBUZIO, José. “Contratación externa de la actividad empresarial”. Óp.cit., p. 333.

¹⁹³ ERMIDA, Oscar y COLTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. Óp.cit., p. 18.

¹⁹⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?” En: *Revista de Derecho Social*. N° 33, Albacete, 2006, p.227.

estos principios exclusivos de las relaciones laborales y por tanto no aplicables a las mercantiles, permitiendo a la empresa principal desplazar, conjuntamente con las fases de su proceso productivo, la fijación de las condiciones laborales y la modalidad de contratación del personal que finalmente se encargará de dichos segmentos.

2.1.1. PRECARIZACIÓN Y DEGRADACIÓN SALARIAL: AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La empresa encargada de la tercerización, por lo general, brinda sus servicios a la principal a un costo menor del que esta gastaría si asumiera directamente todas las fases de su ciclo productivo, lo cual produce que los salarios y demás condiciones de trabajo y empleo de ambos grupos de trabajadores difieran entre sí, pese a que puedan realizar labores similares o de igual valor, pues no es difícil suponer que lo usual será que la oferta de la contratista se sustente en el “sacrificio” de sus trabajadores, quienes terminarán sujetos usualmente a las normas mínimas laborales.

Sin embargo, lo señalado no constituye el único motivo, pues la referida divergencia salarial también puede fundamentarse en el tamaño de las contratistas que se hacen cargo de la externalización de las fases del proceso productivo de la principal, las cuales generalmente ofrecen a sus empleados menores ingresos “a *resultas de la dispar efectividad y aplicación de la legislación comparativamente entre grandes y pequeñas empresas.*”¹⁹⁵

Incluso, esta situación, que genera la precarización de las condiciones laborales del personal de la contratista, puede responder, o, en todo caso, agravarse por la inaplicación del convenio que rige las relaciones de trabajo en la principal, “*ya sea por tratarse de un convenio colectivo de empresa, o debido a que eventualmente (no necesariamente), la especialización de la empresa contratista haga que quede fuera de su ámbito funcional de aplicación en aquellos casos en que estemos ante un convenio colectivo celebrado a nivel de rama o sector de actividad.*”¹⁹⁶ De este modo, muchas veces por efecto de la implementación de un proceso de tercerización, los productos colectivos reducen su ámbito de aplicación, siendo esta situación más perniciosa cuando estamos frente a trabajadores que han sido

¹⁹⁵ CRUZ VILLALÓN, Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Óp.cit., p. 70.

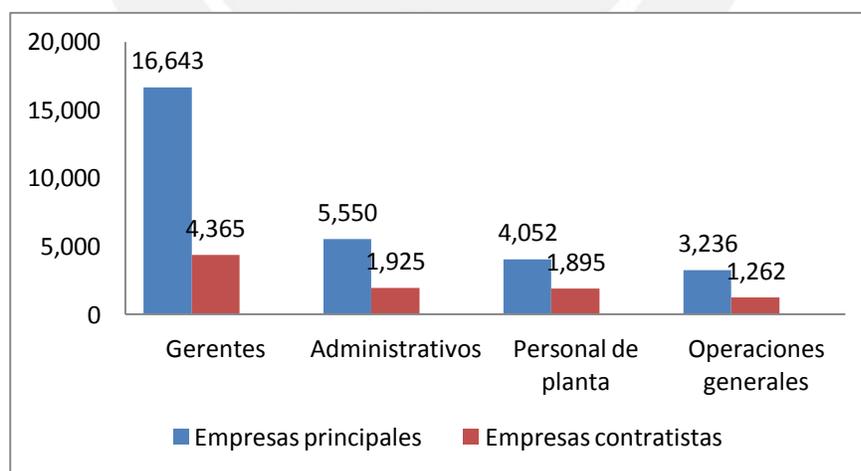
¹⁹⁶ ERMIDA, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. Óp.cit., p. 72.

traspasados desde las empresas usuarias hacia las contratistas. En estos casos los trabajadores pasarán a regular sus relaciones laborales por convenios menos garantistas o, de no existir estos, quedarán a merced de la fijación unilateral de las condiciones de trabajo y empleo por parte de su nuevo empleador.

Queda claro, entonces, que usualmente en los procesos de subcontratación “*la identidad de tareas pierde su condición determinante del nivel remunerativo*”¹⁹⁷, en tanto el salario ya no dependerá de la efectiva prestación de servicios realizada, ni de la experiencia o habilidades del trabajador, sino de su posición espacial en la cadena productiva. Con ello, se posibilita que asalariados que realizan idénticas tareas o prestaciones de valor equivalente perciban sueldos distintos, en atención a quién es su empleador, desconociéndose principios consagrados por la OIT tales como el de igual remuneración por trabajo de igual valor.

Considerando lo dicho, no debe extrañarnos la gran brecha existente entre las remuneraciones promedio de todas las categorías ocupacionales en sectores como el minero, donde resulta alarmante comprobar que la diferenciación puede llegar a ser incluso superior al 100 %, conforme se deriva del cuadro adjunto.

Gráfico N° 10
Nivel nacional: Remuneración promedio mensual en el sector minero 2011



Elaboración propia.
 Fuente: Anuario minero 2011¹⁹⁸

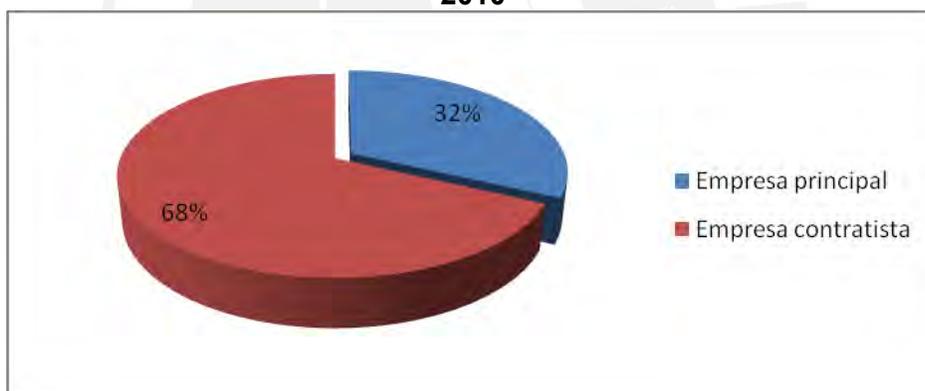
¹⁹⁷ TRIBUZIO, José. “Contratación externa de la actividad empresaria”. Óp.cit., p. 338.

¹⁹⁸ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Anuario Minero 2011*. Óp.cit., p. 90.

Además, cabe mencionar que los ingresos de ambos grupos pueden distanciarse aún más en aquellos casos en los que medie la repartición de utilidades de las empresas principales, que según nuestra normativa no sería extensiva al personal de contratistas.

Esta degradación salarial, innegablemente, alcanza a las condiciones en las que se desempeña el trabajo y a los beneficios sociales, por lo que no es extraño verificar que, entre otros, los trabajadores subcontratados se encuentren sujetos a jornadas de trabajo más extensas y expuestos con mayor frecuencia a la realización de labores riesgosas sin el equipamiento adecuado, por lo que se encuentran más propensos a ser víctimas de accidentes laborales y enfermedades profesionales. Precisamente el cuadro que a continuación mostramos evidencia que en la minería el 68% de los accidentes mortales afecta al personal de las empresas encargadas de prestar servicios de tercerización.

Gráfico N° 11
Nivel nacional: Accidentes mortales según tipo de empresa en el sector minero 2010



Elaboración propia.

Fuente: Anuario minero 2010¹⁹⁹

En definitiva, se confirma que “a mayor lejanía del epicentro, las condiciones de trabajo tienden a degradarse”²⁰⁰, razón por la cual podemos afirmar que la tercerización no produce una segmentación exclusivamente numérica, sino que, conlleva una división que podemos llamar “sustancial” entre los trabajadores que prestan servicios en un mismo centro de

¹⁹⁹ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Anuario Minero 2010*. MEM, Lima, 2011, p.81. Se puede consultar el documento en el siguiente enlace: <http://www.minem.gob.pe/publicacion.php?idSector=1&idPublicacion=426>

²⁰⁰ VALDÉS DAL RÉ, Fernando. *Óp.cit.*, p. 39.

trabajo, llegando a diferenciarse entre privilegiados y precarios. Cabe recalcar que este fenómeno no siempre provocará la precarización del empleo, sin embargo, incrementará el riesgo de que la misma se produzca, toda vez que *“el principio de autonomía e independencia jurídica de las empresas que participan en el proceso de descentralización (...) permiten legítimamente la fijación de condiciones de trabajo significativamente distintas”*²⁰¹.

2.1.2. INCREMENTO DE LA INESTABILIDAD LABORAL

La inestabilidad laboral – ya consolidada en gran medida en nuestro medio debido a los cambios legislativos bastante permisivos para contratar y despedir personal introducidos por la reforma de los noventa- se ve incrementada con la tercerización, ya que aquí la duración y finalización del destaque se muestran como causas adicionales para ello. Lo común en este contexto descentralizador es que la subsistencia de las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa contratista no dependa más de la actividad productiva de su empleadora directa sino de la vigencia de la relación civil entre ambas empresas. Se vulneran así ambas fases de la estabilidad laboral.

La **estabilidad laboral de entrada** se perjudica al infringirse el principio de causalidad que debe regir en la contratación temporal, pues las tercerizadoras suelen celebrar contratos de obra o servicio con su personal sin que medie una justificación objetiva y razonable que habilite la celebración de este tipo de vínculos. Concordamos con el profesor Gorelli cuando afirma que el objeto de este tipo de modalidad contractual es la realización de una actividad distinta a la normal de la empresa, de carácter no permanente e incierta, razón por la cual, no sería válida la utilización de esta figura por parte de la contratista para cubrir actividades ordinarias del proceso productivo y que además tienen un término previsible²⁰². Admitir esta posibilidad supone que la duración de los contratos de trabajo no derive más de un elemento objetivo como lo es la propia naturaleza del servicio, sino de lo que subjetivamente acuerden las partes, es decir, de un elemento externo. Sobre el particular, el profesor Arce considera, en posición que compartimos, que, *“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*

²⁰¹ MOLERO MARAÑÓN, M. Luisa. “Descentralización productiva y relaciones laborales”. En: *Relaciones laborales*. Nº 10, Madrid, 2010, pp. 23-24.

²⁰² GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Op.cit., pp. 95-100.

*empleador/persona jurídica*²⁰³, pues la prestación de estos trabajadores es utilizada para cubrir labores ordinarias y permanentes, que de ser realizadas directamente por la principal tendrían que ser cubiertas a través de contratos a plazo indeterminado.

Sobre la **estabilidad de salida**, debemos manifestar que en la configuración de esta modalidad de organización del proceso productivo muchas veces la culminación de la relación civil se utiliza como causa capaz de justificar la terminación de los contratos de trabajo; por lo que, como afirma Sanguinetti, a través de ella no solo sería permisible fundamentar la transformación de relaciones laborales que debieran ser permanentes en temporales, sino *“también justificar su extinción por causas ajenas al funcionamiento de la actividad productiva a la que sirven.”*²⁰⁴

Lógicamente, esta flexibilización del derecho a la estabilidad laboral que degenera en un incremento de las tasas de rotación, no solo perjudica la acumulación de años de servicios y abre la posibilidad que con cada renovación disminuyan las condiciones de trabajo - situación que difícilmente podrá ser paliada por la tutela colectiva dadas las circunstancias que desarrollaremos a continuación-, sino que también deja a los trabajadores más vulnerables frente a los actos antisindicales.

2.2. PRINCIPALES EFECTOS DE LA TERCERIZACIÓN SOBRE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Conforme se ha puesto de manifiesto, la tercerización en nuestro medio generalmente supone la adopción de modalidades de contratación temporal, dispersión, mayor rotación de personal, bajos niveles salariales, entre otros, razones por las cuales se considera que lleva a la precarización y segmentación del mercado de trabajo, propiciando un escenario en el cual los empleados de ambas empresas involucradas ven menoscabado también el ejercicio de sus derechos colectivos, pese a la existencia de una obligación estatal de garantía y fomento impuesta por la Constitución. Es esta la premisa de la que parte el presente

²⁰³ ARCE ORTÍZ, Elmer. “Imputación de cargas laborales en la subcontratación ¿persiguiendo un gigante o un molino de viento?” En: *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. SPDTSS, Lima, 2008, p. 41.

²⁰⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo”. En: *Laborem*. N° 8, Lima, 2008, p. 150.

apartado, dejándose constancia que los efectos de esta estrategia empresarial sobre las relaciones colectivas de trabajo se presentan de un modo tan enmarañado que lo que prosigue es tan solo el intento de analizar autónomamente cada uno de ellos.

Con la finalidad de dinamizar su estudio, presentamos el siguiente cuadro que nos permitirá identificar a qué empresa y a qué derechos involucra cada uno de los problemas planteados.

Efectos	Sindicación		Negociación colectiva		Huelga	
	Empresa contratista	Empresa principal	Empresa Contratista	Empresa principal	Empresa Contratista	Empresa principal
Dificultades cuantitativas: reducción del caudal sindical	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Dificultades para la consolidación de la comunidad de intereses	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Dificultades para identificar a la contraparte frente a la cual ejercer derechos colectivos	✓	x	✓	x	✓	X

2.2.1. DIFICULTADES CUANTITATIVAS: REDUCCIÓN DEL CAUDAL SINDICAL

La tercerización no sólo origina la fragmentación del ciclo productivo, sino también la del colectivo de trabajadores, toda vez que funciones y actividades que venían siendo desarrolladas en su integridad por la empresa principal son desplazadas a personas jurídicas

distintas que deben adaptarse a las demandas de flexibilidad. En dicho sentido, conforme anota Dulce Soriano, *“uno de los efectos más inmediatos y palpables que se deriva de la descentralización productiva, y en concreto, del recurso a la subcontratación, es el consiguiente empequeñecimiento del tamaño de las empresas”*²⁰⁵ y con ello de sus planillas, siendo preciso recordar que no es la gran empresa que concentra capital la que está en crisis, sino aquella que se establece como organización vertical y jerárquica que conglobera a la totalidad de sus trabajadores y ciclo productivo.

Esta consecuencia se materializa en ambas empresas: de un lado, sucede que la principal, al externalizar fases del proceso productivo, deja de requerir al personal que solía hacerse cargo de la mismas, por lo que, después de implementada la tercerización, se quedará con menos trabajadores directamente contratados, quienes generalmente serán aquellos más calificados; de otro, las contratistas que se hacen cargo de las parcelas objeto de la desintegración vertical *“tienden a caracterizarse también por sus reducidas dimensiones que les permitan responder a las nuevas exigencias de flexibilidad, (...) lo que afecta sobre todo al número de empleados al que dan ocupación”*²⁰⁶; ello sin perjuicio de la existencia de compañías dedicadas a prestar servicios de subcontratación que llegan a superar el tamaño y número de trabajadores de las usuarias. Lo importante aquí es reconocer que la reducción de las dimensiones empresariales – y con ello de las planillas - *“implica necesariamente también una reducción de las posibilidades de actuación sindical en la empresa”*²⁰⁷, conforme comprobaremos en este apartado.

2.2.1.1.IMPACTO EN EL DERECHO DE SINDICACIÓN: DIFICULTADES NUMÉRICAS PARA LA CONSTITUCIÓN Y SUBSISTENCIA DE UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL

Este modo de configuración empresarial, que trae consigo la reducción de las dimensiones y, con ello, de las planillas de las empresas inmersas, no favorece la constitución de organizaciones sindicales en la medida que estas requieren la presencia de un determinado número de trabajadores que gocen, además, de cierta estabilidad laboral. Se perjudica, de

²⁰⁵ SORIANO CORTÉS, Dulce. Óp.cit., p. 300.

²⁰⁶ CRUZ VILLALÓN, Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Óp.cit., pp. 67- 68.

²⁰⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Op.cit., p. 68.

este modo, sobre todo la sindicalización por empresa, que es la que impera en nuestro medio dada la correspondencia entre la estructura sindical y negocial, que como hemos evidenciado es netamente empresarial.

Efectivamente, la fragmentación del colectivo de trabajadores puede tornar imposible la constitución de sindicatos de empresa en razón a la disminución del número de trabajadores directamente contratados, su frecuente temporalidad, y a que nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo dispone que se requieren como mínimo 20 miembros, cifra que resulta difícil de lograr en ambas entidades involucradas en un contexto de tercerización laboral. Cabe referir que aun en aquellos casos en los que las empresas posean una cantidad de trabajadores superior al requerido, debe tomarse en consideración que no siempre todos decidirán afiliarse: en las usuarias esto podría presentarse debido a que generalmente el personal que se queda prestando servicios es el más cualificado, el encargado del “core business”, que al poder negociar de manera individual y directa sus condiciones laborales, no sería proclive a organizarse sindicalmente; mientras que en las contratistas podría suceder en atención a que la temporalidad que rige los contratos de los asalariados, y la consiguiente alta rotación, generan temor a las represalias y falta de interés en organizarse para la búsqueda de mejores condiciones de trabajo y empleo que puede no lleguen a disfrutar. En definitiva, se *“reduce la expectativa de contar con un organismo sindical ya que quizá no exista suficiente densidad laboral para formar un ente gremial.”*²⁰⁸ En otras palabras, *“el adelgazamiento de la empresa principal y la creación en su periferia de múltiples unidades productivas pequeñas y medianas, han conspirado contra la posibilidad material de que los trabajadores se puedan sindicalizar.”*²⁰⁹

La situación se agrava cuando ya existen organizaciones sindicales constituidas que, con ocasión de la tercerización, se debilitan enormemente al punto de perder uno de los requisitos constitutivos necesarios para subsistir -número mínimo de afiliados-, pudiendo producirse la cancelación del registro, y el consecuente desamparo de los trabajadores, que se verían privados de conformar una organización con personalidad gremial, y con capacidad de conformar organismos de carácter nacional e internacional.

²⁰⁸ UGAZ OLIVARES, Mauro. “La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación”. Óp.cit., pp. 328-329.

²⁰⁹ CASTELLO, Alejandro y MARIEZCURRENA, Patricia. “Derecho de trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva”. En: *Derecho Laboral*. N° 223, Montevideo, 2006, p. 597.

Este escenario es susceptible de repercutir en las relaciones colectivas de la principal y contratista, pues la tercerización facilita que los trabajadores de ambas sean expulsados de los ámbitos de empresa o rama de determinada organización sindical: de un lado, en la primera se configurará cuando, por la implementación de este fenómeno, se les despide o se les traspassa a las empresas tercerizadoras; de otro, en la segunda se concretizará al estar los trabajadores constantemente cambiando de empleador y hasta de sector de actividad. Lo indicado ocurre en tanto se suele entender que la LRCT exige que los afiliados a un sindicato sean formalmente trabajadores del ámbito, sin atender a consideraciones de índole material, como quién es en definitiva la beneficiaria de la prestación de servicios.

2.2.1.2.IMPACTO EN EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA: REDUCCIÓN DE LA CAPACIDAD SINDICAL FÁCTICA DE NEGOCIACIÓN Y DE LA COBERTURA DEL CONVENIO COLECTIVO

La merma en las tasas de afiliación sindical en las empresas implicadas en la tercerización reduce, en la mayoría de los casos, la capacidad fáctica de negociación colectiva de los sindicatos, en tanto estos tendrán dificultades para desempeñarse eficazmente como representantes del interés colectivo. Es claro que este problema no es exclusivo de las organizaciones gremiales de las empresas contratistas – aunque aquí se presentará con más intensidad dadas las altas tasas de temporalidad y rotación -, pues las comisiones negociadoras de sindicatos de la principal también han perdido fortaleza al representar en este nuevo escenario a un comprimido número de trabajadores que no se muestra en posición de presionar como antaño al empleador.

Si bien, conforme se desarrolló en el primer capítulo, este derecho colectivo es pasible de cumplir diversas funciones, siendo una de ellas la organizacional - la cual permitiría la negociación de las condiciones en las que operaría la subcontratación-, dada la presencia de organizaciones sindicales endeble que ven restringida su capacidad real de negociación, esta función, lamentablemente, no es utilizada. Así, la negociación colectiva en las empresas que han implementado mecanismos de subcontratación se limita a cumplir una función de intercambio, llegando en ocasiones a la suscripción de productos colectivos que rompen con la progresividad que se supone debe regir. Incluso, se encuentran casos en los que convencionalmente se pactan reducciones salariales y de beneficios a cambio del

mantenimiento de las fuentes de trabajo,²¹⁰ no siendo ya extraño toparnos con negociaciones colectivas in peius.

Queda, pues, en evidencia que una organización carente de un poder sindical significativo no tendrá la suficiente fuerza para defender los intereses de sus afiliados, razón por la cual lo más probable será que decrezcan las condiciones de trabajo y empleo, o en todo caso que no existan mejoras, confirmándose que “(...) *la externalización supone una segmentación del colectivo y consecuentemente, su debilitamiento (...) De ahí al empeoramiento de las condiciones de trabajo hay solo un paso.*”²¹¹

En otras palabras, “*si la empresa principal queda vaciada de sus recursos humanos, la acción colectiva de sus trabajadores será muy débil.*”²¹², pues las reducidas dimensiones empresariales no favorecerán la presencia sindical efectiva en los centros de trabajo, perpetuando la existencia de relaciones laborales precarias. Aquí cabe resaltar que precisamente es la precariedad laboral uno de los graves factores que desincentiva el ejercicio de la tutela colectiva, explicitándose la presencia de un pernicioso círculo vicioso: la precariedad dificulta la efectividad de la libertad sindical, al mismo tiempo que la falta de ejercicio de esta última consolida la primera.

Una segunda consecuencia del descenso del caudal sindical en la negociación colectiva es que produce la reducción de la cobertura subjetiva de los convenios colectivos, con lo cual no solo afecta el ámbito objetivo de los mismos – como acabamos de ver – sino también altera el número de beneficiarios.

En la empresa principal, como hemos mencionado, se deja fuera de la misma y a veces hasta fuera del ámbito del sindicato de sector o gremio a aquellos trabajadores que realizan las labores que serán tercerizadas, situación que genera que los productos colectivos aplicables a los referidos niveles – empresa y rama – dejen de beneficiarlos, al ser expulsados del ámbito de aplicación de los mismos. El agravante es que en estos casos suele mediar el traspaso del personal hacia la empresa encargada de prestar los servicios de subcontratación, en donde suelen regir convenios colectivos menos garantistas que los que

²¹⁰ Ídem., p. 598.

²¹¹ ERMIDA, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. Óp.cit., p. 18.

²¹² ARCE ORTÍZ, Elmer. *La subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra, Lima, 2006, p.107.

dejan, o de no ser el caso, se queda a merced de la voluntad unilateral del empleador, dadas las dificultades materiales y jurídicas para negociar colectivamente. No debemos perder de vista que en la tercerización no existe la obligación legal, como sucede en la intermediación, de garantizar que los trabajadores destacados tendrán las mismas remuneraciones y condiciones de trabajo que aquellos directamente contratados por la empresa usuaria.

De ello se puede inferir que el efecto que venimos comentando se presenta con más intensidad en las empresas contratistas, donde la inminente falta de estabilidad laboral y consecuente rotación originan constantes cambios en las planillas, reduciendo frecuentemente el número de trabajadores beneficiarios del contenido del convenio colectivo que fuere. Ello quiere decir que ni las convenciones sectoriales se salvan, pues puede ocurrir que los trabajadores en el lapso que dure su contrato con la contratista, presten servicios de manera sucesiva a varias empresas principales pertenecientes a distintas rama de actividad, lo que ocasionaría la pérdida de los beneficios del convenio arribado en el sector anterior cada vez que se desplacen a una nueva usuaria que no pertenezca al mismo ámbito.

Además, cabe hacer referencia a la figura de los sindicatos mayoritarios, que prevé que aquellas cláusulas normativas de los convenios arribados por los sindicatos que afilien a la mayoría absoluta de trabajadores el ámbito (50% + 1) tendrán eficacia personal general. Dadas la fragmentación de personal anotada, será complicado que se logre en cualquiera de las empresas involucradas tal tasa de afiliación y se concrete así la ampliación de los efectos del convenio colectivo a todos los trabajadores del ámbito, por lo que para gozar de los beneficios convencionales será imprescindible – por paradójico que parezca - la afiliación al sindicato.

Tras lo expuesto se concluye que a través de la tercerización los empleadores podrán con relativa facilidad decidir cuáles serán los convenios colectivos aplicables a su personal, ya que les bastará hacer uso de su poder de dirección – totalmente ampliado por la reforma de los noventa – para cambiar de ámbito a determinado trabajador. Así, no todos los trabajadores que participan en el mismo ciclo productivo se regirán por un único marco de referencia, originando esta segmentación negocial, como bien afirma Tribuzio, *“una suerte de dumping convencional que consiste en la libre elección por parte de la empresa, del convenio colectivo de trabajo aplicable a sus dependientes (directos o indirectos), con*

*arreglo a criterios que oscilan entre el precio del trabajo, la mayor flexibilidad de las condiciones laborales y la docilidad/tolerancia del sujeto sindical que administra el convenio conjuntamente con la patronal.*²¹³

2.2.1.3.IMPACTO EN EL DERECHO DE HUELGA: DIFICULTADES CUANTITATIVAS PARA SU CONCRECIÓN Y EFECTIVIDAD

La disminución de la densidad sindical repercute notoriamente en el ejercicio del derecho a huelga, pues al ser pocos los trabajadores involucrados, será difícil que se establezca como un mecanismo sólido de influencia sobre el empleador, salvo que la presencia de trabajadores que ocupen puestos neurálgicos, en la medida que en ciertas estructuras productivas *“cada vez importa menos la ausencia masiva del trabajo y más la abstención de algunos trabajadores estratégicos o la alteración de alguna prestación concreta.”*²¹⁴ En todo caso, no debe perderse de vista que, en última instancia, la efectividad de la huelga se mide en función del perjuicio causado a la contraparte.

En la empresa usuaria, al ser cada vez menor el número de trabajadores sindicalizados, serán pocos aquellos que dejen de prestar sus servicios en el marco de una huelga, en tanto, los trabajadores destacados ni suspenderían sus respectivas prestaciones, contrarrestando o paliando de alguna manera los efectos de esta medida de presión. De esta manera, la producción no sería totalmente detenida, salvo que, conforme se ha advertido, existan trabajadores con posiciones estratégicas en el ciclo productivo o acuerdos con los sindicatos de las contratas en los cuales se pacte una especie de respaldo en estos casos. Lamentablemente, esta última posibilidad es difícil materialización – aunque no imposible - en atención a que aquellos con empleo precario usualmente no querrán asumir los costos que toda huelga implica y menos aún por motivos solidarios. Sobre este punto volveremos en el apartado siguiente.

En lo que concierne a la empresa contratista el impacto es todavía más fuerte, pues en este ámbito no suelen existir trabajadores con puestos neurálgicos, con lo cual, la fuerza de este medio de autotutela continúa reposando meramente en un dato cuantitativo,

²¹³ TRIBUZIO, José. “Contratación externa de la actividad empresarial”. Óp.cit., p. 338.

²¹⁴ ERMIDA URIARTE, Oscar. “La flexibilización de la huelga”. En: *Cuadernos de Fundación Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* N° 2. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, p. 34.

comprendiéndose así que la disminución del caudal sindical la deje muy debilitada. Se debe tener presente que los trabajadores de esta empresa, por la dispersión connatural a estas formas organizativas de la producción, las precarias condiciones laborales, y la volatilidad de los contratos de trabajo a la que están sujetos, no siempre estarán en condiciones de asumir el costo que toda huelga implica. La pérdida de la remuneración correspondiente se erige como un importante factor de desincentivo que reduce la cantidad de posibles huelguistas. A esto se suma que, en sentido inverso al que vimos con anterioridad, la paralización de labores podría ser neutralizada por los empleados de la empresa principal – pues no suelen materializarse huelgas de solidaridad –, o incluso por la contratación de otras empresas tercerizadoras que se hagan cargo de la actividad suspendida, dado que la prohibición de esquirolaje no alcanza a las relaciones civiles.

De otro lado, un inconveniente adicional que se presenta en ambas entidades inmersas en la tercerización es que la fragmentación productiva afecta la realización de la asamblea, típico mecanismo mediante el cual se adopta la decisión de convocar o no la medida de presión, quebrantando *“los instrumentos de democracia en la toma de decisiones y la propia participación de los trabajadores en la acción huelguística.”*²¹⁵

En atención a lo expuesto en este acápite queda comprobado que el derecho fundamental a la huelga de los trabajadores de las empresas usuaria y contratista se ve limitado por cuanto la fragmentación y dispersión de las unidades productivas supone una merma en la capacidad de presión del sindicato, opacando la visibilidad del conflicto e impidiendo por tanto que repercuta socialmente²¹⁶. No obstante, tal como veremos en el último capítulo, de hecho existen casos en los que pese a estos problemas la huelga logra desenvolverse eficientemente en el marco de la tercerización, afectando a ambas empresas involucradas al paralizar totalmente la producción y sin que estas puedan contrarrestar sus efectos. El más claro ejemplo lo constituyen las huelgas que abarcan a todas las contratistas de determinada empresa minera, cuya actividad no podría ser reemplazada por trabajadores de otras empresas de servicios dadas las dificultades de acceso.

²¹⁵ BAYLOS GRAU, Antonio. “Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social”. En: *Revista de Derecho Social*. Nº 2, Albacete, 1998, p. 75.

²¹⁶ SORIANO CORTÉS, Dulce. Óp.cit., p. 316.

2.2.2 DIFICULTADES PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA COMUNIDAD DE INTERESES

Este trascendente efecto se genera en tres dimensiones claramente diferenciables:

- En primer lugar, se materializa entre los trabajadores de las empresas contratistas. Como hemos visto, la tercerización produce también la segmentación del colectivo de trabajadores, el cual se dispersa en diferentes centros de trabajo en razón del destaque, dejando de *“agruparse al modo tradicional en un ámbito de organización único que sin duda promovía la identidad colectiva.”*²¹⁷ El que estén desperdigados en diferentes empresas y sujetos a una alta rotación –dada la presencia de vínculos laborales temporales que dependen de la vigencia del contrato civil– acarrea que, pese a compartir el mismo empleador, muchas veces los trabajadores ni se conozcan entre sí, configurándose la erosión del fundamento de la acción colectiva: la cohesión social²¹⁸. No perdamos de vista que la homogeneidad de intereses que sirve de soporte al movimiento sindical es en buena medida incentivada *“por la cohesión social que procura la agrupación de trabajadores en un mismo espacio físico.”*²¹⁹
- En segundo lugar, se da entre los trabajadores de ambas empresas involucradas. La subcontratación no produce una segmentación exclusivamente numérica, conlleva en la mayoría de casos una segmentación “sustancial” entre los trabajadores que prestan servicios en un mismo lugar de trabajo, llegando a diferenciarse entre privilegiados y precarios, en función de su cercanía al epicentro. En efecto, como tuvimos oportunidad de expresar, este fenómeno productivo trae generalmente consigo el incremento de la contratación temporal y la reducción de las condiciones de trabajo del personal de las contratistas –entre otros motivos por la ausencia de instrumentos que homogenicen el valor de la prestación como el convenio colectivo–, situación que al no afectar a aquellos que prestan servicios en la empresa usuaria– quienes por el contrario suelen estar sujetos a condiciones laborales apreciables–, promueve un *“desequilibrio entre trabajadores integrados en los mismos procesos productivos, en función de una opción puramente organizativa, como es la de*

²¹⁷ MOLERO MARAÑÓN, M. Luisa. Op.cit., p.25.

²¹⁸ VALDÉS DAL RÉ, Fernando. Op.cit., pp. 38-39.

²¹⁹ Ídem., p. 38.

*proceder o no a su disgregación.*²²⁰ Así, se genera cierta polarización entre ambos grupos de trabajadores, debido a la presencia de un escenario que antes no se configuraba, pues “*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 (...)*”²²¹.

Tomando en cuenta lo referido es comprensible que se dificulte la convergencia de intereses entre los trabajadores directamente contratados por la usuaria y aquellos que se encuentran desplazados en virtud de la tercerización, pese a la confluencia en un mismo espacio físico: el centro de trabajo. Lo más preocupante es que incluso puede llegar a configurarse hasta cierta oposición, sobre todo en aquellos casos en los que ha mediado el traslado de personal de la empresa principal a la tercerizadora, pues se podría generar un clima laboral adverso entre antiguos compañeros de trabajo que impedirá la consolidación de un único poder sindical.

- En tercer lugar, se produce entre los trabajadores de la empresa principal. En efecto, este fraccionamiento de aspiraciones comunes incluso se puede presentar entre aquellos asalariados que, pese a la externalización productiva, continúan contratados directamente por la usuaria, en la medida que, al tener una posición privilegiada, normalmente se encontrarían en aptitud de regular de modo particular y directo con su empleador las condiciones bajo las que prestarán servicios, no configurándose, por tanto, el sentimiento de solidaridad entre compañeros de trabajo que es necesario para la consolidación de una organización sindical, para negociar colectivamente y para afrontar una huelga. En otras palabras, dado el poder de negociación individual del personal, no se presentan incentivos suficientes para que

²²⁰ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?” Óp. cit., p.226.

²²¹ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “Los grandes desafíos de los derechos colectivos del trabajo en un (hasta ahora) adverso siglo XXI”. En: *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. SPDTSS, Lima, 2008, p. 553.

se agrupen entre sí con miras a la mejora de condiciones laborales, función típica de los derechos colectivos en nuestro país.

De lo expuesto se colige que la implementación de la tercerización -sobre todo conforme está diseñada en nuestro medio -acentúa la “*difuminación de la conciencia de clase ligada al trabajador tradicional de la industria*”²²², en tanto la comunidad de intereses necesaria para la acción sindical se consolida, entre otros factores, por la coincidencia en un mismo espacio físico, por la sujeción a un único empleador y por la existencia condiciones de trabajo y empleo equiparables. En otras palabras, “*la declinación del fordismo ha debilitado las “bases materiales”, por así decir, de la convergencia de intereses sobre los cuales se fundaba la homogeneidad de las reivindicaciones y las tutelas*”²²³, situación que claramente debilita la solidaridad de clase. De este modo, queda en evidencia que esta estrategia empresarial contribuye a la “*segmentación de la fuerza de trabajo en su conjunto y por consecuencia, termina debilitando el poder sindical, que sigue reposando, entre otros factores, en la unidad y el número*”²²⁴, pues no perdamos de vista que la efectividad de la libertad sindical no solo depende de un dato cuantitativo, sino que es fundamental que entre los trabajadores implicados exista un vínculo tal que pueda dar lugar al interés colectivo: interés abstracto de la categoría.

2.2.2.1.IMPACTO EN EL DERECHO DE SINDICACIÓN: DEBILITAMIENTO DEL ELEMENTO CUALITATIVO CLAVE PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL

La falta de convergencia de intereses afectará, sin duda alguna, la sindicalización de los trabajadores, ya que, dada la presencia de aspiraciones diferenciadas, será difícil que estén dispuestos a unirse entre sí con la finalidad de defender y promocionar sus intereses profesionales mediante la consolidación de una organización que los represente como categoría. Este problema se presentará en ambas empresas y evidentemente también en el supuesto de sindicación conjunta.

²²² PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel. “El sindicalismo en el siglo XXI y sus objetivos en tiempos de transformación”. En: HERRERA, Julio (compilador). *Hacia un nuevo sindicalismo en el siglo XXI*. Congreso de la República del Perú, Lima, 2010, p. 25.

²²³ RICCIARDI, Mario. “El futuro de los sindicatos. Apuntes y reflexiones”. En: *Themis*. N° 34, Lima, 1996, p. 93.

²²⁴ ERMIDA, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. Óp.cit., p. 74.

En la contratista, como hemos visto, los trabajadores se encuentran mayormente sujetos a vínculos temporales y desperdigados en diferentes empresas usuarias- al punto que muchas veces ni siquiera se conocerán entre sí –, circunstancia que perjudicará la existencia de reivindicaciones comunes y, con ello, de un vínculo capaz de hacerlos conformar una organización gremial, toda vez que el único factor de coincidencia será la pertenencia a una misma entidad corporativa que no se instaura como la beneficiaria final de sus respectivas prestaciones. No obstante, en aquellos casos en los que los trabajadores sean destacados a una misma empresa usuaria o incluso distintas pero del mismo sector de actividad – el más claro ejemplo de este último supuesto serían los sindicatos de empresas contratistas que prestan servicios a las mineras -, sí podría configurarse la confluencia de intereses necesaria para formar un sindicato, sin que esto asegure su éxito, pues existen otros retos que este mecanismo de descentralización productiva conlleva.

En la empresa usuaria también repercutirá este efecto, dado que normalmente la mano de obra calificada, que es la que suele conservar vínculo laboral directo, *“no mantiene ningún tipo de interés en la formación de un organismo sindical”*²²⁵, en atención a que se encuentra en posibilidades de negociar individualmente con el empleador sus condiciones de trabajo y empleo. Además, recordemos que esta empresa, al exteriorizar fases productivas enteras, *“reduce el volumen de la planilla, y elimina causas de conflictividad”*²²⁶. Estos factores no propician el afianzamiento del interés colectivo que existía entre los trabajadores antes de la implementación de la tercerización, dando paso a una individualización de las relaciones laborales que solo favorecerá a aquellos asalariados que ostenten una posición “privilegiada” y equiparable al poder empresarial.

Respecto a la posibilidad de sindicación conjunta, debemos anotar que el hecho que el personal de la principal usualmente goce de un empleo estable y con mejores beneficios laborales en comparación con el de la contratista dificultará que entre estos grupos de asalariados existan aspiraciones coincidentes como para conformar juntos una misma organización sindical. Es más, a veces hasta es susceptible de generarse un sentimiento de confrontación, debido a que la diferencia de condiciones de trabajo y empleo se producirá pese a la realización de labores equiparables, en el marco de un mismo proceso productivo y

²²⁵ UGAZ OLIVARES, Mauro. “La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación”. Óp.cit., p. 329.

²²⁶ OJEDA AVILÉS, Antonio. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. La Ley, Madrid, 2010, p. 119.

en beneficio de una misma empresa. Incluso, a los trabajadores de la principal simplemente no les preocupa la forma en la que se implementa la tercerización, “*por percibirla como una causa real o presunta de la conservación de sus puestos o condiciones de trabajo*”²²⁷, considerando al personal desplazado totalmente externo a la empresa. Sin perjuicio de lo señalado, existen casos en los que los trabajadores de las entidades involucradas logran identificar puntos de intersección entre sus intereses - que podrán ser diferentes pero no categórica ni necesariamente contrapuestos- y así articularse como parte de un mismo colectivo conformando una organización sindical que los agrupe a todos.

Conforme se desprende de lo señalado, el panorama de descentralización productiva “*diluye objetivos, vivencias y problemáticas (...), rompiendo la unidad sindical que fue táctica del movimiento obrero en la era industrial.*”²²⁸ Se genera, pues, una notable proliferación de aspiraciones y con ello que la clase trabajadora sea cada vez más heterogénea, colocando en aprietos a la tutela colectiva, en tanto será complicado que una sola organización sindical pueda agrupar y representar tantos intereses disímiles.

En atención a lo expuesto, Mario Ricciardi ha afirmado metafóricamente - si bien antes del auge de esta modalidad de organización de la producción - que el sindicato ha ido perdiendo clientela a medida que el producto ofrecido en el mercado se ha ido volviendo obsoleto: algunos de los clientes potenciales consideran que no requieren más del producto (trabajadores con poder de negociación individual); otros deciden prescindir del mismo porque buscan un sustituto más personalizado y adecuado a sus necesidades (trabajadores que no quieren tutela demasiado uniforme y que desean una mezcla de tutelas colectivas e individuales); mientras que el resto de potenciales consumidores se halla desencantado, en tanto estiman que la afiliación a una organización sindical no satisface sus requerimientos (trabajadores con vínculos precarios)²²⁹.

²²⁷ ERMIDA, Oscar y COLTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. Óp.cit., p. 75.

²²⁸ GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo. “Visión crítica sobre el sindicalismo en el Perú”. En: HERRERA, Julio (compilador). *Hacia un nuevo sindicalismo en el siglo XXI*. Congreso de la República del Perú, Lima, 2010, p.175.

²²⁹ RICCIARDI, Mario. Óp.cit., pp. 95-96.

2.2.2.2.IMPACTO EN EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA: DIFICULTADES PARA LA ELECCIÓN DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA Y PARA DETERMINAR EL CONTENIDO DEL PLIEGO DE RECLAMOS

Podría pensarse que bajo el supuesto que en el marco de la desmembración organizativa de la empresa se haya logrado la constitución de una o varias organizaciones sindicales, el ejercicio de derechos colectivos ya no afrontaría mayor problema; sin embargo, nos daremos cuenta que esta apreciación es lejana de la realidad.

Para empezar, la designación de los miembros de la comisión negociadora se tornará una difícil tarea, pues tomando en cuenta la fragmentación de los intereses de la clase trabajadora y que todos querrán que sus “particulares” puntos de vista se encuentren representados se dificultará así su elección.

No debe resultar extraño, entonces, que este pernicioso efecto genere que se produzca una falta de homogeneidad también en las pretensiones que los trabajadores quieren satisfacer a través de la negociación colectiva, por lo que cabe preguntarse ¿Se podrá llegar a un consenso en el pliego de reclamos si es que no todos comparten la misma “realidad laboral” y aspiran condiciones de trabajo y empleo distintas? Vale precisar que este análisis se centra sobre todo en la negociación a nivel empresarial, al ser la impuesta por nuestra legislación.

En la empresa contratista lo lógico será que los trabajadores pretendan lograr, a través del ejercicio de este derecho, la modificación y mejora de sus condiciones laborales en referencia al lugar al que son desplazados, por lo que la presencia de varios centros de destaque dificultará que el contenido del pliego vaya en un solo sentido: unos pueden querer que se acentúe en el aumento remunerativo, al considerar que su prestación involucra un mayor esfuerzo que amerita ser compensando adecuadamente, mientras que otros pueden preferir que el énfasis esté en el tema de seguridad y salud en el trabajo, por ejemplo. Sobre este punto, Ana María Olmo señala que *“la fractura de las plantillas de los empresarios contratistas en diversas unidades autónomas presentes en las diferentes empresas principales, supone la existencia de unos intereses laborales de grupo que gozan de la suficiente autonomía para ser susceptibles de gestión independiente (...).”*²³⁰

²³⁰ OLMO GASCÓN, Ana Marta. “La negociación colectiva en contratas: algunas propuestas de regulación”. En: *Revista de Derecho Social*. Nº 12, Albacete, 2000, p. 226.

Respecto al desarrollo de la negociación colectiva en la usuaria, a veces ocurre que el personal nuclear que se queda prestando servicios directamente tras implementada la tercerización, al poder acceder a mejoras laborales mediante negociación individual y directa, pretende conseguir a través de este mecanismo beneficios muy altos, ya que *“a medida que ascienden sus intereses se identifican con los de su empresario alejándolos de los trabajadores con una clasificación profesional inferior”*²³¹. Esta situación, que obstaculizará la presencia de nexos de coincidencia con los intereses de aquellos trabajadores que no se encuentran en tal posición “privilegiada”, incluso puede derivar en la constitución de sindicatos generalmente de categoría que solo agrupen al personal neurálgico y que, por tanto, solo negocien para sí ciertos beneficios envidiables, a los que el resto de personal no tendría acceso. Cabe aquí traer a colación el caso de Air France evidenciado por Alain Supiot, en el que los pilotos, sacando ventaja de su posición estratégica, obtienen vía negociación colectiva condiciones de trabajo y empleo envidiables, que evidentemente no les serán de aplicación a los trabajadores que no se encuentran en dicha posición, quienes seguirían sujetos a condiciones precarias.

En el caso de negociación conjunta, como es de suponerse, se presenta el mismo problema explicitado en el párrafo anterior, con el agravante de que las condiciones laborales entre ambos grupos de trabajadores no tendrían que compartir siquiera un mínimo común -más allá del legal – al depender de empleadores distintos. De esta manera, se dificultará el consenso de reivindicaciones comunes, al existir un *“abismo entre estables y eventuales que va mucho más allá de las dificultades de sindicalización de los segundos y que tiene que ver, por ejemplo, con la distinta valoración que ambos sectores otorgan a la capacitación técnica (...)”*²³². Inclusive puede llegarse a discrepancias que van más allá del contenido del pliego de reclamos, pues, de un lado, aquellos que poseen vínculo laboral con la empresa principal no siempre estarán interesados en que más trabajadores pretendan negociar con ésta, mostrándose a veces reticentes con la homologación salarial y de condiciones de trabajo, en la medida que intuyen que eso puede significar la consecución de cláusulas menos rentables para sí mismos al tener que compartir la “porción” con más personas; mientras que, de otro, cabe que los trabajadores tercerizados no se encuentren involucrados con la mejora permanente de las condiciones laborales en la empresa a la que son destacados, al saber

²³¹ LANTARÓN BARQUÍN, David. “Reflexiones en torno al devenir del sindicato y a los factores que influyen en su evolución: ¿crisis y/o metamorfosis?” En: *Revista de Derecho Social*. Nº 10, Albacete, 2000, p. 64.

²³² LOVATÓN PALACIOS, Miguel David. *Propuesta al sindicalismo peruano: una nueva estructura sindical y negocial por rama de actividad económica*. Instituto de Defensa Legal, Lima, 1992, p. 25.

que están de paso y que es posible que la inestabilidad laboral les impida disfrutarlas. En atención a lo dicho, *“los representantes sindicales de la empresa principal, que suelen ser los que mayor poder de presión efectiva poseen, atienden primordialmente a los intereses de los trabajadores de esta empresa principal, por ello muy rara vez se diseña una estrategia común o conjunta para todos los trabajadores afectados por el conjunto del ciclo productivo descentralizado.”*²³³ La confluencia de trabajadores con intereses diversos dificulta – mas no imposibilita - la concreción de un *“proyecto reivindicativo común”*²³⁴.

2.2.2.3.IMPACTO EN EL DERECHO DE HUELGA: DIFICULTADES CUALITATIVAS PARA SU CONCRECIÓN Y EFECTIVIDAD

Conforme señala Alain Supiot, la huelga denota *“la solidaridad de un grupo de asalariados que cesan juntos el trabajo como prueba de sus reivindicaciones comunes”*²³⁵. De ello, podemos extraer que es imprescindible la confluencia de intereses entre los trabajadores del ámbito para que este mecanismo de presión logre materializarse y funcionar como un contrapeso a la desigualdad congénita que conlleva el contrato de trabajo.

Lamentablemente, en el marco de la contratista será difícil que los miembros del sindicato compartan la comunidad de intereses necesaria para declarar y asumir una huelga, ya que, al estar dispersos en distintas empresas principales, sus exigencias no serán siempre coincidentes, pudiendo incluso suceder que *“(…) para los trabajadores de la misma empresa de servicios destacados en otra usuaria, no pasa de ser una reivindicación lejana”*²³⁶, por la que no valdrá la pena asumir los costos que esta medida implica. Así, dadas las complicaciones para que todos los afiliados se plieguen a la misma, se presentarán problemas para su concreción, o en todo caso, para su efectividad, en la medida que en este terreno la huelga continúa midiéndose en términos cuantitativos y no cualitativos (huelga neurálgica).

Por otro lado, en lo que respecta a la empresa principal, como vimos, su desmembramiento supone la reducción de la conflictividad en su seno, por lo que será menos frecuente el

²³³ CRUZ VILLALÓN, Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Óp.cit., pp. 79-80.

²³⁴ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “Los grandes desafíos de los derechos colectivos del trabajo en un (hasta ahora) adverso siglo XXI”. Óp.cit., p. 557.

²³⁵ SUPIOT, Alain. “Revisiter les droits d'action collective”. Óp.cit., pp. 687-704.

²³⁶ ARCE ORTÍZ, Elmer. *La subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Óp.cit., p.111.

recurso a las huelgas. En todo caso, recordemos que partimos de la premisa que el personal que se queda es aquel que tiene a su cargo funciones nucleares del ciclo productivo, por lo que podrían recurrir a una huelga neurálgica en la que no requerirían el apoyo de los trabajadores que no ocupan posiciones de ese tipo. Precisamente, esta situación es susceptible de perjudicar a estos últimos, debido a que la efectividad de su paralización de labores podría verse minimizada en tanto el personal neurálgico continúe con su prestación de servicios. Ello ocurre en tanto se trastoca la convergencia necesaria para convocar una sola huelga en la que todos participen.

En aquellos casos en los que existan sindicatos que agrupen personal de ambas empresas involucradas suele producirse *“la disgregación del interés de los trabajadores sobre la base de la diferente vinculación, temporal o indefinida, con la empresa (...)”*²³⁷ y en atención a las diferentes condiciones laborales a las que están sujetos, minándose la posibilidad de que lleguen a adoptar la decisión de declarar una huelga conjunta. Sin embargo, será posible que este último tipo de paralización se concrete en aquellos supuestos en los que se produce la afectación del interés profesional de todos los involucrados, es decir, cuando los motivos para declararla afecten a ambos colectivos, como sería el caso de cuestiones referidas a la prevención de riesgos laborales o la forma de organización del trabajo²³⁸.

Con más razón, la falta de concurrencia de intereses puede promover la inutilización de las huelgas de solidaridad, en tanto, de un lado, será difícil que los trabajadores de las contratistas estén dispuestos a arriesgar sus precarios puestos de trabajo en apoyo a medidas que buscan la protección de reivindicaciones ajenas; y de otro, los empleados de la principal no siempre querrán cesar sus prestaciones por la defensa de intereses que pueden ser, en algunos casos, hasta contrapuestos a los suyos.

De esta manera, queda claro que la figura de la gran empresa que concentra todo su ciclo productivo y sus trabajadores, los cuales se encuentran *“socialmente cohesionados por el ejercicio de la acción sindical y prestos a movilizarse en defensa de unos intereses comunes, empieza a formar parte de la prehistoria de la economía globalizada (...)”*²³⁹, dificultándose

²³⁷ BAYLOS GRAU, Antonio. “Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social”. Óp.cit., p. 75.

²³⁸ SORIANO CORTÉS, Dulce. Óp.cit., pp. 318-319.

²³⁹ VALDÉS DAL RÉ, Fernando. Óp.cit., p. 43.

que la huelga - tal como viene siendo entendida- se erija como un mecanismo eficaz de defensa del vulnerable interés colectivo en el marco de la subcontratación.

2.2.3 DIFICULTADES PARA IDENTIFICAR A LA CONTRAPARTE FRENTE A LA CUAL EJERCER DERECHOS COLECTIVOS

La tercerización generalmente ocasiona severos problemas de identificación del sujeto frente al cual los trabajadores de la contratista ejercerán sus derechos colectivos, toda vez que son estos quienes mantienen un vínculo con dos empresas - la que los contrata y la que los acoge en virtud del desplazamiento previsto en esta figura -, dado que *“a la disminución del número de trabajadores por cada empresario se une el hecho de la multiplicación del número de empresarios por cada trabajador.”*²⁴⁰

En el sistema fordista, en el que una sola empresa controla la totalidad del ciclo productivo, y mantiene de manera exclusiva las facultades derivadas del poder de dirección, es sencillo determinar al empresario que debe “soportar” el ejercicio de los derechos en cuestión, ocurriendo que esta situación no se presenta más con la tercerización, donde *“el polo patronal se diluye y el centro único de poder es reemplazado o disimulado por una pluralidad de centros de decisión jurídicamente autónomos.”*²⁴¹ En este nuevo escenario se obstaculiza, pues, el reconocimiento de la entidad empresarial respecto de la cual la organización sindical deberá fijar su ámbito de actuación, de aquella que decidirá de manera concluyente sobre la posibilidad de atender el pliego de reclamos y que deberá sufrir los efectos de una eventual paralización de labores colectivamente pactada.

Es de suma trascendencia indicar que esta situación se concretiza en atención a la presencia de razones suficientes –las cuales serán desarrolladas en el tercer capítulo- que permiten a los trabajadores lógicamente considerar que tienen derecho a dirigir su actuación, su pliego de reclamos y, de ser el caso, medida de presión hacia la empresa principal. Baste aquí adelantar que las referidas razones giran básicamente en torno a que la empresa usuaria cumple los siguientes roles en un proceso de tercerización: i) Es la beneficiaria final y

²⁴⁰ OJEDA AVILÉS, Antonio. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Óp.cit., p. 275.

²⁴¹ ROSENBAUM, Jorge y CASTELLO, Alejandro. *Subcontratación e intermediación laboral. Estudio de las Leyes 18.099 y 18.251*. Fundación de Cultura universitaria, Montevideo, 2008, p. 30.

directa de la prestación personal de servicios desplegada por los asalariados de la empresa encargada de la tercerización; ii) Es la que mantiene el control global del proceso de producción, circunstancia que muchas veces le permite ostentar el poder de decisión final sobre las particularidades en las que se desenvolverá el mismo; y finalmente, iii) Es la que se encuentra en posición de solucionar una serie de conflictos de intereses que se suscitan con los trabajadores destacados, en algunos casos hasta de manera exclusiva (en temas de seguridad y salud en el trabajo, por ejemplo).

Antes de finalizar este punto quisiéramos mencionar que el escenario descrito no solo se configurará en los casos en los que se implemente la denominada tercerización dependiente, sino también en aquellos que no se ajustan a dicho patrón - inclusive cuando estén presentes empresas contratistas que excedan el volumen y capital de la principal - en la medida que en cualquier tipo de subcontratación se presentarán los tres fundamentos esbozados: será la principal quien en definitiva aprovechará la prestación de los trabajadores involucrados; la que detendrá en última instancia el poder de decisión y control global de la producción; y la que estará en aptitud de resolver la mayoría de conflictos de intereses suscitados con el personal destacado. En atención a lo señalado, consideramos que casi todo proceso de tercerización involucrará cierta jerarquización en los hechos, en tanto siempre habrá una empresa titular del ciclo productivo en cuyo seno se insertará la actividad desplegada por la contratista, con lo cual queda claro que la dependencia a la que aquí nos referimos no se vincula con las dimensiones o autonomía empresarial de esta última.

2.2.3.1. IMPACTO EN EL DERECHO DE SINDICACIÓN: DIFICULTADES PARA DETERMINAR EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL

Si bien los trabajadores podrían constituir las organizaciones que estimen conveniente, la elección de la estructura organizativa dependerá de la vocación de actuación en determinado ámbito, dada la íntima vinculación entre los tres componentes de la libertad sindical. Son los roles de índole material que desempeña la principal en un contexto de externalización de fases productivas los que dificultarán la determinación de la misma, en tanto no se podrá concluir de manera categórica frente a quién(es) resulta conveniente establecerse como un interlocutor colectivo.

Sobre los motivos que dificultan la identificación de la contraparte negocial y conflictiva volveremos en los siguientes apartados, por lo que basta aquí referir que el problema en lo que a sindicación respecta pasa por dilucidar la viabilidad de constituirse exclusivamente como contraparte de la empresa con la que se vinculan a través de un contrato de trabajo, o si cabe, además, hacerlo respecto de aquella que se beneficia de manera definitiva de su prestación, controla el ciclo de producción y se encuentra en posición de resolver la mayoría de conflictos económicos de intereses.

Se generan, pues, razonables dudas sobre el particular, cuya absolución finalmente repercutirá en el tipo de organización sindical a constituir, en tanto si se quiere acceder a la principal, en claro cumplimiento del principio de congruencia, se tendrá que dejar de lado aquella alternativa que ciñe la afiliación a la prestación de servicios en la empresa contratista.

Las dificultades no quedan allí. Dada la dicotomía formal de un solo proyecto productivo, en los casos en los que se haya tomado la decisión de apostar por la sindicalización supraempresarial no será tarea sencilla decidir en base a qué criterios agrupar a ambas empresas en un mismo ámbito de actuación (rama, ciclo productivo, entre otros), y consecuentemente, qué parámetro se utilizará para determinar quiénes serían susceptibles de afiliarse al sindicato.

2.2.3.2. IMPACTO EN EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA: PROBLEMAS DE IDENTIFICACIÓN DE LA VERDADERA CONTRAPARTE NEGOCIAL

Los mencionados tres roles que asume la principal en el marco de la tercerización son los que dificultan el reconocimiento de la(s) empresa(s) que debe(n) ser emplazada(s) con el pliego de reclamos en el marco de la negociación colectiva, y por tanto el nivel en el que la misma debiera desenvolverse.

El primero de ellos, referido a que la principal se configura como la beneficiaria final de la prestación de servicios desplegada por los trabajadores genera problemas de identificación de la verdadera contraparte negocial en tanto estos pueden válidamente cuestionarse ¿por qué si su concreta prestación contribuye a la generación de ganancias de la empresa a la

que son destacados, no podrían ejercer frente a ella el único derecho diseñado para redistribuir precisamente dicho excedente – la negociación colectiva? Así, es probable que se generen serias dudas sobre si el ejercicio de este derecho debe darse exclusivamente frente a la empresa con la cual existe una relación laboral directa o si cabe incluir en el mismo a aquella que se erige como la beneficiaria y controladora final del proyecto empresarial al que prestan su fuerza de trabajo.

El segundo, que alude a que es la principal la que conserva el control total del proceso productivo, usualmente pone de relieve que es esta empresa la que asumirá una posición prevalente en la relación comercial, al punto que será común que llegue a demarcar los márgenes de los que dispone la contratista para regular la prestación y retribución de los trabajadores desplazados. A través de concretas y detalladas pautas suelen limitarse algunas de las facultades que emanan del poder de dirección, con lo que finalmente serán ambas las que definirán las condiciones en las que el personal ejecutará su labor. Conforme veremos en el tercer capítulo, lo que ocurre en estos casos es que atendiendo a la necesidad de control global y la integración física de los trabajadores en un proceso productivo ajeno al de la empresa que los contrata, las ordenes que en principio parecen ser tomadas por las empresas de servicios, muchas veces lo son por la beneficiaria - sobre todo aquellas vinculadas las horas de ingreso y salida, la oportunidad del descanso semanal, entre otros. Es así que, *“(…) la también superior complejidad que provoca la descentralización productiva en cuanto a la identificación del sujeto que adopta materialmente las decisiones que afectan a las condiciones de empleo y trabajo (…) provoca que el sindicato se enfrente en ocasiones a una manifiesta dificultad de identificación del interlocutor “empresarial”*.”²⁴²

El último papel que juega la empresa usuaria en este terreno hace referencia a que muchas veces ostenta la capacidad de resolver los conflictos de intereses que se suscitan con el personal destacado en su seno, por lo que para su solución parece ser imprescindible su presencia en la negociación colectiva. Ello se materializa sobre los conflictos que derivan de la presencia física de los trabajadores en las instalaciones de la principal y su consiguiente sujeción a las reglas que rigen en el centro de trabajo - como aquellos vinculados al horario de entrada y salida, a temas de seguridad y salud en el trabajo, entre otros-, en los cuales

²⁴² CRUZ VILLALÓN, Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Óp.cit., pp. 78-79.

evidentemente es esta la única empresa en posición de solucionarlos; pero también respecto de aquellos que se vinculan básicamente a la duración de los contratos de trabajo y a las condiciones laborales que suponen un desembolso remunerativo, donde si bien no puede resolverlos de manera directa, puede hacerlo de manera mediata, dado el grado de influencia que suponen los lazos de colaboración empresarial, donde generalmente la usuaria limita a través de directrices la organización y retribución del personal de la contratista. De ello se desprende que para poder efectuar alguna mejora que requiera dinero a favor de los trabajadores destacados será casi siempre necesario que la retribución pactada mediante contrato civil entre ambas empresas se incremente consensualmente, pues, de un lado, si la contratista decide otorgarla de manera unilateral verá acortado su margen de ganancia, pudiendo hasta desaparecer, y, de otro, si pretende imponer el aumento de la suma en cuestión a la principal, corre el riesgo de perderla como cliente, arriesgando incluso su posición en el mercado. En razón de lo dicho, es complicado que esta última entidad goce de capacidad de decisión suficiente en el marco de una negociación colectiva, pues la retribución que recibe de la principal fungirá como límite a la hora de determinar las remuneraciones y condiciones de trabajo de su personal, dejando en evidencia que quién tiene la real posibilidad de hacer concesiones y de tomar medidas definitivas respecto a la mejora de las mismas en el marco de una negociación colectiva es en última instancia aquella empresa que detenta el poder económico. Definitivamente este escenario perjudica que los trabajadores puedan definir con exactitud a qué empresa emplazar con el pliego de reclamos, pues la empresa obligada legalmente a recibirlo no se condice con la que tiene posibilidades materiales de darle solución.

Tras el análisis de las repercusiones de cada uno de los roles mencionados se comprende que se configure *“una realidad segmentada cuya composición, como en una galería de espejos, no siempre permite distinguir cuál es la contraparte verdadera”*²⁴³, en tanto tenemos de un lado, a la empresa con la que el personal desplazado mantiene un contrato de trabajo; y de otro, a la entidad en la que efectivamente presta servicios, la cual se beneficia en última instancia de su trabajo, condiciona importantes aspectos de su prestación y mantiene el poder económico de satisfacer sus demandas.

²⁴³ OJEDA AVILÉS, Antonio. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Óp.cit., p. 275.

Ahora bien, si en atención a los tres motivos expuestos, las organizaciones sindicales que incorporan a los trabajadores destacados en la usuaria consideran que debe involucrarse en la negociación colectiva se presentarán problemas sobre todo de índole legal para emplazarla, dada la ausencia de canales de reivindicación eficaces que permitan “*llegar al centro real empresarial de decisión.*”²⁴⁴ Parece ser, pues, que en este terreno nuestro ordenamiento atiende a consideraciones exclusivamente formales, como la existencia o no de vínculos jurídicos entre los referidos trabajadores y la beneficiaria final, que posee personalidad jurídica distinta a quien los emplea, sin tomar en cuenta que en los hechos los trabajadores de ambas empresas contribuyen conjuntamente al logro de un mismo proyecto empresarial. Sobre este problema de inexistencia de vías efectivas para el ejercicio de derechos colectivos en el marco de la tercerización se volverá en el subsiguiente acápite.

2.2.3.3. IMPACTO EN EL DERECHO DE HUELGA: DIFICULTADES PARA DETERMINAR EL ÁMBITO DE CONVOCATORIA Y NEUTRALIZAR EFECTOS “COLATERALES”

La tercerización, al involucrar a más de una entidad empresarial, diversifica las posibilidades existentes para realizar la convocatoria de huelga, pudiendo emplazarse a nivel de la colectividad de empresas prestadoras de servicios de tercerización en determinada empresa o rama, o de una empresa contratista concreta, o de desplazados a determinada principal, pudiéndose hasta intentar una huelga conjunta que integre a trabajadores de esta última. Los tres roles que hemos visto cumple la usuaria en este contexto descentralizador son los que, al igual que con la negociación colectiva, dificultan la fijación del referido ámbito de convocatoria, vale decir, de la empresa a perjudicar con esta medida de presión, dado que esta decisión dependerá de quién saca provecho finalmente de la prestación de los trabajadores involucrados; asume el control global del ciclo productivo; y tiene verdadera capacidad de solucionar el conflicto económico de intereses.

Al ser el mecanismo que garantiza la eficacia de la tutela colectiva está íntimamente vinculado a lo que hemos dicho en el punto precedente. No obstante, debemos recordar que si bien lo usual será que el derecho de huelga se ejerza en el nivel en el que se viene negociando colectivamente, esto no siempre será así, pues existirán supuestos en los que se

²⁴⁴ MOLERO MARAÑÓN, M. Luisa. Op.cit., p. 25.

considere pertinente cambiar el ámbito con la finalidad de lograr una mayor repercusión – siempre que se respete el principio de congruencia-, y otros varios que ni siquiera se vincularán con el procedimiento negocial. Lo importante aquí es resaltar que este mecanismo de subcontratación generará circunstancias en las que no se identifique con claridad contra qué empresa(s) resulta conveniente emplazarla, pues, como afirma Alain Supiot, con la dilución de las empresas, muchos trabajadores *“se encuentran hoy en día frente a un patrono solamente aparente, mientras que no se sabe dónde se encuentra la realidad del poder de decisión económica.”*²⁴⁵

En adición a ello, en un contexto de interdependencia empresarial, se presentan complicaciones para aislar los efectos “colaterales” de aquellas huelgas que tienen por finalidad perjudicar solo a una de las empresas implicadas, pues, como afirma Baylós, concurren dificultades técnicas y organizativas para diferenciar los sujetos potencialmente afectados por la paralización del servicio²⁴⁶. Sobre el particular, Dulce Soriano considera que la repercusión de una huelga sobre una empresa, en principio, ajena al conflicto dependerá de *“la autonomía de la actividad objeto de la contrata, respecto del ciclo productivo de la empresa principal, esto es, del grado de independencia con que puedan ser ejecutados el resto de trabajos por los trabajadores de la empresa principal o de otras empresas contratistas no afectadas por el conflicto.”*²⁴⁷ En atención a lo dicho, y tomando en cuenta que habitualmente el grado de relación entre las fases tercerizadas y el ciclo productivo global es bastante fuerte – máxime si nuestra norma regula la tercerización de actividades principales-, consideramos que una medida de presión acordada en el ámbito de la empresa contratista que involucre al personal desplazado en determinada usuaria perjudicará, indefectiblemente, el normal desarrollo del ciclo productivo de esta última, si bien puede que no al extremo de paralizarlo por completo.

Es en dichos casos común - e incluso en aquellos en los que la principal queda expresamente comprendida en el ámbito de convocatoria de la huelga - que la empresa beneficiaria, dado el incumplimiento de la prestación integral debida, decida resolver el vínculo civil de tercerización, originando que la contratista, a su vez, dé por concluidos los contratos de los trabajadores involucrados, dada la configuración de una supuesta “causa

²⁴⁵ SUPIOT, Alain. “Revisiter les droits d'action collective”. Óp.cit., pp. 687-704.

²⁴⁶ BAYLOS GRAU, Antonio. “Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social”. Óp.cit., p. 78.

²⁴⁷ SORIANO CORTÉS, Dulce. Óp.cit., p. 318.

justa” basada en la finalización del vínculo comercial, sin siquiera tomar en cuenta si el móvil de la huelga le concierne o no. De esta manera, el ejercicio legítimo de un derecho fundamental puede acarrear la pérdida del empleo, configurándose así un acto antisindical, donde lo complicado será establecer el nexo causal que permita calificarlo como tal, en la medida que, como anota el profesor Sanguinetti, suele afirmarse que la terminación del vínculo civil es una decisión “*adoptada al margen de la relación laboral por un sujeto que no forma parte de ella.*”²⁴⁸

Sin perjuicio de lo anterior, puede ocurrir que la principal no resuelva el vínculo, sino que, basándose en su libertad de empresa, contrate con otras prestadoras de servicios de tercerización aquél que fue suspendido en virtud de esta medida de presión, anulándose fácilmente la repercusión de la paralización de labores a través del reemplazo de los trabajadores destacados huelguistas, en tanto la prohibición de esquirolaje protege solo a los trabajadores directos.

El supuesto fundamento de esta actuación lo resume Dulce Soriano cuando señala que “*lo relevante es la desvinculación laboral entre las empresas implicadas, que legitima al empresario indirectamente afectado por la huelga a recurrir a terceras empresas, sin que el vínculo de la contrata sea argumento suficiente para soportar pasivamente la huelga*”²⁴⁹. Los efectos jurídicos de la huelga solo alcanzarían a las partes relacionadas por el contrato de trabajo, sin que estos puedan ser extensivos a las empresas clientes – salvo que medie colusión entre las empresas para restarle eficacia -, pues hacerlo configuraría, en términos de la autora, un uso desproporcionado del derecho.

Conforme es de preverse, discrepamos con dicha posición en atención a las prerrogativas de las que hemos visto goza la usuaria en el marco de la tercerización, donde asume una posición estratégica en el conflicto y se erige muchas veces como la única que puede solucionarlo, por lo que, a nuestro juicio, atender a la sola inexistencia de un nexo formal entre esta y los trabajadores no solo vulnera la razón de ser de la figura del esquirolaje, sino también el propio derecho de huelga, que quedaría vaciado de contenido.

²⁴⁸ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *La (difícil) tutela del derecho de huelga en los procesos de subcontratación*. En: <http://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2010/12/04/la-difícil-tutela-del-derecho-de-huelga-en-los-procesos-de-subcontratacion/>

²⁴⁹ SORIANO CORTÉS, Dulce. Óp.cit., p. 317.

3. INSUFICIENCIA E INEFICACIA LOS CANALES LEGALES Y ADMINISTRATIVOS PREVISTOS: IMPOSIBILIDAD DE EJERCICIO EFECTIVO DE DERECHOS COLECTIVOS EN UN CONTEXTO DE TERCERIZACIÓN

Las estructuras previstas por la legislación y los mecanismos instaurados por la Administración Pública en materia de relaciones colectivas de trabajo presuponen la existencia de un único empresario, claramente identificado, que integra todo su proceso productivo, no atendiendo a que en la realidad la mayoría de empresas desplaza alguna de sus funciones y que por tanto se relaciona con otras, mediando generalmente un poder de influencia considerable. En otras palabras, nuestro ordenamiento laboral permanece inalterable frente a los cambios organizativos empresariales: pese a que la tercerización trastoca la concepción nuclear del contrato de trabajo, las normas siguen pensando en la tradicional manera de producir bienes y servicios, y por ende, en la lógica clásica que rige las relaciones colectivas de trabajo. Mientras se continúe apostando por la misma, en claro respeto a los principios de personalidad jurídica y de contractualismo bilateral, solo la empresa que figure como contraparte del contrato de trabajo será la que asuma la obligación de negociar y soportar la huelga. Así pues, si bien la tercerización en sí misma viene afectando los derechos colectivos en atención a lo desarrollado en el presente capítulo, creemos que el perjuicio se agrava por la inexistencia de canales de reivindicación eficaces que permitan el acceso al verdadero centro de decisión empresarial en este nuevo contexto.

3.1. CANALES PREVISTOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SINDICACIÓN

Conforme hemos visto, nuestra legislación contempla que los sindicatos pueden ser de empresa, rama de actividad, gremio o de oficios varios. Dado que el artículo 12º de la norma dispone que para ser miembro de alguno de ellos se requiere ser trabajador del ámbito respectivo, y se ha venido entendiendo que dicho requerimiento alude a una relación laboral directa, *“la representación sindical de los trabajadores de la empresa de servicios estará siempre relacionada con aquella o con la agrupación de empresas de servicios”*²⁵⁰, impidiendo que alguna de las estructuras propuestas sirva como canal de defensa de los intereses de los trabajadores de las contratistas frente la empresa principal. De todos modos,

²⁵⁰ ARCE ORTÍZ, Elmer. *La subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Óp.cit., p.108.

veamos a continuación las dificultades que se presentan para la constitución de las organizaciones sindicales previstas en el artículo 5 de la LRCT en el marco de la tercerización.

Respecto a la posibilidad de constituir un sindicato de empresa, encontramos, de un lado, tal como anotáramos en el punto 2.1.1, la limitación numérica legal que demanda la presencia de 20 trabajadores como mínimo para su constitución y subsistencia; y de otro, la exigencia - conforme se suele interpretar la norma- que los afiliados mantengan vínculo laboral vigente y directo con la entidad en cuestión, motivo este último por el cual las organizaciones sindicales de las principales no podrían, en principio, incorporar al personal sujeto a régimen de tercerización. Lo expuesto denota que nuestra normativa continúa pensando en la confluencia de ciertas condiciones elementales para la sindicalización por empresa como *“la presencia de grandes masas de trabajadores en el mismo lugar de trabajo; una cierta estabilidad de esa presencia; una elevada homogeneidad del contexto laboral.”*²⁵¹ Según hemos visto a lo largo del presente capítulo, la irrupción del fenómeno productivo que venimos comentando impide que se cumpla con varias de ellas, ya que no todo el personal que contribuye a la realización del ciclo productivo compartirá el mismo empleador ni gozará de estabilidad laboral y de condiciones de trabajo y empleo equiparables, estando aquellos que prestan servicios en la contratista usualmente expuestos a una alta dispersión y rotación laboral. Así, será difícil la consolidación de una organización sindical en este ámbito, no existirá quórum suficiente ni comunidad de intereses capaz de sustentarla.

Sobre la constitución de un sindicato de rama actividad, que agrupe a trabajadores de diversas profesiones que presten servicios en distintas contratistas, el problema se presenta al constatar que tampoco por esta vía podrían hacer llegar sus reclamos a la empresa principal en tanto no los emplea directamente, siendo el agravante que formalmente pertenecería a un sector distinto. Al respecto, no debemos enfocar el asunto desde una perspectiva formal, sino más bien a través de un punto de vista que atienda a lo que ocurre en el plano de la realidad, en base al cual la ubicación en determinada rama dependa del lugar en el que cada trabajador ejecuta su prestación, salvo que se trate de servicios sumamente especializados como los informáticos, por ejemplo. Sin embargo, incluso esta interpretación amplia, conforme señala el profesor Elmer Arce, podría ser sabotada, pues

²⁵¹ RICCIARDI, Mario. Óp.cit., p. 90.

los empleadores (contratistas), en virtud de su repotenciado poder de dirección, podrían cambiar el lugar de destaque del trabajador, y con ello situarlo en una rama distinta²⁵². Un acto de esta índole que no responda a un motivo objetivo y razonable no solo podría ser calificado de antisindical, sino también de hostil, frente a lo cual el perjudicado contaría con dos alternativas: accionar para que cese o darse por despedido, demandando el pago de la indemnización correspondiente²⁵³.

Finalmente, la constitución de un sindicato de gremio - que congregue trabajadores de distintas empresas que realicen el mismo oficio, profesión o especialidad – será de difícil concreción, dado que normalmente la externalización de fases del proceso productivo es total, no quedando trabajadores que continúen realizando dicha labor en la empresa principal, dificultándose así su emplazamiento en la negociación colectiva²⁵⁴.

Conforme se desprende de lo señalado, las estructuras promovidas por la legislación - en base a factores principalmente históricos – no resultan idóneas para la defensa de los intereses de los trabajadores de la contratista en el marco de la tercerización, dado que ninguna prevé el acceso a la empresa usuaria, pese a los fundamentales roles que esta cumple respecto del personal desplazado. No obstante, cabe reiterar que la lista prevista en la LRCT no es de ningún modo taxativa, por lo que es perfectamente posible que los trabajadores, en atención al Convenio 87 de la OIT ideen fórmulas que se correspondan con las nuevas estructuras productivas y que les permitan imponerse como contrapoder efectivo en el marco de las relaciones colectivas, siendo precisamente este el sentido de la Resolución Directoral General N° 021-2011-MTPE/2/14, de fecha 4 de noviembre de 2011, que estableció como precedente vinculante que el referido artículo 5 de la LRCT tiene carácter puramente ejemplificativo.

²⁵² ARCE ORTÍZ, Elmer. "El sindicalismo peruano en los tiempos de la tercerización". En: *Soluciones Laborales*. N° 24, Lima, 2009, p.66.

²⁵³ TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de productividad y competitividad laboral, artículo 35: "*El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el Artículo 30 de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por: a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o, b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38 de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle*".

²⁵⁴ ARCE ORTÍZ, Elmer. Imputación de cargas laborales en la subcontratación ¿Persiguiendo un gigante o un molino de viento? Óp.cit., p.45.

3.2. CANALES PREVISTOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Nuestras normas se encargan de minar todo intento de negociación colectiva efectiva en el marco de la tercerización, al avalar, en conformidad con la clásica concepción de ejercicio de los derechos colectivos, que las organizaciones sindicales solo puedan negociar, tanto a nivel empresarial cuanto supraempresarial, con el empleador directo de sus afiliados, con lo cual, la empresa principal podría negarse – en principio válidamente – a entablar una negociación directa con las organizaciones de trabajadores de la empresa contratista, o a tratar en el pliego de reclamos que le presente el sindicato que agrupe a los suyos, o una organización supraempresarial que congregue trabajadores de ambas empresas, aquellos aspectos que involucren al personal desplazado. En otras palabras, *“estas representaciones no podrán erigirse en interlocutor frente a la empresa usuaria, puesto que la legislación establece una separación tajante, sin que se acepte que la empresa usuaria es empleador a efectos colectivos de los trabajadores que le son cedidos.”*²⁵⁵

En efecto, las empresas argumentan que tienen el deber de recibir el pliego de reclamos y negociar en la medida que mantengan una relación laboral directa con los afiliados de la organización sindical que lo presente, por lo que, si no es el caso, suelen sostener que existe causa legal para rechazarlo basada en la falta de legitimación negocial, la cual vendría determinada por la ley. En atención a lo visto, se confirma que la legislación no se adecúa a la nueva realidad organizativa pues, basándose en la inexistencia de vínculos jurídico formales y dejando de lado aquellos de índole fáctica, impide que se emplace directamente en la negociación a empresas que cumplen roles determinantes en la solución del conflicto. Esta situación definitivamente imposibilita que la negociación colectiva se desenvuelva como un mecanismo eficaz de composición del conflicto inherente a las relaciones laborales.

De otro lado, tenemos que la reducción de la eficacia de la acción sindical, en los términos descritos en el presente capítulo, se ha intensificado por la persistencia legalmente impuesta de una estructura negocial de empresa que en el contexto de la descentralización productiva constituye la forma más restrictiva en cuanto a la cobertura del derecho, en tanto impide a los trabajadores de la contratista negociar de manera conjunta y simultánea con todas

²⁵⁵ CRUZ VILLALÓN, Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Óp.cit., p. 161.

aquellas entidades involucradas en la ejecución del proceso productivo. Ello pese a que, conforme se ha pasado revista, es la principal la que realmente está en posición de decidir autónomamente en la negociación colectiva; no perdamos de vista que las empresas contratistas, si bien gozan de independencia jurídica, generalmente son *“económica y funcionalmente dominadas por la principal, cuya posición preponderante las sitúa en la posibilidad de condicionar “desde el exterior” el ejercicio de sus poderes, incluidos los relacionados con el gobierno de la fuerza de trabajo.”*²⁵⁶

Respecto a la negociación sectorial, además de recordar que se necesitará acuerdo de partes para su consolidación y el cumplimiento de varios requisitos para que las cláusulas normativas del convenio al que se arrije posean eficacia personal general, debemos explicitar que nuestra normativa avala que se tome como referencia para la determinación de la rama a las empresas prestadoras de servicios de tercerización, y no necesariamente a las principales, con lo cual estas últimas podrían ser dejadas fuera del ámbito de la unidad de negociación. Ello perjudicaría, tal como hemos anotado, la calidad de los convenios colectivos, pues *“dada la reducida base organizativa y de representación de la que se parte, así como las limitaciones de la posición de las empresas negociadoras, vista su dependencia respecto de las que les proveen de encargos”*²⁵⁷, será complicado que posean un contenido sustancioso. Aun cuando se tome como referencia para fijar el sector a las empresas usuarias, tenemos la valla que comentábamos al inicio: la empresa usuaria quedará comprendida en la negociación en tanto los representados por la organización sean trabajadores directos del ámbito.

En caso no se obtenga la aceptación de la contraparte para negociar a nivel supraempresarial es perfectamente posible que el sindicato de rama negocie a nivel de empresa. Sobre el tema, la Dirección General del Trabajo ha emitido las Resoluciones Directorales Generales N° 024 -2011-MTPE/2/14 de fecha 9 de diciembre de 2011 y N° 007-2012-MTPE/2/14 de fecha 13 de julio de 2012 – este última en calidad de precedente vinculante- en las que reconoce que los sindicatos de rama de actividad pueden representar a sus afiliados en negociaciones de ámbitos inferiores, tales como el de empresa, siendo la única exigencia que la organización sindical superior cuente con representatividad suficiente

²⁵⁶ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo”. Óp.cit., p. 148.

²⁵⁷ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?” Óp.cit., p. 226.

dentro del ámbito en el que se busca negociar, esto es, que *“cuente con un cierto número de afiliados en la empresa sin necesidad de que estos conformen una mayoría”*. Si bien es apreciable el reconocimiento expreso de esta facultad por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, el mismo no representa mayor novedad respecto a las reglas de determinación del nivel negocial ni las de legitimación negocial, por lo que la usuaria podrá seguir eximiéndose de tratar aquellos aspectos que involucren al personal desplazado en tanto no mantiene con el mismo contrato de trabajo alguno.

Sin embargo, el precedente vinculante recogido en la Resolución Directoral General N° 021-2011-MTPE/2/14 de fecha 4 de noviembre de 2011 sí parece establecer un cambio en las reglas que hasta hoy rigen nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo, al afirmar criterios para establecer el ámbito de negociación entre un sindicato de la rama de actividad de telecomunicaciones y distintas empresas contratistas. Tras determinar que la pertenencia de las empresas contratistas al sector de actividad de la principal queda resuelta por el principio de primacía de la realidad, la Resolución señala que (...) *la descentralización productiva no mella la capacidad de las organizaciones sindicales para negociar colectivamente en los ámbitos correspondientes.* En tal sentido, *“mientras existe pleno reconocimiento de la libertad empresarial de escindir partes del proceso productivo, debe existir igualmente un amplio reconocimiento del derecho de libertad sindical para ejercer los derechos colectivos (uno de ellos: la negociación colectiva) en esas nuevas realidades productivas”, siendo que “la LRCT en este punto ha quedado claramente desfasada, no previendo un supuesto de regulación absolutamente actual, cual es la negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva.”* Es tomando en consideración lo expuesto que concluye – si bien para el caso concreto - que las empresas contratistas emplazadas *“deben tener en cuenta lo señalado en la jurisprudencia constitucional sobre la aplicación de mecanismos de autocomposición para la determinación del ámbito de las negociaciones colectivas”*, aludiendo expresamente a la sentencia recaída en el caso de estibadores portuarios, Expediente N° 03561-2009-PA/TC. Tomando en cuenta que la referencia a la institución del arbitraje potestativo para la determinación del nivel se hace con carácter particular, que adoptarla implicaría contravenir el artículo 45° de la LRCT, y que, además, esta decisión viene siendo cuestionada a través de una acción contencioso administrativa ante el Poder Judicial, estimamos que no podría ser considerada una solución definitiva a los problemas aquí retratados.

3.3. CANALES PREVISTOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

Conforme afirma Cruz Villalón, los ámbitos en los que se emplazan los conflictos colectivos “se encuentran estrechamente vinculados a los dos elementos institucionales del sistema de relaciones laborales antes descritas: representación de los trabajadores y estructura de la negociación colectiva.”²⁵⁸ Ello quiere decir que si en nuestro medio prima la sindicación y la negociación empresarial, será también a tal nivel en el que se desarrollará la huelga; comprendiéndose, entonces, que si es que usualmente no abarcan a toda una red de contratistas o a un íntegro ciclo de producción es porque no existen muchos sindicatos ni convenios colectivos con ese alcance.

Una prueba del fuerte nexo existente es que a nivel legislativo se enfatiza su ejercicio respecto de dos supuestos íntimamente vinculados con la negociación colectiva y su producto – fracaso de la negociación directa entre las partes e incumplimiento de sentencia con calidad de cosa juzgada por la inobservancia de disposiciones legales o convencionales - sin que ello implique, tal como vimos precedentemente, que su ejercicio deba limitarse a estos casos.

En todo caso, sea cual fuere el nivel de convocatoria, debemos manifestar que, conforme sucede con la negociación colectiva, la única obligada a soportar la medida de presión del personal tercerizado será la contratista, al ser esta quien mantiene relación laboral con los huelguistas. Así, “la opción político organizativa de la LRCT deja sin derecho de huelga a los trabajadores de la empresa de servicios con respecto a la dirección de la empresa principal”²⁵⁹, sin atender a que fácticamente existe una estrecha vinculación, en los términos ya revisados, con la otra entidad involucrada (empresa usuaria).

Ahora bien, pese a que no se prevé que los trabajadores puedan ejercer este derecho contra la principal, los efectos de la paralización de labores repercutirán indefectiblemente en ella, pudiendo ocurrir que supla la prestación ausente con los servicios de otros trabajadores – pues recordemos que las normas que proscriben el reemplazo de huelguistas se restringen a las relaciones laborales directas - o resuelva el vínculo civil con la contratista por incumplimiento contractual, derivando ello, a su vez, en la pérdida del empleo de los

²⁵⁸ CRUZ VILLALÓN, Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Óp.cit., p. 242.

²⁵⁹ ARCE ORTÍZ, Elmer. *La subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Óp.cit., p.111.

trabajadores inmersos en la huelga. Esta situación, que limita la eficacia de los derechos colectivos, es plausible de presentarse porque jurídicamente la empresa beneficiaria de la tercerización no tiene que sobrellevar los efectos de una medida de presión convocada por una organización sindical que no afilia ni negocia por sus trabajadores. Así, si bien todos los asalariados son constitucionalmente titulares del derecho de huelga, en la práctica se priva de su ejercicio a quienes tendrían más necesidad del mismo - a aquellos que laboran en la contratista usualmente bajo condiciones precarias y de inestabilidad laboral - evidenciándose que existe un problema con la noción de la misma acogida por nuestra legislación, que se corresponde perfectamente con el modelo fordista pero no con el nuevo paradigma productivo.

Lo que queremos decir es que el modelo legislativo deviene en obsoleto al no tomar en cuenta factores tales como la presencia de una tercera empresa fuertemente vinculada al conflicto y las condiciones precarias que involucra la tercerización, las cuales hacen que los trabajadores no estén en posición de afrontar una huelga tradicional en la que perderán los salarios inclusive si fuera declarada legal. Con la finalidad de asegurar su efectividad sería necesario que quien tiene el poder de decisión definitivo en el ciclo productivo soporte la paralización, sin que pueda resolver contratos ni reemplazar trabajadores, pues recordemos que un límite a la libertad de empresa lo constituyen los derechos humanos colectivos. Además, convendría también dejar atrás el modelo estático legalmente acogido, pues mientras se siga utilizando una noción restrictiva, que no contempla una serie de modalidades calificadas por la norma como irregulares, la huelga no podrá servir como medida de presión equilibradora del sistema de relaciones laborales en este escenario. Este es un problema de suma trascendencia, en tanto, como bien afirma Baylos, la decisión de la organización sindical para convocar una huelga, y la de los trabajadores para sumarse, está condicionada en gran medida al marco regulador de la misma - si acoge modalidades irregulares, en qué supuestos se declara ilegal, etc.-, dado que con esa información se podrá medir la eficacia y el costo que supondrá la paralización. En otros términos, de ello dependerá *“la posibilidad del ejercicio del derecho fundamental de huelga tanto en su vertiente colectiva como en la individual.”*²⁶⁰

²⁶⁰ BAYLOS GRAU, Antonio. “Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social”. Óp.cit., pp. 72-73.

3.4. CANALES PREVISTOS EN LAS NORMAS QUE REGULAN LOS SERVICIOS DE TERCERIZACIÓN

Encontramos también en la Ley N° 29245 disposiciones específicas destinadas a asegurar el adecuado funcionamiento de las relaciones colectivas de trabajo en contextos de externalización productiva, por lo que cabe evaluar su idoneidad para hacer frente a los problemas aquí puestos en evidencia.

Conforme se pasó revista en el primer capítulo, el artículo 7 inciso 3 de la Ley establece que *“la tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad (...) 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 sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical”*, pudiéndose en tales casos interponer denuncias administrativas y judiciales con la finalidad de obtener *“la verificación de la naturaleza de los contratos sujetos a modalidad”* o *“impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio de la libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación”*.

Si bien parece existir la voluntad política de que la tercerización no afecte derechos colectivos, ninguna de las disposiciones citadas se muestra capaz de garantizarlos, toda vez que se trata de declaraciones – si bien loables - que no prevén mecanismo alguno para ser concretizadas, y que en realidad ya existían en nuestro ordenamiento antes de la emisión de esta Ley, no aportando, por tanto, nada nuevo a la efectividad de la autonomía colectiva.

De este modo, parece ser que tampoco esta regulación establece paliativos efectivos contra los efectos aquí desarrollados, ninguno de los artículos reseñados establece mecanismos específicos de prevención o reparación en favor de los derechos de naturaleza colectiva de los trabajadores involucrados en este contexto productivo, por lo que nada impediría que se utilice la tercerización en clave degradatoria.

4. IMPACTO DE LA REDUCCIÓN DE EFICACIA DE LA TUTELA COLECTIVA SOBRE EL DISEÑO DEL ESTADO SOCIAL: URGENTE REFORMULACIÓN DEL ROL PÚBLICO PARA RECUPERAR LOS EQUILIBRIOS SOCIALES BÁSICOS

El impacto que produce la tercerización sobre los derechos colectivos dada la falta de canales eficaces para su ejercicio acentúa, ineludiblemente, la individualización de las relaciones laborales, la cual *“tiene la peculiaridad de construirse sobre la base de la libertad del individuo y de la desigualdad de intereses entre los propios trabajadores”*²⁶¹. Es decir, ante la imposibilidad de emprender la acción sindical de manera efectiva, dadas las dificultades cuantitativas y cualitativas desarrolladas a lo largo de este capítulo, el personal se verá en la necesidad de regular sus condiciones de trabajo y empleo de manera particular y directa con su empleador - quien tras la reforma vio repotenciado su poder de dirección-, generando que el espacio que antes estaba cubierto por los tradicionales mecanismos de composición del conflicto industrial, la ley y el convenio colectivo, hoy lo esté por el contrato individual de trabajo.

Ahora bien, como sabemos en una relación laboral el desequilibrio de las partes es tan fuerte que solo aquellos asalariados que posean una posición estratégica y equivalente a quien los contrata – como sería el caso del personal de dirección - estarán en real aptitud de decidir conjuntamente con éste las circunstancias en las que se prestará el servicio; los demás, al ubicarse en una situación de desventaja, quedarán sujetos a lo que unilateralmente decida su empleador, quien generalmente priorizará la maximización de sus ganancias a costa de la restricción de derechos laborales.

Es así que esta situación que socava la existencia de la solidaridad, y *“la unidad y el sentimiento de clase que históricamente ha caracterizado al colectivo salariado”*²⁶², promueve al fiel estilo de la reforma de los noventa la flexibilización de las relaciones de trabajo, en la medida que *“el debilitamiento de la representación colectiva suele ser también el vehículo para la precarización de las relaciones laborales”*²⁶³, llegando incluso a materializarse una figura perniciosa: la ausencia de un movimiento sindical consolidado

²⁶¹ BLASCO PELLICER, Ángel. *La individualización de las relaciones laborales*. Consejo Económico Social, Madrid, 1995, p. 212.

²⁶² TRIBUZIO, José. “Contratación externa de la actividad empresarial”. Óp.cit., p. 339.

²⁶³ ERMIDA, Óscar y ORSATTI, Álvaro. “Outsourcing/ tercerización: un recorrido entre definiciones y aplicaciones”. En: BUENO, Luis y DEAN, Matteo (Coordinadores). *Outsourcing (tercerización): Respuestas desde los trabajadores*. Centro de investigación laboral y asesoría sindical, México D.F., 2009, p. 14.

deriva en la degradación de las condiciones laborales, contexto precisamente en el cual los derechos colectivos no podrán ejercerse eficientemente.

Parece ser, pues, que el Estado ha olvidado que estamos adscritos a un modelo pluralista de relaciones laborales - donde se reconoce al conflicto industrial como legítimo y a la negociación colectiva como la idónea para componerlo – ya que, lejos de cumplir con la obligación constitucional de garantía y fomento de los derechos colectivos desarrollada en el primer capítulo, ha hecho precisamente lo contrario: i) regularlos en demasía, encuadrarlos exclusivamente a las relaciones laborales típicas y reconducirlos al nivel de empresa, que en el marco de la tercerización es el peor escenario posible; y, con ello, ii) incentivar el fortalecimiento del sector empresarial a costa de la limitación de los derechos de esta naturaleza.

Lo más grave es que el impacto no atañe exclusivamente a las relaciones laborales; tomando en cuenta que la libertad sindical ha trascendido dicho campo para convertirse en un componente esencial del modelo estatal imperante, la notable reducción de su eficacia también es responsable de 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.”*²⁶⁴

En efecto, esta situación que pone en jaque la tutela colectiva impide que la misma desempeñe un papel capaz de nivelar el desequilibrio económico- social connatural a las relaciones laborales, y consecuentemente, se configure como un medio idóneo de influencia en los procesos de creación y redistribución de la riqueza y de asignación y ejercicio del poder, perjudicándose así los propios mecanismos de funcionamiento del sistema capitalista. A la misma conclusión se arriba al analizar su incidencia sobre las relaciones individuales de trabajo, pues, conforme señala el profesor Wilfredo Sanguinetti, los grandes cambios que traen consigo fenómenos como la tercerización *“suponen una alteración del intercambio de subordinación por estabilidad en el empleo y mejora progresiva de las condiciones de trabajo que inspiraría la construcción del Derecho del Trabajo a lo largo de casi todo el siglo XXI. Y,*

²⁶⁴ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*. Óp.cit., p. 79.

*por tanto, la ruptura del contrato social implícito en el que han venido basando su estabilidad las sociedades capitalistas a lo largo de dicho periodo.*²⁶⁵ En definitiva, que el ordenamiento laboral no cumpla con su función compensadora de manera directa, y que no promueva que sean los sujetos colectivos quienes hagan lo propio, genera que la balanza se incline en favor de los empresarios, afectándose el equilibrio estructural distintivo del modelo estatal acogido

De allí que urja la implementación de mecanismos que refuercen la autonomía colectiva, que permitan que esta pueda desempeñarse también en el marco de la tercerización como un eje de ponderación y redistribución de los beneficios económicos, pues esta situación no implica en lo absoluto que esté condenada a desaparecer.



²⁶⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "Globalización, derechos fundamentales del trabajo y ciudadanía social". Óp. cit., p.23.

TERCER CAPÍTULO

MEDIDAS PARA RESTAURAR LOS EQUILIBRIOS CONSTITUCIONALES PERDIDOS

1. BUSCANDO UNA TUTELA COLECTIVA EFICAZ EN EL MARCO DE LA TERCERIZACIÓN

1.1. IMPERATIVO ESTATAL DE RESTAURAR LOS EQUILIBRIOS BÁSICOS DEL ESTADO SOCIAL

Conforme hemos visto en el capítulo precedente, la tercerización productiva repercute negativamente en la eficacia de los derechos laborales no solo de naturaleza individual sino también colectiva de los trabajadores involucrados – y con ello sobre las bases del sistema de equilibrios entre capital y trabajo en el que se sustenta el Estado Social. Está de más enfatizar que el impacto es aún mayor en países que como el nuestro admiten que esta se desarrolle respecto de actividades principales, siendo realmente preocupante que hasta el momento no se haya configurado una respuesta estatal consecuente con la obligación de garantía y promoción establecida en el artículo 28 de nuestra Carta Fundamental.

Las normas que regulan la implementación y desarrollo de la tercerización empresarial se basan en la determinación de elementos que den cuenta si la empresa tiene o no autonomía empresarial suficiente, frente a lo cual se ciñen principalmente a establecer sistemas de prevención y remedio referidos a la utilización fraudulenta de la misma y a la que supone una elusión de responsabilidades (casos de insuficiencia patrimonial), sin reparar que aquel uso regular y fisiológico lesiona los mismos derechos laborales fundamentales. Las pocas disposiciones que se destinan a garantizar los derechos de los trabajadores involucrados en este contexto no pasan de ser declaraciones de intenciones que incluso reiteran lo establecido por otras normas; por ejemplo, la protección genérica contra actos antisindicales prevista en la Ley N° 29245 en realidad se deriva de la LRCT y de la propia Constitución, siendo que sin medidas específicas que la concreten en el marco de la externalización de fases productivas, queda como un mero saludo a la bandera.

Tampoco encontramos una respuesta de las normas dedicadas a regular las relaciones colectivas de trabajo, donde el Estado, en consonancia con la concepción clásica, ha circundado su ejercicio exclusivamente a las relaciones laborales típicas e impuesto una estructura sindical y negocial de empresa, lo cual deja prácticamente sin base a las organizaciones sindicales de las empresas encargadas de prestar servicios de tercerización. Como hemos tenido oportunidad de evidenciar, esta circunscripción, que funciona perfectamente bajo un modelo fordista, se muestra obsoleta de cara a la tercerización en la medida que impide el efectivo ejercicio de los derechos colectivos, con lo cual la situación de desequilibrio entre estos y las facultades empresariales que se intensificó con la reforma de los noventa se muestra aún más agresiva.

Frente a este escenario, en el que las normas existentes no se muestran capaces de paliar las consecuencias fácticas de esta modalidad de subcontratación, será complicado que sean las propias organizaciones sindicales quienes autónomamente brinden respuestas - la debilidad sindical imperante y el incipiente modelo de relaciones colectivas representan vallas de difícil superación -, tornándose así necesaria la intervención estatal para efectivizar los derechos colectivos en contextos donde se rompen los presupuestos clásicos para su ejercicio; solo a través de ella se podrán modificar las reglas de legitimación y nivel negocial que vienen determinadas por ley. De este modo, deviene urgente que el Estado deje la conducta abstencionista que lo viene caracterizando y asuma el rol de promotor de las

relaciones colectivas de trabajo que deriva de la propia configuración del modelo constitucional acogido. Es hora que se implementen medidas acordes con el principio protector - que viene respaldado por el artículo 23 de la Constitución que señala que *“ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”* y por la Recomendación 198 de la OIT sobre la relación de trabajo, que prevé que los acuerdos contractuales no deben tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho - que permitan restaurar la ponderación entre la flexibilidad empresarial y la tutela de los derechos colectivos de los trabajadores propia del Estado social y así procurar mayores cuotas de equidad.

Ahora bien, es preciso reconocer que las empresas que deciden descentralizar su proceso productivo por motivos económicos y tecnológicos con la finalidad de conseguir una mayor eficiencia en el mercado lo hacen en ejercicio de su derecho a la libertad de empresa, no siendo por ello una alternativa válida prohibir per se la implementación de esta figura. Sin embargo, como hemos visto, es perfectamente posible la imposición de cargas o límites con la finalidad de proteger otros bienes jurídicos constitucionales de igual valor, como efectivamente lo son los derechos laborales, tratándose, en definitiva, del *“antagonismo clásico que enfrenta la libertad de empresa (o industria) con la protección del trabajo humano (...) cuyas pautas de resolución han sido ya establecidas definitivamente.”*²⁶⁶

No se trata, en lo absoluto, de entorpecer la libertad de empresa y la dinamización de la economía, sino de que esta se ejerza en armonía con la libertad sindical, pues el modelo de producción imperante no puede sustentarse en la desaparición de los instrumentos de equilibrio social, colocando en un segundo plano la redistribución de la riqueza. Solo dejando atrás aquella concepción desfasada en la que se sacrifican derechos fundamentales laborales en aras de la expansión del mercado y mejora de la competitividad empresarial podremos aspirar a un verdadero desarrollo y crecimiento económico sostenible.

²⁶⁶ TRIBUZIO, José. “Contratación externa de la actividad empresarial”. Óp.cit., pp. 356 – 357.

1.2. LA EMPRESA PRINCIPAL COMO NECESARIA PROTAGONISTA

Tras evidenciar que existen serios problemas de efectividad de los derechos colectivos en el marco de la tercerización y que se requieren respuestas, cabe preguntarse si es que estas deben articularse en torno a la empresa principal. Sobre el particular, consideramos que existen contundentes fundamentos que justifican la existencia de canales de reivindicación directos y el consecuente involucramiento de esta empresa en el ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores destacados en sus instalaciones.

Como vimos en el segundo capítulo, las referidas razones - que son precisamente las que dificultan la identificación de la contraparte comercial – giran en torno a los roles que cumple la empresa usuaria durante la implementación de esta modalidad de organización del ciclo de producción. En la medida que ambas empresas involucradas contribuyen conjuntamente al logro de un mismo proyecto empresarial se configura una “*unidad en el objetivo económico y social*”²⁶⁷ que posibilita que la principal asuma los siguientes papeles: i) Es la beneficiaria final de la prestación personal de servicios desplegada por los asalariados de la empresa contratista; ii) Es la que mantiene el control global del proceso de producción, lo que le permite ostentar el poder de decisión final sobre las circunstancias bajo las cuales se desarrollará el mismo; y finalmente, iii) Es la que se encuentra en posición de solucionar una serie de conflictos de intereses que se suscitan con los trabajadores destacados, en algunos casos hasta de manera exclusiva. Desarrollaremos a continuación con mayor detalle cada uno de ellos.

El primero de ellos, alude a que la empresa usuaria es en última instancia la **beneficiaria final y directa** de la prestación personal de servicios desplegada por los asalariados de la empresa encargada de la tercerización, toda vez que la misma coadyuvará en la realización del bien o servicio que se ofertará finalmente en el mercado. Así, se trastoca la concepción tradicional del contrato de trabajo, al permitirse que una tercera empresa, que no es parte del referido acto jurídico – y que por tanto, no tiene la calidad de empleadora-, genere excedentes económicos a través del aprovechamiento directo de la fuerza de trabajo de personal ajeno.

²⁶⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Op.cit., p. 347.

Este argumento es de trascendencia tal que, por ejemplo, sirve de sustento al régimen de responsabilidad subsidiaria uruguayo en materia salarial, conforme lo afirman Castello y Mariezcurrena en los siguientes términos:

“(…) en el régimen legal uruguayo de subcontratación, el fundamento de la imposición de una responsabilidad subsidiaria no se basa en la calidad de empleador real o directo del contratista, ya que ésta debe recaer sobre el subcontratista, así como tampoco en la existencia de fraude o simulación laboral (que daría a una responsabilidad solidaria y no subsidiaria), sino en el provecho o beneficio que aquel obtiene del trabajo realizado por los trabajadores del subcontratista.”²⁶⁸

El segundo rol que desempeña la usuaria, referido a la **conservación del control global y poder de decisión final respecto del desarrollo de su propio proceso productivo,** coloca en evidencia que, es esta empresa la que asumirá una posición prevalente en la relación comercial, en tanto *“el empleador inmediato de los trabajadores no se corresponde necesariamente con el verdadero centro de decisión del conjunto de la actividad económica de la empresa, como normalmente sucedía en el pasado.”²⁶⁹*

Efectivamente, si bien estamos frente a dos organizaciones empresariales diferentes, jurídicamente independientes, cada una con sus propios trabajadores y recursos, tenemos un solo ciclo productivo, teniendo la empresa en cuestión la función de coordinar las fases externalizadas y de verificar el cumplimiento de las directrices establecidas a sus colaboradoras, con lo cual se forjará generalmente *“una posición de dominio de hecho o de derecho sobre las auxiliares con el fin de asegurarse la consecución de sus objetivos estratégicos.”²⁷⁰* En estos casos se configura, pues, en palabras del profesor Juan Gorelli, una cesión de la autonomía empresarial, *“una nueva clase de “subordinación”, mucho más sutil y que se establece, no entre empresario y trabajadores, sino entre los empresarios auxiliares y el principal.”²⁷¹* No hablamos aquí de subordinación jurídica, sino de un vínculo de hecho, que se presenta en virtud de que la principal tiene la facultad de organizar, o cuando menos coordinar, las fases desplazadas.

²⁶⁸ CASTELLO, Alejandro y MARIEZCURRENA, Patricia. Óp.cit., p. 606.

²⁶⁹ ROSENBAUM, Jorge y CASTELLO, Alejandro. *Subcontratación e intermediación laboral. Estudio de las Leyes 18.099 y 18.251.* Óp.cit., p. 17.

²⁷⁰ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La “tercerización” de actividades productivas: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del derecho del trabajo?”. Óp.cit., p. 413.

²⁷¹ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva.* Op.cit., p. 29.

Conforme mencionáramos, y tal como indica el profesor Ojeda, “*cuando una empresa, auxiliar o de cualquier modo subordinada a otra, obedece instrucciones de ésta, muy probablemente seguirá también indicaciones en materia de condiciones de trabajo de su propio personal, o quedará constreñida a actuar de una determinada manera en razón a las directrices impuestas por la principal.*”²⁷² Así, tenemos que usualmente las empresas principales especifican a las contratistas las características personales y/o profesionales del personal a ser destacado y hasta los márgenes de los que disponen para regular la organización, prestación y retribución del mismo, acudiendo para ello a exhaustivos pliegos en los que se establecen las condiciones y controles a las que estará sujeto el encargo. En ellos es común establecer pautas que la encargada de la tercerización estará obligada a observar al ejercer sus facultades directivas, llegando en algunos casos a restringírsele las decisiones respecto a la organización de su personal; pues, como afirma María Luisa Molero, el latente poder de influencia puede incidir en la determinación del número de contrataciones, sus modalidades y hasta los planes de reducción de la planilla a aplicar²⁷³. Dicho en otros términos, las condiciones en las que el personal desplazado ejecutará su prestación de servicios es susceptible de ser organizada no sólo por el empresario titular del contrato de trabajo, sino también por la otra empresa para la que están desarrollando parte del proceso productivo.

En estos casos lo que en realidad acontece es que dada la necesidad de control total y la integración física de los trabajadores en un proceso productivo ajeno al de la empresa que los contrata, se produce un reparto de las facultades que integran el poder de dirección²⁷⁴, de manera tal que “*estamos ante decisiones aparentemente autónomas de la contratista que sin embargo son tomadas e implementadas en último término desde la principal.*”²⁷⁵ Así, si bien pareciera que es la contratista quien determina las horas de ingreso y salida, jornadas, la oportunidad del descanso semanal, el uso de las instalaciones, entre otros, lo más probable es que es que lo haga según los requerimientos de su cliente que es la titular del centro de trabajo, evidenciándose que los contratos civiles suelen exceder su ámbito al incidir en las relaciones laborales dada la lógica posición de dominio de una de las empresas

²⁷² OJEDA AVILÉS, Antonio. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Óp.cit., p. 155.

²⁷³ MOLERO MARAÑÓN, M. Luisa. Óp. cit., p. 18.

²⁷⁴ Ídem., p. 17.

²⁷⁵ ARCE ORTÍZ, Elmer. “Imputación de cargas laborales en la subcontratación ¿Persiguiendo un gigante o un molino de viento?” Óp.cit., p.42.

involucradas. Sobre el particular, coincidimos con el profesor Elmer Arce cuando afirma 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.”*²⁷⁶

Incluso, en ocasiones esta situación de jerarquización empresarial va aun más allá, trascendiendo de manera directa a los propios trabajadores desplazados: la principal puede llegar a impartir ciertas órdenes, a supervisar la labor y a hasta ejercer – esto sí de manera indirecta - el poder de fiscalización, en tanto los correctivos y sanciones que la empresa tercerizadora imponga a sus trabajadores dependerán de la percepción de la empresa cliente.

Así, tenemos que *“(…)la clásica alternativa empresario real–empresario ficticio se ve puesta a prueba por la emergencia de un nuevo tipo de empresa jurídicamente distinta de la que actúa como comitente pero a la vez “dependiente” de ésta, en tanto que funcionalmente subordinada a sus designios, cuyo encaje en una u otra opción plantea dudas más que razonables.”*²⁷⁷

El último rol que cumple la empresa usuaria hace referencia a que es esta la que generalmente **puede resolver los conflictos de intereses, al tener la capacidad de mejorar las condiciones de trabajo y empleo del personal desplazado.** Ello sucede en dos planos claramente diferenciables.

De un lado, respecto de aquellos conflictos que se suscitan dada la presencia física del personal de la contratista en sus instalaciones y su consiguiente sujeción a las reglas que rigen en el centro de trabajo, frente a los cuales evidentemente se instaura como la única empresa que puede solucionarlos. Nos referimos a las divergencias que se generan con ocasión del desplazamiento - como aquellos vinculados al horario de entrada y salida, a temas de seguridad y salud en el trabajo, entre otros- donde es exclusivamente la principal la que de manera directa e independiente puede componerlos, pues bien se trata de su infraestructura, encontrándose en posición de modificarla, o bien de la regulación de algunas de sus facultades como organizadora del espacio de trabajo, donde llega a definir algunas

²⁷⁶ Ibídem.

²⁷⁷ TRIBUZIO, José. “Contratación externa de la actividad empresarial”. Óp.cit., p. 335.

aristas de la prestación laboral referidas sobre todo al sistema de control de tiempo. Así, si los trabajadores destacados quieren negociar que el lugar de descanso sea más adecuado o quizá la extensión del lapso de tolerancia, la decisión estará en manos de la beneficiaria del contrato de tercerización.

De otro, respecto de aquellos conflictos que se vinculan básicamente a la duración de los contratos y a la determinación de las condiciones de trabajo y empleo que suponen un desembolso remunerativo, que si bien no puede resolver de manera directa – pues no existe vínculo jurídico que lo amerite –, puede hacerlo de manera mediata dado el grado de influencia que suponen estos lazos de colaboración empresarial. Conforme acabamos de ver, la tercerización usualmente supone un cierto control de una de las empresas involucradas respecto de la otra, con lo cual la referida independencia jurídica y económica no trasciende al campo funcional. Así, la principal, al ser quien en definitiva decidirá, además de los términos de implementación, lo máximo que está dispuesta a invertir en estos servicios, podría condicionar el poder de decisión de la contratista respecto a la realización de mejoras económicas a favor de su propio personal, en la medida que la retribución pactada en el contrato civil se erigirá como una barrera. Con ello no afirmamos que exista una dependencia económica entre las empresas sino que, a efectos de no acortar su margen de ganancias, en la práctica las contratistas cuando menos coordinarán con las usuarias al respecto. Esta situación conllevará a que frecuentemente no estemos frente a un empleador con verdadero poder negocial, toda vez que quién tiene la real posibilidad de hacer concesiones en determinada negociación colectiva y de tomar decisiones definitivas respecto a la mejora de condiciones laborales es en última instancia aquella que detenta el poder económico: la empresa titular del ciclo productivo. Cabe, sin embargo, aclarar que de hecho existen casos en los que la tercerizadora está en posibilidad de compensar los ingresos recibidos por sus múltiples clientes pudiendo mejorar las condiciones de trabajo manera autónoma.

De esta manera, tenemos que hay materias que pueden ser resueltas de manera directa por la empresa principal, y otras en las que, en principio, la llamada a solucionarlos es la contratista, pero dada la dependencia empresarial en los términos anotados, resulta lógico que involucrar también a la principal en la negociación colectiva devenga imprescindible para

los trabajadores destacados. Está de más precisar que existen, a su vez, conflictos que solo pueden ser compuestos por la empresa encargada de prestar los servicios de tercerización.

Estas son pues las razones que, a nuestro juicio, justifican el involucramiento de la empresa principal en el ejercicio de la libertad sindical. A ello debemos agregar que estamos frente a un derecho fundamental que está en los cimientos del modelo constitucional acogido, por lo que el solo hecho de que esté en riesgo su efectivo ejercicio debería de por sí justificar la intervención de la empresa beneficiaria. Ello en consonancia a que se suele indicar que el fundamento de la responsabilidad solidaria en materia salarial no tiene que ver con ninguno de los señalados, respondiendo más bien a la mera protección del crédito laboral; bajo esa lógica, ¿acaso la “simple” protección de derechos colectivos no justificaría que se articulen respuestas que involucren a la principal? Si existen mecanismos en materia salarial y de seguridad y salud en el trabajo que responsabilizan a ambas empresas, ¿por qué no idear medidas que las involucren también a las dos en el ejercicio de derechos colectivos? ¿Es que acaso se trata de derechos de menor jerarquía que los señalados?

Antes de cerrar este punto cabe precisar que consideramos que la principal cumplirá los tres roles desarrollados en la gran mayoría de supuestos de subcontratación de la producción de bienes o servicios, aun cuando la contratista supere sus dimensiones y capital, dado que tanto en el modelo dependiente cuanto en el de redes empresariales habrá una empresa titular del ciclo productivo en cuyo seno se insertará la actividad tercerizada. En atención a lo señalado, queremos dejar claro que la especie de dependencia a la que aquí nos referimos no se vincula con el tamaño o la autonomía jurídico económica de alguna de las empresas, sino con el hecho de que una de ellas será la que controle finalmente los designios del ciclo de producción precisamente por ser suyo, presentándose así cierto nivel de asimetría.

2. MEDIDAS ESTATALES PARA NEUTRALIZAR EL IMPACTO NEGATIVO DE LA TERCERIZACIÓN EN LOS DERECHOS COLECTIVOS

Ha quedado claro que para el efectivo ejercicio de los derechos colectivos en el marco de la tercerización se requiere la instauración de canales de acceso frente a la empresa principal. Es hora, pues, que el Derecho del trabajo deje de basarse exclusivamente en el sistema fordista bajo el cual se desarrolló y atienda que estamos frente a un nuevo escenario

productivo, en el que los principios de personalidad jurídica y contractualismo bilateral deben ser modulados, o incluso dejados de lado²⁷⁸, dada la desaparición de la coincidencia entre empleador y empresa. Tal como venimos señalando, los cambios en los modelos organizativos de la producción vienen dando lugar a *“una clara disociación entre, de un lado, la configuración jurídica del polo patronal (que aparece escindido en una multitud de sujetos dotados cada uno de personalidad jurídica independiente) y, del otro, su articulación económica (que se mantiene unificada, pese a todo, en torno a un proyecto empresarial que sigue siendo unitario)”*²⁷⁹, siendo que frente a esta situación las normas basadas en los referidos principios continúan tratando a las empresas como si no tuvieran relación alguna: cada empresa jurídicamente independiente responde exclusivamente por los trabajadores con los que firmó un contrato de trabajo, sin que se le pueda exigir la asunción del rol de contraparte para el ejercicio de derechos colectivos ni que se le tome como referencia para el establecimiento de condiciones de trabajo del personal que no le es propio.

En atención a que es el Estado el llamado a cumplir la obligación constitucional de garantía y fomento y así, cuando menos, modificar aquellas normas inadecuadas que intensifican muchos de los efectos de la subcontratación sobre las relaciones colectivas de trabajo, plantearemos, en primer lugar, aquellas medidas que pueden implementarse desde el mismo, sin que ello signifique restarle importancia a las sindicales. Si bien mientras la intervención estatal no se concrete, las organizaciones de trabajadores no podrán lograr por sí mismas cambios estructurales significativos, urge la aplicación complementaria de estas últimas, sobre todo respecto de aquellas aristas que por su naturaleza - como la referida a la comunidad de interés, por ejemplo- deben solucionarse principalmente desde la autonomía colectiva.

Tomando en cuenta lo dicho, creemos que en aquellos casos de vinculación comercial permanente y continua – la cual se podría determinar en base a criterios objetivos como la duración del contrato civil, el porcentaje de trabajadores destacados, entre otros – donde la principal cumpla con los tres roles anteriormente desarrollados, las respuestas estatales podrán articularse en torno a los siguientes dos planteamientos compatibles entre sí.²⁸⁰) La

²⁷⁸ ARCE ORTÍZ, Elmer. “El sindicalismo peruano en los tiempos de la tercerización”. Óp.cit., pp. 66-67.

²⁷⁹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo”. Óp.cit., pp. 144-145.

recomposición de la noción de empleador; y ii) la reconstrucción sistemática de las instituciones básicas del Derecho del Trabajo.

Ambos tienen por finalidad evitar que la fragmentación del proyecto empresarial repercuta en los derechos laborales, a través de la reconstrucción, en mayor o menor medida, de la relación de correspondencia entre las nociones de empleador y empresa. Mientras el primero incide en la propia configuración de la relación laboral dejando atrás los principios de personalidad jurídica y contractualismo bilateral; el segundo solo los modula; al plantear que se tome a la principal como referencia impide que el ejercicio de los derechos laborales se vea burlado por la aplicación estricta de los mismos. De esta manera, los referidos principios dejarían de ser de aplicación absoluta para la delimitación del ámbito de aplicación de las instituciones laborales y, en casos extremos, hasta para la determinación de la calidad de empleador.

La viabilidad de su ejecución, así como los términos de su implementación, debería ser consultada con los actores sociales más representativos a efectos de dotar a los cambios pertinentes de legitimidad y de efectivizar el principio democrático en las relaciones laborales, evitando así incurrir en los errores de la reforma de los noventa. Si bien el desarrollo de los referidos diseños de protección supone principalmente la adopción de modificaciones legales, varias de sus aristas podrían también adoptarse mediante negociación colectiva - la cual requerirá la presencia de organizaciones sindicales con considerable poder negocial - y/o a través de la interpretación judicial de las normas existentes, la cual no debe perder de vista la aplicación de los principios de primacía de la realidad, pro operario, protector, y sobre todo que los derechos laborales de naturaleza colectiva se erigen como presupuesto tanto para el ejercicio de otros derechos fundamentales cuanto para la configuración de la cláusula de Estado Social.

A propósito de esto último cabe señalar que la aplicación de estas propuestas no solo contribuirá a la restauración de los equilibrios constitucionales perdidos, sino también a la eficiencia económica, al propiciar la utilización de la subcontratación en aquellos donde realmente sea necesario, desincentivándose como medio de ahorro de costos laborales²⁸¹.

²⁸¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo". Óp.cit., pp. 169-170.

2.1 LA RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE EMPLEADOR

Tal como afirman Rosenbaum y Castello, “frente a la flexibilidad en la organización del capital, algunas corrientes doctrinarias y ciertas legislaciones comienzan a reclamar una flexibilidad en la configuración del responsable laboral”²⁸². En dicho sentido, este primer planteamiento supone dejar a un lado los principios de personalidad jurídica y contractualismo bilateral con la finalidad de incorporar en la noción de empleador a todos aquellos que materialmente organizan y se benefician de la prestación de servicios del trabajador, tras lo cual, evidentemente quedaría comprendida la empresa usuaria, que es la destinataria final y directa de la misma. Es decir, esta alternativa, recogida por la jurisprudencia uruguaya en los términos del “empleador complejo”, “pretende abrigar a las formas de relacionamiento empresarial en que existe una pluralidad de empresas que organizan, dirigen y se benefician simultáneamente de los servicios de un trabajador”²⁸³, siendo de aplicación tanto en los modelos de tercerización dependiente cuanto en los de redes.

Se construiría así un nuevo centro de imputación, cuya determinación no dependerá de lo que formalmente se desprende de lo dispuesto en los contratos y boletas de pago, sino de datos fácticos, como quiénes realmente organizan el proceso productivo y aprovechan la concreta prestación personal de servicios, siendo entonces la empresa principal empleadora de los trabajadores destacados conjuntamente con la empresa encargada de prestar los servicios de tercerización.

La aplicación de esta medida logra en cierto punto recomponer la empresa fragmentada, “más allá de las separaciones formales de la personalidad jurídica”²⁸⁴, toda vez que se considerará que la entidad que finalmente controla la totalidad del ciclo productivo, apropiándose de los excedentes del mismo, es empleadora de todos los trabajadores que directa o indirectamente prestan servicios a su favor. Con ello, pues, se hacen nuevamente correspondientes las nociones de empleador y empresa, se adecua la primera a la titularidad de la organización productiva en la que la prestación del trabajador se inserta.

²⁸² ROSENBAUM, Jorge y CASTELLO, Alejandro. *Subcontratación e intermediación laboral. Estudio de las Leyes 18.099 y 18.251*. Óp.cit., p.56.

²⁸³ CASTELLO, Alejandro y MARIEZCURRENA, Patricia. Óp.cit., p. 607.

²⁸⁴ OJEDA AVILÉS, Antonio. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Óp.cit., p. 160.

Esta construcción amplia presenta básicamente las siguientes ventajas:

- Impone la responsabilidad solidaria, ya que al ostentar ambas empresas la calidad de empleadoras las dos serán también responsables por el pago de los beneficios laborales de los trabajadores subcontratados, pudiendo estos exigirlo a cualquiera de ellas o a las dos conjuntamente²⁸⁵.
- Las organizaciones sindicales de la contratista tendrían la legitimidad necesaria para presentar su pliego de reclamos a las dos empresas involucradas, por cuanto ambas se erigen como su empleador, no pudiéndose ya oponer la distinta personalidad jurídica para evitar que la negociación colectiva abarque a la principal, ni para eludir la aplicación de convenios colectivos.

De este modo, en tanto se restaura la unidad del proyecto empresarial lograrían superarse los problemas referidos a la densidad sindical, a la comunidad de intereses y a la identificación de la contraparte frente a la cual deben ejercerse los derechos colectivos. Además, considerar que estamos frente a un único ámbito de organización y negociación que sería supraempresarial, en el que incluso cabría la articulación de otros niveles de negociación simultáneos dependiendo de la materia, permitiría tomar en cuenta todos los intereses en juego, de la contratista, principal, y los trabajadores, no dejándose de lado la experiencia profesional de la primera²⁸⁶.

- Asegura el principio de igualdad de trato entre el personal de la principal y la contratista, en tanto todos serían considerados trabajadores que prestan servicios a favor de una misma empresa, impidiéndose así que existan grandes brechas salariales o de condiciones de trabajo y empleo entre ellos.
- Neutraliza los efectos negativos en la estabilidad laboral de entrada y salida, toda vez que la principal no podría desentenderse de la duración y finalización de los vínculos laborales en tanto se mantenga la fuente que les dio origen.

²⁸⁵ ERMIDA, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. Óp.cit., p. 92.

²⁸⁶ ARCE ORTIZ, Elmer. "El sindicalismo peruano en tiempos de la tercerización: necesidad urgente de una reforma legal". En: HERRERA, Julio (compilador). *Hacia un nuevo sindicalismo en el siglo XXI*. Congreso de la República del Perú, Lima, 2010, p. 88.

Respecto del alcance de esta propuesta, el profesor Wilfredo Sanguinetti señala que debe ser una construcción de carácter excepcional que debe operar únicamente en aquellos casos en los que la colaboración empresarial implique una pérdida de autonomía de la auxiliar, donde sea la principal la que “*condiciona de forma relevante el ejercicio de los poderes de dirección y control sobre la fuerza de trabajo.*”²⁸⁷

En similar, sentido, M. Luisa Molero sostiene lo siguiente:

*“(...) dicho reconocimiento no se debería producir en cualquier proceso de subcontratación, sino solo en los que se desarrollan de forma estable en el medio organizativo de la empresa principal, siempre claro está que dicho sujeto empresarial asumiera una posición de dominio y no de igualdad frente a las empresas auxiliares que alcanzará a la gestión de su personal.”*²⁸⁸

Ello quiere decir que su aplicación debe ser reservada a los casos más intensos, por lo que en los que estas particularidades no se presenten, la identificación del sujeto responsable debería continuar sujetándose a los principios de personalidad jurídica y contractualismo bilateral, pese a que los efectos perniciosos puedan ser los mismos.

2.2. LA RECONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Esta segunda propuesta, que necesariamente debe configurarse como una política estatal de mediano o largo plazo, parte de reconocer que la tercerización ha supuesto la pérdida de vigencia de múltiples instituciones y derechos laborales dada su falta de adaptación. En este sentido, se plantea que sin necesidad de desconocer los principios de personalidad jurídica y contractualismo bilateral en los que se basa el actual Derecho del trabajo, se puedan articular respuestas a través de la reformulación o replanteamiento del contenido de algunas de sus categorías básicas. Conforme señala el profesor Sanguinetti, las respuestas que se den bajo esta premisa deberían apuntar a alcanzar un doble objetivo²⁸⁹:

²⁸⁷ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo”. Óp.cit., p. 158.

²⁸⁸ MOLERO MARAÑÓN, M. Luisa. Óp.cit., p. 20.

²⁸⁹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo”. Óp.cit., p. 160.

- Favorecer las relaciones de tercerización que respondan a razones de especialización, logística y/u organización, dificultando aquellas que obedezcan exclusivamente a la reducción de costos.
- Impedir, en la medida de lo posible, que a través de la implementación de la subcontratación se consiga precarizar el empleo y degradar las condiciones de trabajo del personal involucrado.

A efectos de una mayor comprensión dividiremos las medidas a ser tomadas bajo este planteamiento según sean aplicables a las relaciones individuales o colectivas de trabajo.

2.2.1. RECONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA DE ALGUNAS DE LAS INSTITUCIONES BÁSICAS DE LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO

A través del recurso a la tercerización se puede eludir la configuración de una relación laboral directa entre el personal que efectivamente realizará la labor y la empresa titular del ciclo productivo, y con ello, esta puede desplazar hacia el exterior la duración de los contratos y el establecimiento de las condiciones de trabajo, que estarán sujetas a aquella que se hace cargo de la fase externalizada. Esta actuación se encontraría amparada por los principios de personalidad jurídica y contractualismo bilateral, que permiten un tratamiento significativamente distinto entre el personal involucrado dependiendo de quién se erige como empleador. En lo que a esta arista respecta, tal como hemos visto, más que un problema de garantía de cumplimiento de obligaciones laborales se trata de uno de degradación de la calidad del empleo; sin embargo, los mecanismos que nuestras normas prevén apuntalan a lo primero, ciñéndose a establecer sistemas de prevención o remedio frente al uso patológico de este fenómeno, bien a través de imposición de la responsabilidad solidaria o de la declaración de la existencia de una relación laboral directa, no existiendo medidas para paliar los perniciosos efectos que genera en las relaciones individuales de trabajo aquella tercerización válidamente constituida, lícita y en la cual la empresa contratista es solvente económicamente.

La carencia de las mismas ha permitido que el personal destacado se vea vinculado a su empleadora a través de condiciones distintas a las que se otorgan en la empresa de destino,

predeciblemente menos beneficiosas, revelando que mediante esta figura no solo se produce la transferencia del riesgo inherente al proceso productivo de la principal a la contratista, sino también de esta última hacia sus trabajadores, lo cual es inadmisibles. De este modo, resulta preocupante considerar que la falta de respuesta legal promueve el recurso a la tercerización por el mero ahorro de costos laborales.

2.2.1.1.MEDIDAS PARA CONTRARRESTAR LA PRECARIZACIÓN Y DEGRADACIÓN SALARIAL: IMPOSICIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

La tercerización generalmente tiene como consecuencia que los salarios y demás condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores de la principal y la contratista difieran entre sí en perjuicio de los segundos, pese a que puedan realizar labores similares o de igual valor en el marco de un único ciclo productivo e incluso en el mismo espacio físico, puesto que su determinación ya no dependerá de la efectiva prestación de servicios realizada, ni de la experiencia o habilidades, sino de la posición espacial en la cadena productiva y de quién se erige como entidad empleadora. En razón de ello, indicamos que se produce una segmentación sustancial, que lleva a diferenciarlos entre privilegiados y precarios, que difícilmente podrá ser compensada a través de la libertad sindical dadas las dificultades que se presentan para su ejercicio.

Lamentablemente, la respuesta legal en materia salarial se agota en la garantía de pago de los créditos laborales y previsionales en los casos de insolvencia de la contratista, no incidiendo en el efecto al que aquí hemos puesto énfasis. Nuestro ordenamiento prevé un mecanismo de responsabilidad solidaria que se activa en los casos en que haya mediado desplazamiento de personal y exclusivamente respecto de los derechos laborales y de previsión social establecidos mediante norma legal, dejándose claro que la principal de ninguna manera se hará cargo del pago de los beneficios derivados del ejercicio de derechos colectivos, por lo que no podría ser esta la vía para superar la afectación al principio de igualdad. En atención a ello nos preguntamos, ¿Acaso no poseen el mismo valor los beneficios legales y convencionales? ¿Que provengan de fuente distinta los hace merecedores de protección diferenciada?

Consideramos que modificar la regla, ampliando la cobertura de la responsabilidad solidaria en este extremo, podría constituir una solución a varios de los problemas que aquí hemos analizado, pues si bien solo la contratista seguiría asumiendo formalmente el papel de sujeto negocial, mediaría un traslado de responsabilidad a la principal en el pago de beneficios convencionales, con lo cual podría aspirarse a que ambos grupos de trabajadores perciban salarios y condiciones de trabajo comparables. Sin embargo, nada impediría que la empresa beneficiaria de los servicios de tercerización resuelva el contrato civil cuando los beneficios otorgados a los trabajadores indirectos sean muy altos, o que incluso se muestre interesada en que no exista presencia sindical en las empresas con las que establece vínculos de subcontratación.

En atención a ello, la manera más idónea de asegurar la equiparación en materia salarial sería a través del establecimiento legal del principio de igualdad de trato, conforme al cual el personal destacado perciba las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores propios, siempre que realicen labores semejantes o de igual valor. Las precisiones que merezca la implementación de esta regla deberían evitar incurrir en los errores que conlleva aquella que rige en la intermediación laboral, en la cual - como vimos en el primer capítulo - la extensión de los supuestos de exclusión genera que la misma sea de escasa aplicación práctica.

Ahora bien, podría pensarse que esta homologación legal es susceptible de generar un efecto contraproducente en la medida que los ingresos y condiciones de trabajo dependerían del lugar de destino, presentándose brechas salariales entre trabajadores de una misma empresa que realizan labores semejantes: generalmente los destacados a una gran compañía no percibirían iguales ingresos que aquellos que lo son a una de menores dimensiones. Sobre el particular, si bien no se afecta el principio de igualdad en tanto el distinto lugar de destaque constituye una razón objetiva y razonable que justifica la diferencia, estimamos pertinente que las contratistas establezcan en sus tarifas civiles ciertos cánones referidos a la retribución de sus trabajadores, con la finalidad de asegurar cierta equidad salarial entre su propio personal.

La adopción de este criterio de la manera aquí propuesta - que no se restringe a reclamar la igualdad de trato entre el personal de una misma empresa como lo hace la Ley N° 29245,

Ley que regula los Servicios de Tercerización – supone “*un verdadero “salto cualitativo” en la aplicación del principio de igualdad, que terminaría por superar el “corsé” de la personificación empresarial para prestar atención a datos de carácter sustancial, como son la identidad de las funciones que se realizan y la participación en actividades que integran un mismo ciclo de producción*”²⁹⁰. Al tomar en consideración el entero proyecto empresarial, y no la distinta personalidad jurídica de cada entidad involucrada, no solo se protegen efectivamente derechos laborales, sino que se desincentivan aquellas tercerizaciones que solo tienen por finalidad el ahorro de costos, ya que, con la aplicación de esta regla la principal gastaría prácticamente lo mismo que si contratara al personal directamente.

Antes de culminar este punto cabe mencionar que el Proyecto de Ley General de trabajo (en adelante, PLGT) sigue esta tendencia de recomposición de la empresa en lo que respecta a la repartición de utilidades, al establecer el derecho de los trabajadores destacados a participar en las que genere la empresa principal si bien con ciertas particularidades. El artículo 218 prevé un procedimiento según el cual las distintas empresas clientes deberán entregar a la contratista el monto que les corresponda a los trabajadores destacados en sus instalaciones, a fin de que esta, tras añadir la participación generada por sus propias utilidades, distribuya entre todo su personal el denominado “fondo de participación”. Se buscaría así evitar grandes diferencias entre los ingresos no solo de los asalariados de ambas empresas involucradas, sino también entre los de la propia prestadora de servicios de tercerización. Dado que se trata de un beneficio no remunerativo y que existen empresas principales que generan utilidades exorbitantes mientras que otras no lo hacen o no están obligadas a repartirlas, nos parece que tendría lógica – en lo que respecta a este concepto - dejar a un lado el criterio objetivo que justifica el otorgamiento de condiciones desiguales según el lugar de destaque.

²⁹⁰SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo”. Óp.cit., pp.166-167.

2.2.1.2.MEDIDAS PARA DESINCENTIVAR LA INESTABILIDAD LABORAL: CLÁUSULAS DE SUBROGACIÓN Y GARANTÍAS DE CONTINUIDAD

En este contexto descentralizador usualmente se vulnera la estabilidad de entrada y de salida de los trabajadores de la empresa contratista al sujetarla a la vigencia de la relación civil entre ambas empresas.

Mecanismos para asegurar la estabilidad de entrada

Tal como hemos visto, en la práctica se ha instaurado una correlación entre la duración del contrato civil de tercerización y los contratos de trabajo del personal de la empresa encargada de prestar los servicios, dejando de lado el criterio de causalidad que debe regir la contratación temporal. Se utilizan vínculos sujetos a modalidad para cubrir actividades ordinarias del proceso productivo, con lo cual la subsistencia de estos no depende de circunstancias objetivas como la propia naturaleza del servicio, sino de la voluntad subjetiva de las partes del contrato de locación; nótese que para determinar la posibilidad de suscribirlos no se toma como referencia el desarrollo de la actividad ordinaria y permanente de las empresas involucradas, sino la duración del contrato comercial entre ambas. Lo que agrava esta situación es que, al no existir un plazo máximo legal para este tipo de relaciones civiles, los trabajadores podrían estar permanentemente en situación de subcontratación, vinculados a través de relaciones laborales con duración determinada, sin que medie justificación objetiva y razonable. Aceptar sin más este esquema supone desconocer el principio de causalidad en la contratación temporal, y con ello, legitimar la precarización del empleo a través de la tercerización.

Conforme adelantáramos, consideramos que pese a la distinta personalidad jurídica, la actividad productiva de referencia para el personal destacado es la que efectúa la empresa beneficiaria, en la medida que sus concretas prestaciones se integrarán en ella, por lo que, si esta es permanente, no cabe la contratación temporal; permitirlo significaría “(...) *legitimar la pretensión de la empresa principal de convertir lo que para ella son puestos permanentes en vínculos temporales mediante el traslado de la incertidumbre de la empresa contratista al trabajador.*”²⁹¹ De este modo, no debería forzarse el marco normativo que debe tener por eje el principio de causalidad en la contratación, el cual hasta debiera ser asegurado

²⁹¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?” Óp. cit., p. 250.

prohibiéndose expresamente la utilización de contratos a plazo determinado para el desempeño de labores permanentes en la usuaria.

Ahora bien, de lo expuesto se desprende que los contratos laborales deben ser a tiempo indefinido, lo que supone que la contratista asumiría el riesgo no solo de su propia actividad empresarial sino también de la principal, en tanto esta última podría desvincularse de la problemática al finalizar el plazo determinado del contrato de tercerización. La solución que se propone en este caso, siguiendo al profesor Elmer Arce, es que le imponamos también obligaciones a la empresa que se erige como beneficiaria final de los servicios a través de la alteración de la libertad contractual en el campo civil; esto es, tomando en cuenta las particularidades de los contratos de locación de servicios en el marco de una subcontratación laboral, podría exigirse su suscripción por determinado periodo mínimo de tiempo, siendo viable que las contratistas recurran a cláusulas penales que busquen desincentivar que las usuarias los resuelvan de manera arbitraria²⁹².

De otro lado, respecto a la acumulación de años de servicios, en atención al principio de continuidad de la relación laboral, podría normativamente ordenarse que se sumen los periodos de los distintos contratos temporales a los que estuvo sujeto el trabajador, a fin de evitar no solo la superación de los máximos legales, sino también que aquellos derechos cuya determinación depende de ella se vean afectados.

Mecanismos para asegurar la estabilidad de salida

La sujeción de los contratos laborales a los civiles se evidencia también en lo que respecta a la estabilidad de salida, donde muchas veces la culminación de la relación comercial se utiliza como causa capaz de justificar la terminación de los primeros; siendo que estos se extinguen por motivos ajenos a la conducta o capacidad del trabajador, y pese a que la prestación desplegada siga siendo necesaria para las empresas.

Sobre el particular, no es válido establecer en los contratos civiles de tercerización que la extinción de estos implica, a su vez, la conclusión de los de trabajo del personal desplazado, pues una condición resolutoria de este tipo solo sería admisible en los contratos temporales

²⁹² ARCE ORTÍZ, Elmer. Óp. cit.

contemplados en la ley, que, según hemos visto, no podrían ser utilizados en estos casos. En atención a ello, estaríamos frente a una relación laboral a tiempo indeterminado, en la que dada la ausencia de causa justa para su extinción, se configuraría un despido; frente al mismo, la contratista tendría que asumir la reposición, la cual de no ser posible se reemplazaría por una indemnización de la que también podría ser deudora la principal a través de la figura de responsabilidad solidaria. Precisamente en este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha 26 de marzo de 2009 recaída en el Expediente N° 00804-2008-AA, en la que, tras señalar que se ha probado la existencia de fraude a las normas laborales al contratarse a plazo determinado a un trabajador de contrata que prestaba servicios a favor de una actividad permanente, ordenó la reposición del mismo, toda vez que su contrato debía ser considerado como de duración indeterminada, y por consiguiente solo cabía el despido por causa justa. Esta sentencia que constituye un importante avance en la tutela de la estabilidad laboral lamentablemente es una decisión aislada, cuyo criterio no ha sido seguido hasta la fecha.

Además, si el trabajador considera que la principal actuó de mala fe o sin la diligencia debida, podría, en conformidad con el artículo 1969 del Código Civil, reclamarle una indemnización por responsabilidad extracontractual, de la cual solo podría librarse si demuestra *“que la extinción del contrato de locación de servicios se basó en un incumplimiento exclusivo y determinante de la empresa de servicios o por motivo de caso fortuito o fuerza mayor.”*²⁹³

Ahora bien, cabe cuestionarse si sería posible afrontar esta situación a través del cese colectivo, esto es, proceder a un despido masivo dada la presencia de razones técnicas, económicas u organizativas. Para la aplicación legítima de esta medida - que también podría ser utilizada por la principal para poner fin a las relaciones laborales directas a efectos de recurrir a la tercerización - se requerirá demostrar que se trata de una respuesta o defensa necesaria; es decir, deberá probarse que la intensidad de la situación de dificultad es de tal magnitud como para justificar los despidos y que su adopción es idónea y necesaria para superarla, por no existir otro medio menos gravoso como la reasignación de tareas a los trabajadores afectados.

²⁹³ ARCE ORTÍZ, Elmer. *La subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Óp.cit., p.102.

Finalmente, se presenta como alternativa para evitar cesar a los trabajadores involucrados el establecimiento “*del deber del contratista que continúa con el desarrollo de la actividad en sustitución del anterior de subrogarse en la posición jurídica de éste, asumiendo los contratos de trabajo de su personal*”²⁹⁴. Este mecanismo, que evidentemente solo será factible cuando exista una entidad empresarial que continúe haciéndose cargo de la actividad, podría ser aplicable en los supuestos de traspaso de trabajadores de una contratista a otra – de la que cesa en la ejecución a la que se hará a cargo de la misma -, y en aquellos en los que la transferencia se produce desde la principal hacia la contratista por la externalización de las fases en las que desempeñaban sus funciones.

Se supone que la gran ventaja que traería una regulación de este tipo es que operaría la subrogación total de los derechos y obligaciones – una novación subjetiva- , sin importar el origen legal, contractual o convencional de los mismos. Si bien a primera vista la continuidad en la aplicación del convenio parece beneficiar enormemente a los trabajadores, la verdad es que no es tanto así, ya que siempre tiene una duración limitada en el tiempo y muchas de sus cláusulas siguen esa suerte, por lo que puede ocurrir que al finalizar sus efectos no exista ningún otro que lo reemplace, o que de existir sea menos beneficioso, produciéndose la degradación de las condiciones de trabajo anotada. Estimamos, no obstante, que esta situación podría evitarse si normativamente se exige que se mantengan vigentes los beneficios hasta que se produzca una regulación más favorable.

Frente a la contraposición entre la libertad de empresa y la estabilidad laboral la salida más razonable parece ser que la decisión de utilizar esta última alternativa recaiga exclusivamente en manos del trabajador, con lo cual este mecanismo operaría solo en aquellos casos en los que según su propio criterio le sea provechoso, evitándose así que las empresas lo utilicen con propósitos fraudulentos. Cabe referir que dada la disparidad de poderes en una relación laboral se requerirá la adopción de medidas complementarias de índole disuasiva que reduzcan las probabilidades de falta de transparencia en su manifestación de voluntad, tales como la imposición de altas multas al empleador en caso se pruebe coacción, por ejemplo.

²⁹⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?” Óp.cit., p. 251.

2.2.2 RECONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA DE LAS INSTITUCIONES BÁSICAS DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

El fortalecimiento de los derechos colectivos es un elemento clave de cara a la democratización de las relaciones laborales, un sistema pluralista no se construye solo con garantizar la libre creación de organizaciones sindicales, se requiere indefectiblemente que el Estado brinde las condiciones idóneas que les permitan a estas estar en capacidad de defender los intereses de sus afiliados a través de la negociación colectiva y la huelga para así restablecer el equilibrio de poderes propio del Estado Social; pues ¿de qué serviría que se les permita constituirse, si luego se les restringe su capacidad de acción (negociación colectiva y huelga)? ¿Acaso los trabajadores no se organizan con el propósito de modificar su situación jurídica?

En atención a lo dicho, urge un cambio de signo en la acción gubernamental que contemple no solo medidas legislativas sino también políticas de soporte que generen las condiciones apropiadas para que los derechos colectivos de los trabajadores de las contratistas se adapten al nuevo modelo de organización productiva, ya que, conforme señala el profesor Elmer Arce, *“sin sindicatos, sin organismos de representación, sin espacios de diálogo que puedan terminar en acuerdos o sin posibilidades reales de autotutelar sus intereses mediante medidas de conflicto colectivo, los trabajadores de la contratista serán por siempre trabajadores periféricos o de segunda clase.”*²⁹⁵

Así, las vías a plantearse deben tender hacia la reconstrucción de la unidad del proyecto empresarial formalmente perdida, resultando conveniente que giren básicamente en torno a los siguientes ejes: i) la ampliación del ámbito de ejercicio de la libertad sindical, buscando que trascienda del campo de las relaciones laborales directas; y ii) la implantación de un modelo centralizado de relaciones laborales que, de manera inversa a la actual y en atención a la obligación constitucional de garantía y fomento, promueva estructuras sindicales y negociales supra empresariales con la finalidad de ampliar la cobertura y la eficacia de la acción sindical en este escenario.

²⁹⁵ARCE ORTÍZ, Elmer. “Imputación de cargas laborales en la subcontratación ¿Persiguiendo un gigante o un molino de viento?” Óp.cit., p.28.

Cabe precisar que la conveniencia de las medidas que desarrollaremos a continuación se manifiesta sobre todo respecto de aquellos casos de tercerización estable en los que se produce un desplazamiento continuo de trabajadores a las instalaciones de la empresa usuaria. Nos referimos a aquellos vínculos de larga duración -pese a la presencia de interrupciones puntuales - en los que el dato locativo, que supone la confluencia de trabajadores de diferentes empresas en un mismo espacio físico, se encuentra profundamente presente. Señala Dulce Soriano que cuando se cumplen ambos presupuestos *“la idea de pertenencia a la propia empresa, la contratista, se difumina frente a la integración e identificación de los trabajadores de las contratistas con los intereses y problemas de los trabajadores de la empresa principal; utilidad que se desvanece respecto de aquellas contrataciones de corta duración en las que tal sentimiento de integración en la empresa principal apenas adquiere arraigo (...).”*²⁹⁶

2.2.2.1. MEDIDAS RELATIVAS AL DERECHO DE SINDICACIÓN: PROMOCIÓN ESTATAL DE ESTRUCTURAS CENTRALIZADAS Y GARANTÍA DE LA LIBERTAD DE REGLAMENTACIÓN

La subcontratación no sólo origina la fragmentación del ciclo productivo, sino también la del colectivo de trabajadores. En atención a ello hemos visto que, en lo que a sindicación respecta, además de las dificultades para la determinación del ámbito de actuación, se presenta un problema cuantitativo, vinculado al número mínimo legal requerido para la constitución de organizaciones sindicales, y otro cualitativo, referido a las complicaciones para la consolidación de intereses entre los trabajadores involucrados.

Dejando de lado los requerimientos generales sobre la necesaria modificación de las exigencias legales para la constitución y subsistencia de organizaciones sindicales- tales como la presencia de un alto número mínimo de miembros, entre otros-, consideramos que los problemas aquí abordados pueden ser superados a través de la promoción estatal de estructuras centralizadas y de garantía de la libertad de reglamentación, referida a la facultad plena de la que gozan las organizaciones sindicales para decidir estatutariamente a qué trabajadores son susceptibles de afiliarse y representar. Estas dos líneas de acción, acordes

²⁹⁶ SORIANO CORTÉS, Dulce. Óp.cit., p. 250.

con lo dispuesto por el CLS en el sentido que el derecho de constituir sindicatos y de afiliarse a los mismos consagrado por el artículo 2 del Convenio 87 implica la libre determinación de sus estructuras y composición²⁹⁷, son susceptibles de coadyuvar a la consolidación de la comunidad de intereses y al aumento del caudal sindical, en la medida que gracias a ellas se podría avanzar hacia una recomposición de la empresa a efectos sindicales, superándose así a su vez el problema de identificación de la contraparte frente a la cual se ejercerán los derechos colectivos.

La promoción de estructuras organizativas supraempresariales debe partir del reconocimiento de que la elección de la misma es plenamente abierta y corresponde exclusivamente a los trabajadores, pues en virtud del artículo 2 del Convenio 87 son estos los que tienen el derecho “*sin ninguna distinción y sin autorización previa, a constituir (y afiliarse) las organizaciones que estimen conveniente*”. Si bien la actuación estatal a través de la legislación, administración o judicatura no es necesaria para efectivizar este derecho directamente aplicable, es importante resaltar que la misma, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución, debería estar orientada a garantizarlo, asegurando que no existan trabas a su ejercicio. De este modo, al momento de administrar el registro sindical a través del MTPE no debe perder de vista que la lista establecida en el artículo 5 de la LRCT - en la que se reconocen diversos ámbitos en los que los trabajadores pueden organizarse colectivamente-, conforme lo ha considerado el CLS en los casos 1648 y 1650, es meramente enunciativa, solo brinda alternativas, por lo que es plenamente válido que los trabajadores opten por una modalidad distinta a las contempladas. Interpretar que el referido artículo establece una relación taxativa – y que por lo tanto en nuestro país se permite exclusivamente la existencia de sindicatos de empresa, rama, gremio y oficios varios - implicaría vulnerar el contenido esencial de la propia libertad sindical, que prevé la elección sobre todas las opciones posibles y no sobre algunas establecidas heterónomamente.

Afortunadamente, en esta línea el MTPE a través de la Resolución Directoral General N° 021-2011-MTPE/2/14 ha indicado en calidad de precedente vinculante que el mencionado listado tiene carácter ejemplificativo; sin embargo, dado que el mismo viene siendo objeto de cuestionamiento judicial, convendría que este lineamiento sea recogido en la propia Ley,

²⁹⁷ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo*. Quinta edición. OIT, Ginebra, 2006, párrafos 295 y 333.

conforme se hace en el PLGT al disponerse expresamente que pueden construirse a “cualquier otro ámbito que los trabajadores estimen conveniente.”

Tomando en cuenta la libertad absoluta de la que gozan los trabajadores para elegir la forma de organizarse, y que la sindicalización de empresa se muestra inadecuada en un contexto de tercerización²⁹⁸, creemos que el rol estatal debe ir más allá de la garantía, y que así como ha venido promocionando una estructura sindical empresarial, hoy haga lo propio a nivel supra. En tal sentido, convendría extender la lista ejemplificativa recogida en el artículo 5 de la LRCT, abarcando opciones acordes con el nuevo paradigma productivo que permitan a los trabajadores imponerse como contrapoder efectivo en el marco de las relaciones colectivas, las cuales podrían girar en torno al grupo de empresas (opción incorporada expresamente como alternativa en el PLGT), al ciclo productivo, a las beneficiarias de la prestación, al lugar de destaque o centro de trabajo, etc.; siendo lo ideal que lleguen a estructurarse de manera simétrica al proyecto empresarial al que prestan su fuerza de trabajo.

El aumento de la tasa de afiliación sindical; la mayor cobertura que podría alcanzar la negociación colectiva; la menor vulnerabilidad frente a actos antisindicales patronales; y el superior poder de contrapeso y legitimidad en las instancias de diálogo y concertación son algunas de las ventajas que un modelo centralizado supone, debiéndose además resaltar que la adopción del mismo no limita la actividad sindical en la empresa, la cual podría ejercerse a través de delegados, secciones, o sindicatos de empresa propiamente dichos, en cuyo caso deberán establecerse criterios de articulación cuando corresponda. A propósito de las secciones, debería precisarse normativamente que estas no son privativas de los centros de trabajo, como parece sugerir el Reglamento de la LRCT, por lo que podrían constituirse a cualquier ámbito menor del elegido por la organización sindical. Así lo precisa el artículo 315 del PLGT al señalar que “cuando el sindicato involucre a diversos centros de trabajo de una empresa o a diversas empresas, podrá constituir en tales ámbitos secciones sindicales, para el cumplimiento de sus fines en tales ámbitos.”

²⁹⁸ Para conocer los problemas que plantea la sindicalización por empresa recomendamos revisar los siguientes textos: BAYLOS GRAU, Antonio. “La acción colectiva de los trabajadores en la empresa: reflexiones sobre algunos problemas derivados de la institucionalización sindical en ese espacio”. En: *Revista de Derecho social*. N° 27, Bomarzo, Castilla, 2004; ERMIDA URIARTE, Óscar. “Crítica de la libertad sindical”. En: *Derecho PUCP*. N° 68, El rumbo de las reformas laborales. Balance y perspectivas, Lima, 2012; y LOVATÓN PALACIOS, David. *Propuesta al sindicalismo peruano: una nueva estructura sindical y negocial por rama de actividad económica*. Instituto de Defensa Legal, Lima, 1992.

Respecto a la segunda línea de acción, referida a que el Estado garantice la facultad plena de la que gozan las organizaciones sindicales para decidir autónomamente quiénes las conforman, consideramos que debe interpretarse el artículo 12 de la LRCT - que básicamente exige que los miembros no estén afiliados a otro sindicato del mismo nivel y que sean trabajadores del ámbito respectivo – en conformidad con el principio pro operario, en un sentido material, que favorezca el ejercicio de la libertad sindical. De un lado, debería explicitarse que la prohibición de conformación de sindicatos del mismo ámbito es tal en la medida que ambos se constituyan frente al mismo empleador, por lo que no debería generar inconveniente que los trabajadores destacados sean simultáneamente parte de los sindicatos de empresa de la contratista y de la usuaria; de otro, respecto a la exigencia de ser trabajador del ámbito elegido, que la norma hace referencia a la categoría en sentido lato, por lo que no sería exigible que los afiliados tengan una relación laboral directa y formal con la(s) empresa(s) frente a la(s) que se pretende ejercer derechos colectivos. Precisamente en dicho sentido se ha pronunciado el CLS que, a través del Informe núm. 349 emitido en marzo de 2008, ha señalado que *“la naturaleza jurídica de la relación entre los trabajadores y el empleador no debería tener ningún efecto en el derecho a afiliarse a las organizaciones de trabajadores y participar en sus actividades. (...) todos los trabajadores, sin distinción alguna, deben tener derecho a constituir las organizaciones de su elección y a afiliarse a ellas, ya sean trabajadores permanentes, trabajadores contratados temporalmente, o trabajadores temporeros.”*²⁹⁹ En atención a lo expuesto, sería recomendable que el Estado modifique la LRCT o en todo caso aclare, a través de la jurisprudencia o de alguna directiva, que esta es la manera en la que sus órganos deben concebir las exigencias del mencionado artículo 12. Debe dilucidarse enfáticamente que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de determinar libremente a través de sus estatutos y según el perímetro de actuación que pretendan su propia composición.

Así, pues, si el estatuto lo considera, un sindicato de empresa podría ser conformado por todos los que compartan una realidad material, incluyendo a los trabajadores registrados en planilla, los prestadores de servicios con contratos regidos por el Derecho civil, los sujetos a convenios de formación profesional, y por supuesto, los trabajadores de empresas de intermediación o tercerización. En todo caso, para evitar algún problema con el registro – que en realidad no debería presentarse -, se podría inscribir una organización de esta

²⁹⁹ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 349 Informe del Comité de Libertad Sindical. Caso 2556, párrafo 754.

naturaleza bajo la calificación de “sindicato de trabajadores en la empresa” o “sindicato de trabajadores que prestan servicios para la empresa”, en tanto la lista recogida en la LRCT no es taxativa.

También podría mediar una interpretación amplia para determinar quiénes son trabajadores del ámbito de rama de actividad. Lo conveniente sería atender al sector al que pertenece la empresa que en el plano de la realidad se beneficia de la prestación de cada concreto trabajador, y no al de aquella que lo incluye formalmente en su planilla; no presentándose mayor problema con que el personal de una misma contratista pertenezca a distintas ramas, en razón del lugar de desplazamiento. Precisamente en este sentido el PLGT señala que este tipo de sindicato puede estar conformado *“por trabajadores de profesiones, especialidades u oficios diversos de dos (2) o más empresas de la misma rama de actividad, o que concurren en una misma actividad.”*(El resaltado es nuestro).

En la misma línea, la afiliación directa a una federación o confederación estaría plenamente permitida, pudiendo estas constituirse en un interlocutor válido de aquellos que carecen de representación sindical propia, en tanto el Comité de Libertad Sindical ha señalado que *“la prohibición de una afiliación directa de ciertas personas a federaciones o confederaciones es contraria a los principios de libertad sindical. Corresponde a las organizaciones sindicales determinar las reglas relativas a su afiliación”*³⁰⁰.

Habiendo quedado claro que solo compete a los trabajadores decidir qué tipo de organización es la más adecuada para defender sus intereses, y a esta decidir a quiénes admite como miembros, la articulación de una representación colectiva transversal, que afilie al personal de la contratista y la principal, sería plenamente válida y deseable.

³⁰⁰ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo*. Quinta edición. OIT, Ginebra, 2006, párrafo 728.

2.2.2.2. MEDIDAS RELATIVAS AL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: MODIFICACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE LEGITIMACIÓN NEGOCIAL Y FOMENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SUPRAEMPRESARIAL Y ARTICULADA

Hemos visto que existen razones suficientes que justifican la participación de la empresa principal en el ejercicio de la negociación colectiva que involucra al personal de la contratista. Estas demandarían la superación de los problemas que la tercerización impone al referido derecho fundamental, que conforme se desarrolló en el segundo capítulo, están referidos a lo siguiente: i) la reducción del caudal sindical reduce la cobertura objetiva y subjetiva del convenio colectivo; ii) la dificultad para la consolidación de intereses entre los trabajadores involucrados perjudica la existencia de un proyecto reivindicativo común; y iii) los roles que cumple la usuaria complican la determinación de la empresa a la cual emplazar con el pliego de reclamos de reclamos.

Tomando en cuenta que la solución pasa por reconstruir la unidad material del proyecto productivo, consideramos que las respuestas deben articularse en torno a la modificación de las reglas sobre legitimación y nivel negocial, a fin de que se instauren canales de reivindicación eficaces que permitan el acceso a la empresa titular del ciclo. La reforma de las primeras permitiría su emplazamiento, mientras que la de las segundas coadyuvaría a que efectivamente se pueda negociar con esta en un ámbito eficiente. Está de más explicitar que, en virtud del principio de congruencia, se requerirá como presupuesto la constitución de órganos de representación que trasciendan del ámbito de cada concreta empresa.

El fundamento de la legitimación negocial, y en general de los derechos colectivos, es que el poder sindical haga frente al organizativo y de dirección empresarial³⁰¹. Dado que bajo el otrora típico modelo fordista las nociones de empresa y empleador eran coincidentes, las normas sobre el particular la circunscribieron al marco de las relaciones laborales típicas. El problema es que hoy el modelo de producción imperante no es más aquel que concentra sus fases y su personal en su seno, sino uno en el cual las empresas establecen íntimas relaciones de colaboración con otras, donde la que detenta el poder de decisión y control global del proceso productivo no necesariamente es aquella que se erige como empleadora

³⁰¹ MOLERO MARAÑÓN, M. Luisa. *Op.cit.*, pp. 40-41.

de la totalidad del personal que presta servicios a su favor. En atención a lo expuesto, las reglas sobre legitimación deben adaptarse a este nuevo escenario, a efectos de comprender en las relaciones colectivas a la entidad titular del proyecto empresarial, y no solo a la que figura como contratante en el vínculo laboral, pues solo así se asegurará el funcionamiento de los equilibrios entre capital y trabajo.

La solución que aquí planteamos consiste, entonces, en modificar las reglas de legitimación negocial, dejando atrás el esquema tradicional basado en consideraciones formales según el cual los derechos colectivos se ejercen exclusivamente frente a la contraparte del contrato de trabajo, con la finalidad de comprender de manera directa en el ejercicio de la libertad sindical a aquella empresa que cumple los roles revisados en el segundo punto de este capítulo, pues en un contexto de subcontratación como el imperante la acción colectiva no puede concentrarse más en el binomio "empleadores/asalariados."³⁰²

En atención a ello, la actuación estatal en esta materia debería girar, en primer lugar, en torno a la ampliación del ámbito de los sujetos que tienen el deber de negociar determinado pliego de reclamos, con la finalidad de que no solo se encuentren obligadas a recibirlo las que emplean formalmente a los trabajadores, sino también aquellas que materialmente se benefician de su prestación. Así, proponemos como alternativa que en los casos de vínculos de tercerización estables y continuos se garantice legalmente a las organizaciones sindicales que agrupen al personal destacado la recepción del pliego de reclamos también por parte de la principal, sin que ello implique cortar los canales de negociación hacia su propia entidad empleadora, los cuales más bien deberían ser fomentados desde la ley.

De otro lado, en lo que respecta a la estructura negocial, la adopción de un modelo centralizado de negociación colectiva en claro cumplimiento del mandato del artículo 28 inciso 2 de la Constitución se torna imprescindible, en tanto es la única vía a través de la cual se fomentaría y posibilitaría la solución pacífica de la mayoría de los conflictos de intereses que se suscitan en el marco de la tercerización, los cuales requieren la participación de ambas empresas involucradas para su composición: generalmente la principal es la que materialmente está en posición de resolverlos, mientras que la contratista es quien, al tener un contrato de trabajo con el personal desplazado, jurídicamente puede otorgar los

³⁰² SUPIOT, Alain. "Revisiter les droits d'action collective". Óp.cit., pp. 687 – 704.

beneficios convencionales a los que se arrije. Conforme anota Antonio Baylos, en el modelo de empresa red (...) *el espacio imaginario de la acción sindical no puede ser fundamentalmente la empresa ni las fórmulas tradicionales de representación de los trabajadores en la misma, sino que se debe situar también fuera del este ámbito de inclusión (...)*³⁰³, debiendo, por tanto, abarcar a la empresa que cumple los tres mencionados roles en el proceso productivo.

Así, consideramos que deben suprimirse las trabas que dificultan el desarrollo de la negociación colectiva a niveles supra empresariales, para lo cual habría que superar, en primer lugar, el sistema de unidades apropiadas de negociación previsto en el artículo 44 LRCT, apostando por uno plenamente abierto. Resultaría conveniente extender, a modo de lista ejemplificativa, las posibilidades de ámbitos negociales contenidas en la referida norma, abarcando como tales al ciclo productivo, redes de empresa, grupo empresarial, entre otros, sin dejar de especificar, en conformidad con el artículo 4.1 de la Recomendación 163 de la OIT, que la misma puede desarrollarse a cualquier nivel.

En concordancia con lo anterior, deviene, además, urgente la derogación de la segunda frase del primer párrafo del artículo 45 LRCT - que dispone que a falta de acuerdo en la primera negociación, esta debe realizarse a nivel de empresa - dado que al imponer la unidad de negociación más restrictiva para la existencia y desarrollo de la autonomía colectiva perpetúa productos de baja calidad y alcance incapaces de mejorar considerablemente la situación jurídica de los trabajadores, en la medida que impide involucrar a la contratista y a la principal en un mismo procedimiento de negociación colectiva.

Sobre el particular, sin dejar de reconocer que la determinación del nivel negocial debería corresponder exclusivamente a las partes, consideramos que, dada la importancia que posee este derecho para el aseguramiento de los equilibrios constitucionales, el Estado no puede mantenerse totalmente al margen, por lo que cabe que, en atención a la mayor vulnerabilidad de los trabajadores tercerizados – lógica utilizada para el fuero sindical- , adopte medidas especiales que promuevan que la negociación colectiva que involucre

³⁰³ BAYLOS GRAU, Antonio. "La acción colectiva de los trabajadores en la empresa: Reflexiones sobre algunos problemas derivados de la institucionalización sindical en el espacio". En: *Revista de Derecho Social*. N° 27, Bomarzo, Castilla La Mancha, 2004, p.27.

personal tercerizado se desarrolle a un nivel supraempresarial, a efectos de que participen las dos empresas que se benefician de la prestación de servicios. No planteamos que el Estado fije el concreto nivel negocial, sino que disponga que en casos de tercerización estable el mismo trascienda de la empresa, a fin de que las partes elijan si optan por uno de grupos, redes, rama, etc.; pudiendo solucionarse las divergencias sobre el particular mediante arbitraje potestativo, conforme prevé el PLGT, sin que ello implique negar la posibilidad de recurrir a la huelga para estos propósitos. Como nos recuerda el profesor Oscar Ermida, una actuación promotora en este sentido *“no necesariamente sería violatoria de la libertad sindical, en cuanto se lo considere el mecanismo necesario para promover el ejercicio de derechos fundamentales”*³⁰⁴, que permitirán no solo canalizar los conflictos laborales, sino también asegurar un justo reparto de las cuotas de poder social.

A nuestro juicio, son sobre todo dos los niveles, no necesariamente incompatibles entre sí, que viabilizarían de manera efectiva el derecho de negociación colectiva en un contexto de externalización productiva: el sectorial y el de redes de empresas.

La negociación supra empresarial sectorial no debe quedar descartada mientras a través de la misma se pueda abarcar en un solo convenio colectivo a proyectos empresariales distintos, esto es varias principales y sus contratistas, siendo el referente para determinar la rama la actividad económica realizada por las empresas que materialmente se beneficia en última instancia de los servicios. No obstante, cabe reconocer que es posible que en el caso de servicios especializados la naturaleza de la actividad objeto de tercerización impida encajarla en el mismo sector que la principal (por ejemplo, servicios informáticos), con lo cual estos trabajadores quedarían fuera de la aplicación del posible convenio. Esta negociación por rama de actividad, que podría tener como posibles sujetos negociales, de un lado, a varias empresas principales y contratistas pertenecientes al sector, y de otro, a las organizaciones sindicales correspondientes (sindicatos supraempresariales o federaciones), debería presentar particularidades en lo que respecta a las franjas salariales. Dado que esta figura tiene por finalidad impedir la imposición de obligaciones laborales iguales a empresas objetivamente distintas en atención a criterios como el número de trabajadores, nivel de productividad, etc., consideramos que su aplicación debería restringirse a aquellas entidades que no participan en un mismo proyecto empresarial. Su utilización en el marco de una

³⁰⁴ ERMIDA URIARTE, Óscar. “Crítica de la libertad sindical”. Óp.cit., p.60.

concreta relación de tercerización perpetuaría las diferencias salariales existentes en función a quién es el empleador, pues lo más probable es que la contratista al tener menores dimensiones que la principal se ubique en una franja inferior a esta.

De otro lado, una estructura transversal que posea como unidad de negociación a las redes de empresas tendría por finalidad que la empresa principal, las contratistas y las representaciones colectivas negocien conjuntamente *“en ese marco global, homogeneizando y garantizando unas mínimas condiciones de empleo a la totalidad de los asalariados que prestan sus servicios en dicho medio organizativo.”*³⁰⁵ Se arribaría a un único producto colectivo, capaz de superar las limitaciones de los convenios sectoriales referidas a la exclusión de empresas muy especializadas y a la lejanía del objeto de regulación, brindando una regulación uniforme aplicable a todas las empresas involucradas en la concreta cadena de producción, con prescindencia de su tamaño o de la fortaleza de los sindicatos constituidos bajo su ámbito. Bajo este supuesto podrían ostentar la calidad de sujetos negociales por el lado del empleador, una sola empresa principal y sus múltiples contratistas; y por el de los trabajadores, una organización supraempresarial que congregue a los trabajadores del ciclo productivo, o incluso una federación que agrupe sindicatos de empresa pertenecientes a la referida cadena.

Entre las ventajas de los niveles propuestos figura la unificación del poder sindical, que no solo aumentará la capacidad de presión para alcanzar mejores beneficios convencionales sino también promoverá el principio de igualdad en materia salarial y de condiciones de trabajo, corrigiendo los efectos nocivos de la utilización irregular de la tercerización como medio de ahorro de costos laborales.

Además, al garantizarse el acceso a los centros reales de decisión, no será relevante que las empresas involucradas sean de pequeñas dimensiones, o que no existan organizaciones sindicales en su seno, superándose así los problemas que atañen a la reducción del caudal sindical, al mismo tiempo que se dejan atrás las dificultades referidas a la identificación de la contraparte negocial, ya que ambas entidades podrían ser emplazadas con el mismo pliego de reclamos, quedando comprendidas en un único convenio colectivo. Asimismo, lograría reducirse el impacto del problema referido a la consolidación de la comunidad de intereses,

³⁰⁵ MOLERO MARAÑON, M. Luisa. Òp.cit., p. 27.

en tanto existirá un marco común capaz de promoverla, al mismo tiempo que se deja abierta la posibilidad de que se conjuguen fórmulas que permitan la satisfacción de aquellos que no son extensivos a todos los representados en el mismo convenio o a través de los criterios de articulación, evitando que se considere objetivamente inviable que un único convenio colectivo regule las condiciones laborales de todos los trabajadores implicados “*dada la diversidad de ámbitos funcionales, personales y territoriales que pueden concurrir en los supuestos de subcontratación*”³⁰⁶.

Precisamente sobre la negociación articulada, creemos que sería conveniente que desde la ley se la facilite, toda vez que, conforme se ha dicho, la tercerización genera conflictos de intereses que unas veces involucrarán a ambas empresas y otras solo a una de ellas, existiendo, consecuentemente, materias propias que podrían ser negociadas por separado. Conforme lo prevé la mencionada Recomendación 163 de la OIT, son las partes las que deben decidir si negocian en un solo nivel o si quieren hacerlo articuladamente en dos de manera simultánea, correspondiendo también a estas determinar los criterios de articulación en caso opten por la segunda alternativa. El convenio de mayor ámbito – convenio supraempresarial de sector o redes - hará las veces de acuerdo marco, en el que se pactarán los lineamientos estructurales que deben seguir las negociaciones a niveles inferiores, lo cual “*implica la fractura del principio de igualdad de rango de todos los convenios colectivos y su sustitución por el principio de jerarquía.*”³⁰⁷ En lo que respecta a este punto, sin negar la viabilidad de otros, consideraríamos conveniente que los mencionados criterios giren en torno a: i) la fijación de normas mínimas en la negociación supraempresarial, que puedan ser mejoradas a nivel de empresa, y/o ii) la asignación de materias propias a cada nivel.

No queremos finalizar este punto sin explicitar que el hecho de que en una misma empresa tercerizadora existan trabajadores que pese a realizar funciones sustancialmente iguales o de igual valor se encuentren sujetos a distintas condiciones laborales en función al lugar al cual son desplazados no constituye una afectación al principio de igualdad. La justificación objetiva y razonable reside en que se trata de las condiciones de trabajo del lugar de destino,

³⁰⁶ SORIANO CORTÉS, Dulce. Óp.cit., p. 308.

³⁰⁷ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “La estructura de la negociación colectiva: bases conceptuales y análisis del caso peruano.” Óp.cit., p. 21.

donde efectivamente prestan servicios, muchas de las cuales provendrán, además, de fuente convencional, motivando a los no beneficiados a emprender acción sindical.

2.2.2.3. MEDIDAS RELATIVAS AL DERECHO DE HUELGA: ADOPCIÓN LEGAL DEL MODELO POLIVALENTE Y MECANISMOS DE INCIDENCIA SOBRE LAS RELACIONES CIVILES

El impacto negativo de la tercerización se presenta en el derecho a huelga de la siguiente manera: i) en lo que respecta a las dificultades cuantitativas, la reducción del caudal sindical reduce su efectividad, salvo que exista la presencia de personal neurálgico o acuerdos entre los sindicatos de las contratadas y principales en los cuales se pacte una especie de respaldo en estos casos; ii) las dificultades para la consolidación de la comunidad de intereses acarrearán también problemas para su concreción y efectividad, dado que la confluencia de pretensiones entre los trabajadores del ámbito es imprescindible a tal efecto; iii) los roles que cumple la empresa usuaria en este contexto dificultan la identificación de la contraparte frente a la cual ejercer este derecho, lo cual impide determinar con claridad su ámbito de convocatoria y, a su vez, neutralizar los efectos colaterales que es capaz de producir. Respecto a esto último, vimos que cuando la empresa usuaria se ve afectada por la paralización es común que remplace a los huelguistas o, en todo caso, resuelva el contrato civil de tercerización, acarreado que se den por finalizadas también las relaciones de trabajo de los involucrados.

Las propuestas para asegurar el ejercicio del derecho de huelga se han centrado básicamente en la precariedad de los vínculos laborales, girando en torno a lo siguiente: i) la autorización de aquellas que tengan exclusivamente fines solidarios, con el propósito que el personal de la principal u otros colectivos puedan presionar en su favor; y ii) la prórroga de los contratos de trabajo a plazo determinado en función al tiempo que duró la huelga³⁰⁸. Si bien ambas medidas pueden ser loables, creemos que son insuficientes, en tanto no toman en cuenta la trascendental presencia de una tercera empresa fuertemente vinculada al conflicto y con capacidad de solucionarlo.

³⁰⁸ SUPIOT, Alain. "Revisiter les droits d'action collective". Óp.cit., pp. 687 – 704.

En atención a lo expuesto, se requiere que este mecanismo de garantía de la tutela colectiva sintonice con las novedosas formas bajo las cuales las empresas organizan su producción, solo así funcionará el sistema de contrapesos necesario en un sistema democrático de relaciones laborales. Bajo esta premisa, la primera medida que proponemos es la modificación del modelo normativo de huelga acogido, siendo este un asunto de suma trascendencia en tanto, como tuvimos oportunidad de mencionar, la decisión de convocatoria de las organizaciones sindicales y la de acatamiento de los trabajadores dependerá en gran medida del marco regulador de la misma; el mismo permitiría una medición aproximada de su eficacia y costo. Así, a efectos de maximizar la primera, minimizar el segundo, y adecuar la autotutela a las transformaciones en la organización del trabajo, se debe dejar atrás el modelo estático imperante, que contempla a la huelga como la cesación continua y total de labores con abandono del centro de trabajo, para apostar por el dinámico o polivalente, que reconoce como tal a toda alteración en la forma acostumbrada de prestar el trabajo. Precisamente en dicho sentido, afirma el profesor Ojeda Avilés lo siguiente:

“(...) si la dedicación del derecho de huelga a la defensa de los intereses de los trabajadores en conflicto ha de encuadrarse en un modelo normativo, éste no puede ser otro que el consistente en la máxima autonomía de sus titulares para determinar la dirección oportuna, la función a elegir dentro de los límites externos: el modelo polivalente.”³⁰⁹

A tal efecto, deben derogarse el artículo 72 de la LRCT, que contempla una definición restrictiva de la medida de presión; el 81, que señala como irregulares las modalidades que no se condicen con la noción tradicional; y, consecuentemente, aquellos que la califican de ilegal si es que llega a materializarse a través de alguna de estas. Las modalidades que no supongan necesariamente una paralización de labores, sino una alteración de las mismas, o las que no involucren el abandono del centro de trabajo deben quedar expresamente permitidas puesto que solo así la huelga podrá cumplir su función equilibradora del sistema de relaciones laborales en este nuevo escenario.

³⁰⁹ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de derecho sindical*. Tecnos, Madrid, 1998, p. 191.

Es más, acogiendo el modelo polivalente, no se reconocerían más límites al derecho que los que emanan de su confrontación con otros derechos fundamentales de igual o mayor valor, no pudiéndose ya restringir por no encajar en un concepto legal predefinido, por cuanto este no existiría: la huelga solo tendría límites externos y ya no internos. En concordancia con lo dicho, propone Ricardo Mantero la ausencia de una definición “a priori” donde califique como tal lo que consideren quienes la ejercen; sin embargo, sostiene que de requerirse debe ser lo más amplia, tentativa y provisional posible, con la finalidad de permitir la adaptación flexible de los medios de acción colectiva a la desarticulación de la organización del trabajo³¹⁰. Esta debería prescindir de la imposición de fines u objetivos, y trascender de la exigencia de suspender la relación laboral, por lo que una posible definición a acogerse sería la planteada por el profesor Ermida, quien esboza la huelga en los siguientes términos: *“toda omisión, reducción o alteración colectiva del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta o como alteración colectiva del trabajo con finalidad de autotutela.”*³¹¹

En coherencia con lo señalado, deviene esencial, además de la derogación de los artículos indicados precedentemente, explicitar que el ejercicio de esta medida de presión no se encuentra sujeto a los dos casos concretos que se derivan de las normas - aquellos en los que en que hubiera fracasado la negociación colectiva directa entre las partes (artículo 75°), y a los supuestos en los que exista cosa juzgada sobre el incumplimiento de disposiciones legales o convencionales y el empleador se niegue a cumplir el mandato judicial definitivo (artículo 63° del Reglamento)- ya que, como vimos en el punto 1.2.3 del segundo capítulo, es totalmente válida su utilización para la defensa de otros derechos e intereses profesionales, entre los que nos interesa destacar la modificación del nivel negocial. Para ello no sería necesario un cambio legislativo, pero sí quizá la precisión por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo de que el artículo 75 no alude exclusivamente a un contexto de negociación colectiva, sino a todo aquel en el que exista una controversia.

Asimismo, sería conveniente modular los requisitos para declararla, y lo que es más importante, que la verificación de su cumplimiento deje de ser previa y administrativa para pasar a ser posterior y judicial, siendo también válida la alternativa que propone que este asunto quede en manos de un órgano independiente. Justamente en este sentido el artículo

³¹⁰ MANTERO, Ricardo. Teoría de los límites. Óp.cit., p. 54.

³¹¹ ERMIDA URIARTE, Oscar. *Apuntes sobre la Huelga*. Óp.cit., p. 32.

383 del PLGT señala que *“A solicitud del empleador o empleadores afectados por la medida, el órgano tripartito permanente creado para tales efectos por el Consejo Nacional del Trabajo, se pronunciará sobre la legalidad o ilegalidad de la huelga. (...)”*.

Tomando en cuenta lo desarrollado, el acogimiento del modelo dinámico se muestra útil para la superación de los problemas que impone la tercerización al ejercicio de este derecho, por cuanto rompe el paradigma de la huelga tradicional, cuya eficacia reside en la unidad y el número de trabajadores involucrados y en la paralización total del ciclo productivo. Efectivamente, bajo el mismo cada vez importa menos la ausencia masiva al trabajo y más la abstención de algunos trabajadores estratégicos o la alteración de alguna prestación concreta, con lo cual pocos huelguistas podrían alterar o quizá hasta detener el normal desenvolvimiento del ciclo de producción. Incluso, al admitirse múltiples modalidades de huelga, se podría incidir no solo en la ejecución de este último sino también en la imagen empresarial, la publicidad y la opinión pública, equiparándose así las fuerzas entre las partes, pues mientras el empresario tiene la libertad de empresa para organizarse como mejor le plazca, los trabajadores tendrán la libertad equivalente para procurar la defensa de sus intereses³¹².

De lo expuesto deriva que bajo este modelo, para la implementación de una huelga eficaz, no se requerirá necesariamente un gran caudal sindical ni la existencia de comunidad de intereses entre todos los trabajadores del ámbito para lograr impacto, superándose así – dentro de las posibilidades con las que cuenta el Estado- los dos primeros problemas planteados. Sin embargo, el último problema identificado, referido a quién debe soportar sus efectos, requiere medidas especiales que serán expuestas a continuación.

El mecanismo que garantiza la eficacia de la libertad sindical debiera desarrollarse en los niveles propuestos para la negociación colectiva, lo cual sería completamente posible al no existir condicionante legal que limite su ámbito de convocatoria; sin embargo, con prescindencia de si el mismo es supra empresarial, jurídicamente solo la contratista tendrá la obligación de soportarlo. En efecto, la empresa principal no tendría obligación legal alguna de tolerar la paralización del personal desplazado en sus instalaciones, por lo que podría suplir la prestación ausente con los servicios de otros trabajadores o resolver el vínculo civil

³¹² ERMIDA URIARTE, Óscar. “Modalidades de conflicto colectivo”. En: *Derecho laboral*. N°193, Montevideo, 1999, pp. 246-251.

con la contratista por incumplimiento contractual, derivando esto en la pérdida del empleo de los huelguistas, sin siquiera tomar en cuenta si el móvil de la misma le concierne o no, en tanto *“la normalidad en la producción de bienes y servicios durante la huelga se justifica a través de una determinada aplicación de la libertad de empresa y de organización de la misma que se desvincula formalmente del fenómeno de la conflictividad laboral subyacente (...)”*³¹³. De este modo, el ejercicio legítimo de un derecho fundamental puede acarrear la finalización del contrato de trabajo, configurándose un acto antisindical donde lo difícil será establecer el nexo causal que permita calificarlo como tal.

En atención a las prerrogativas que ostenta la usuaria en el marco de la tercerización -donde asume una posición estratégica en el conflicto y se erige muchas veces como la única que puede solucionarlo-, siguiendo la lógica de lo referido a la legitimación negocial, consideramos necesario que la empresa que tiene el poder de decisión final en el ciclo productivo soporte jurídicamente la paralización, sin que pueda resolver contratos ni reemplazar trabajadores en ejercicio del derecho a huelga. Así, proponemos específicamente las siguientes medidas: i) señalar de manera expresa en el Código Civil que no constituye incumplimiento contractual del vínculo comercial de locación la falta de prestación del servicio por motivos de huelga del personal desplazado; y ii) extender el ámbito de protección de las normas que prohíben el esquirolaje hacia el personal destacado en las instalaciones de la principal.

La primera buscaría impedir que la empresa usuaria, aprovechándose de la falta de obligación legal de soportar la huelga del personal destacado, resuelva el contrato de locación en virtud del incumplimiento de la prestación debida, y con ello se den por finalizados, a su vez, los contratos de trabajo de los huelguistas dada la íntima relación entre ambos actos jurídicos. La justificación de una propuesta de esta naturaleza, que incide directamente en la libertad de empresa, se encuentra en que si bien los despidos fueron efectuados por la contratista, derivan de la decisión de la titular del proyecto empresarial que cumple trascendentes roles respecto del personal desplazado en sus instalaciones. Pese a ello, nuestro ordenamiento vigente, basado en los principios de personalidad jurídica y contractualismo bilateral, parece no tomar en consideración este hecho, y sin siquiera analizar si la medida de conflicto le atañe o no, solo ordena a la empresa que presta

³¹³ BAYLOS GRAU, Antonio. “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”. En: *Estudios sobre huelga*. Bomarzo, Albacete, 2005, p. 98.

servicios de tercerización restablecer el vínculo jurídico con el trabajador, sin pronunciarse respecto de aquel de índole civil, con lo cual es esta la que terminaría asumiendo el riesgo de su propia actividad y la de su cliente.

El problema no está en que una empresa transfiera sus riesgos productivos a otra, sino en que finalmente quienes los asuman sean los trabajadores, pues ¿Cómo viabilizar la reposición si ya no hay empresa principal a la cual destacarlos? Sin negar la existencia de casos en los que las contratistas cuentan con una amplia gama de clientes y de contratos que permitirían que se responsabilice de manera autónoma, consideramos que en la mayoría de supuestos se requerirá de la principal para que la reinstalación en el empleo se concrete, por lo que si seguimos pensando en mecanismos de garantía ex post, los operadores jurídicos deberían ordenar complementariamente el restablecimiento del vínculo comercial. Frente a ello, consideramos que una medida más idónea para la protección del derecho y menos gravosa que la referida reparación a posteriori es la implementación de una respuesta a nivel legislativo ex ante, que pase por adecuar las normas del Código Civil relativas al incumplimiento contractual en el sentido de impedir que las principales resuelvan el contrato de tercerización en los casos que la falta de la prestación debida responda al ejercicio legítimo del derecho de huelga.

De otro lado, la segunda de las propuestas tendría por finalidad impedir que en aquellos casos en los que la principal decida mantener el contrato de tercerización pueda anular la repercusión de la medida de presión a través del reemplazo de los trabajadores destacados huelguistas. Tal como mencionáramos, consideramos que en el marco de la tercerización aquella empresa que se beneficia de la prestación, controla el ciclo productivo y está en posición de solucionar los conflictos debe jurídicamente soportar la huelga conjuntamente con la contratista, razón por la cual deberían extrapolarse las normas sobre esquirolaje a este campo; solo así se impediría que este derecho pierda efectividad. De no adoptarse medidas como la propuesta solo la contratista estará realmente interesada en solucionar el conflicto – dada la no percepción de la retribución civil pactada por los días de huelga-, siendo que la predisposición de la principal a tal efecto dependerá de la presencia particularidades fácticas: costo del reemplazo de personal, presión que pueda ejercer la contratista, momento de ejecución de la huelga, etc. En atención a lo dicho consideramos que hace falta una intervención jurídica la obligue a aguantar la paralización de labores,

prohibiéndole reemplazar la prestación de servicios suspendida ya sea a través de trabajadores de la propia empresa o externos. En definitiva, se trataría de extender la prohibición de esquirolaje a las relaciones jurídicas de naturaleza civil en las que los trabajadores de una empresa presten servicios en las instalaciones de otra de manera permanente, continua y donde la beneficiaria cumpla los roles que vimos al inicio del presente capítulo.

En realidad, los dos mecanismos, que cumplirían además una función de desincentivo de tercerizaciones fraudulentas, apuntan a modificar las reglas tradicionales previstas para el ejercicio del derecho de huelga, buscando que trascienda de la relación laboral. Si bien involucran limitaciones a la libertad de empresa, creemos que se encuentran justificadas en aras de salvaguardar la eficacia de derechos humanos colectivos que son de igual o mayor valor, cumpliéndose los criterios del test de proporcionalidad: ambas persiguen un fin lícito – efectivizar el derecho de huelga; son idóneas para alcanzarlo; no existen otros medios menos gravosos capaces de asegurar el mismo resultado; y cumplen con el criterio de proporcionalidad en sentido estricto o juicio de ponderación, en tanto el grado de imposición de cargas es el que se precisa para efectivizar plenamente el ejercicio de la autotutela. Atender a la sola inexistencia de un vínculo formal entre los trabajadores desplazados y la usuaria implicaría avalar que a través de la tercerización se puede vaciar de contenido este derecho fundamental. Conforme ha señalado el Tribunal Español sobre el particular, *“de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que éstas alcanzan únicamente al contratista, empresario directo de la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla”*³¹⁴.

³¹⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional de España de fecha 19 de octubre de 2010: 75/2010, recaída en el Expediente N°3567-2006, Fundamento jurídico 7; y 76/2010, recaída en el Expediente N°3568-2006, Fundamento Jurídico 8.

3. MEDIDAS SINDICALES PARA NEUTRALIZAR EL IMPACTO NEGATIVO DE LA TERCERIZACIÓN EN LOS DERECHOS COLECTIVOS

Hemos pasado revista a las dificultades que enfrentan los trabajadores de la contratista para el ejercicio efectivo de sus derechos colectivos dadas las altas tasas de rotación y dispersión que vienen caracterizando los procesos de tercerización, más aun en un contexto de repotenciación del poder empresarial, en el que ni las normas ni la Administración Pública son capaces de respaldar su desarrollo. Pese al escenario adverso, en los últimos años se han gestado importantes esfuerzos de las organizaciones sindicales por implementar medidas que adecúen el ejercicio de estos a la nueva organización del ciclo productivo y así neutralizar de alguna manera el impacto negativo que enfrentan, pues el hecho que las estructuras productivas se modifiquen no implica de modo alguno que los derechos de naturaleza colectiva estén condenados a desaparecer, sino todo lo contrario, es momento que los mismos sean redefinidos y replanteados, a efectos de ser ejercidos de manera plena.

No podemos perder de vista que si bien los cambios en las estructuras productivas colocan en jaque a la tutela colectiva, manifiestan, al mismo tiempo, que es sumamente necesaria para garantizar el equilibrio sobre el que se sustenta el Estado social, toda vez que, bajo un modelo democrático de relaciones laborales, las organizaciones sindicales cumplen un rol determinante en los proceso de distribución de la riqueza y de ejercicio del poder. Estas *“no solo actúan como agentes económicos en la negociación colectiva, lo hacen también como agentes sociales que expresan la identidad social de los trabajadores, frente a los demás actores sociales y frente al Estado”*³¹⁵. Así las cosas, cabe preguntarse de qué medidas disponen actualmente, en base al ordenamiento jurídico vigente, para mitigar las repercusiones que trae consigo la implementación de la tercerización. Siguiendo a Álvaro Orsatti, podemos diferenciar entre acciones sociopolíticas o también llamadas jurídicas y acciones directas o estrictamente sindicales³¹⁶.

³¹⁵ ROSENBAUM, Jorge. *Tendencias y contenidos de la negociación colectiva en el Cono Sur de América*. OIT, Lima, 2001, p.

96.

³¹⁶ ORSATTI, Álvaro. "Acción sindical ante la tercerización en América Latina – Caribe". En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 4, Buenos Aires, 2009, p. 370.

3.1. MEDIDAS SOCIOPOLÍTICAS O JURÍDICAS

Los mecanismos que encuadran en esta primera alternativa revisten especial utilidad no solo para hacer visible la problemática a nivel social, sino también para facilitar la acción directa, en tanto a través de ellos las organizaciones sindicales pueden proponer reformas legislativas o la adopción de criterios administrativos o jurisprudenciales que faciliten el ejercicio de derechos colectivos o que cuando menos eviten restringirlos³¹⁷.

En efecto, a través de estas medidas sociopolíticas, la acción sindical es susceptible de desenvolverse en dos ámbitos: i) el legal; en el que, incluso presentándose proyectos normativos, se buscaría influir en el Poder Legislativo, en casos de Leyes, y en el Ejecutivo, si hablamos de Reglamentos o directivas, a efectos que se modifique la regulación vigente; y ii) el jurisprudencial; donde se buscaría repercutir en la actuación del Poder Judicial, en el sentido que a la hora de aplicar las normas vigentes, los jueces las interpreten de manera tuitiva en base al principio pro operario. En suma, ambos mecanismos jurídicos de incidencia sindical tanto a nivel legal cuanto jurisprudencial, factibles de ser implementados de manera conjunta, tienen por finalidad instar al Estado a que efectúe cambios en las instituciones básicas de las relaciones individuales y colectivas de trabajo que le permitan adecuarse al nuevo escenario productivo; evidentemente, la decisión final respecto a las modificaciones pertinentes queda en manos del Estado, por lo que en este extremo nos remitimos al punto anterior.

En este escenario, la organización sindical no actúa en el marco de una relación de trabajo, sino como actor social que busca influir en las decisiones y políticas gubernamentales, con la finalidad de que sus intereses se tomen en cuenta en la formulación e implementación de las directrices que delimitarán su ámbito de actuación en el plano de la realidad, reafirmando así el pluralismo propio del sistema de relaciones laborales y del modelo de Estado acogido.

³¹⁷ ERMIDA, Óscar y ORSATTI, Álvaro. "Elementos para estrategias sindicales frente al outsourcing / tercerización". En: BUENO, Luis y DEAN, Matteo (Coordinadores). *Outsourcing (tercerización): Respuestas desde los trabajadores*. Centro de investigación laboral y asesoría sindical, México D.F., 2009, p. 168.

3.2. MEDIDAS DE ACCIÓN DIRECTA O PROPIAMENTE SINDICALES

Antes de entrar a analizar las opciones de las que se disponen los trabajadores en materia de sindicación, negociación colectiva y huelga, cabe recordar que los canales estatalmente previstos para el ejercicio de estos derechos se muestran ineficientes en un contexto de tercerización, por lo que mientras no se modifique el marco regulador en materia negocial y conflictiva, las respuestas sindicales se verán limitadas por el mismo. Lo que queremos decir es que si bien las medidas sindicales son deseables y loables por instaurarse pese al contexto adverso, será difícil que estas logren paliar por sí solas la falta de garantías que deben ser otorgadas desde el Estado.

Tomando en cuenta que la fortaleza sindical sigue reposando en la unidad y el número, y que estamos frente a un proyecto empresarial en el interviene más de un empleador, estimamos que las medidas de acción directa a implementarse deben aspirar a involucrar a los trabajadores de ambas entidades involucradas. Sin embargo, se ha señalado que este planteamiento envuelve una suerte de “*contradicción interna*”, capaz de impedir su pleno desarrollo, referido al posible rechazo de los trabajadores directos a una política sindical amplia que abarque la protección del personal tercerizado, colocándose en riesgo, pues, la solidaridad de clase³¹⁸. Básicamente esta situación obedecería a los problemas que se enfrentan para la consolidación de la comunidad de intereses – que incluso afectará al personal de la misma empresa contratista dada la dispersión y rotación que caracteriza la tercerización -, los cuales en atención a su naturaleza son difíciles de ser abordados frontalmente por las medidas gubernamentales revisadas, deviniendo la acción sindical especialmente útil para su superación.

Sobre el particular, si bien se presentan graves dificultades para la armonización de aspiraciones muchas veces divergentes en un contexto donde, a primera vista, parece reinar la individualización de las relaciones de trabajo, debe repararse que esta “*no constituye un factor que por esencia, con una mecánica de causa – efecto automática, se presente como esquema alternativo e incompatible con el modelo sindical de tutela colectiva de intereses.*”³¹⁹

³¹⁸ Ídem., p. 173.

³¹⁹ CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. Óp.cit., p. 21.

En efecto, el afianzamiento de la confluencia de intereses necesaria para emprender conjuntamente la acción sindical se dificulta mas no se imposibilita, por lo que será labor de las organizaciones sindicales enfatizar en la existencia de puntos de síntesis que incentiven la identidad colectiva— la naturaleza de asalariados, la aspiración común de mejora de condiciones laborales y obtención de un empleo digno, la concurrencia en un mismo espacio físico y la sujeción a la titular del ciclo productivo son sin duda, elementos unificadores -, sin dejar de lado la representación y defensa de aquellos intereses particulares, que pueden no ser extensivos a toda la categoría. Lo apropiado, entonces, sería *“la integración del fenómeno individualizador por parte del sindicato como una realidad consolidada”*³²⁰ a la que debe darse una respuesta, para lo cual se torna imprescindible el acogimiento de un modelo de tutela colectiva de geometría variable³²¹, capaz de incorporar la diversidad de intereses involucrados con la finalidad de continuar asegurando la efectividad de la función equilibradora de la libertad sindical.

Se requiere de una actividad de articulación dirigida por el sindicato, que, tomando en cuenta lo común, pase por la conjugación de las reivindicaciones individuales de los trabajadores hacia la convergencia del interés colectivo. Conforme sostiene José Tribuzio, la tutela colectiva *“deberá encaminarse a resolver la tensión entre lo general y lo específico (de cada demanda heterogénea) a través de una estrategia integradora (“cadena de equivalencias”), que construya representatividad en y desde el lugar de trabajo”*³²², concepto este último en torno al cual, según señala el profesor Antonio Baylos, *“se puede desplegar la eficacia de una acción sindical anclada en el territorio donde se produce materialmente el trabajo de diferentes empresas para una empresa principal.”*³²³ Siendo que estamos frente a estructuras productivas en redes, convendría que las estructuras organizativas sindicales tomen en cuenta la noción de centro de trabajo, pero que también trasciendan de ella, incidiendo en ámbitos de mayor magnitud de índole supraempresarial que, como vimos con anterioridad, favorecen también la comunidad de intereses, sin dejar de lado aquellas reivindicaciones particulares que pueden ser abordadas a través de la negociación colectiva articulada.

³²⁰ *Ibidem.*

³²¹ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “Estructura sindical y negocial: buscando mejorar la cobertura y eficacia de la tutela colectiva”. En: *Procesos de autoreforma sindical en las Américas*. Avances del Grupo de Trabajo sobre Autoreforma Sindical en 2009. GTAS, Sao Paulo, 2010, p. 46.

³²² TRIBUZIO, José. “La representación sindical en el lugar de trabajo”. En: RAMÍREZ, Luis Enrique (Coordinador). *Derecho de trabajo y derechos humanos*. Euros Editores, Buenos Aires, 2008, p.459.

³²³ BAYLOS GRAU, Antonio. “La acción colectiva de los trabajadores en la empresa: reflexiones sobre algunos problemas derivados de la institucionalización sindical en ese espacio.” *Óp.cit.*, p. 26.

Acciones de ese tipo aumentarán el caudal sindical y con ello el poder de la organización en la negociación colectiva y la huelga, pues no debe perderse de vista que *“la solidaridad y la alianza entre los trabajadores de categorías y profesiones diferentes constituyen un multiplicador indispensable de la fuerza reivindicatoria.”*³²⁴

3.2.1. MEDIDAS DE ACCIÓN DIRECTA RELATIVAS AL DERECHO DE SINDICACIÓN

Los trabajadores tienen todo el derecho de constituir y afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes, se trata de una decisión unilateral que no requiere aceptación estatal ni de la contraparte negocial, por lo que gozan de plena libertad para adaptar la estructura sindical a las nuevas realidades productivas emergentes. Dado que la lista prevista en el artículo 5 de la LRCT es enunciativa, en conformidad con el artículo 2 del Convenio 87, cabe que se organicen en función a los criterios que consideren pertinente – a uno o más conjuntamente - , los cuales, tal como quedó dicho, podrían girar en torno a la empresa, rama de actividad y gremio; pero también al ciclo productivo, grupos de empresa, entre otros. De manera correlativa a la facultad de elegir qué tipo de organización es la más adecuada para defender sus intereses, las organizaciones sindicales poseen la de decidir, a través de sus estatutos, a quiénes se admite como miembros, correspondiendo a estas determinar si se condicionará la afiliación a la existencia de una relación laboral directa con la(s) empresa(s) que se quiere involucrar en la negociación colectiva o no.

Ahora bien, tomando en cuenta que *“allí donde se constituye un centro de decisiones de gestión empresarial, surge también la necesidad de crear fórmulas de control sindical”*³²⁵ , se debe tenerse presente que para comprender a la principal dentro del ámbito de actuación de la organización sindical, en atención al principio de congruencia, debe optarse por una estructura organizativa de índole supra empresarial.

Conforme señala el profesor Wilfredo Sanguineti, entre las opciones con las que cuentan los trabajadores a dicho nivel figuran los sindicatos *de rama de actividad* – en la medida que se utilice un criterio material para determinar la pertenencia a la misma; *de territorio* - en los casos que la red se extienda en un espacio geográfico determinado -; o incluso *de empresas*

³²⁴ RICCIARDI, Mario. *Op.cit.*, p. 91.

³²⁵ CRUZ VILLALON, Jesús. *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*. Trotta, Madrid, 1992, p.195.

contratistas, organizadas en función al sector productivo, territorio o a la empresa matriz para la cual prestan servicios³²⁶. Además, conforme viéramos en el apartado anterior, podemos agregar la posibilidad de organizarse de manera transversal al ciclo productivo, agrupando a los trabajadores de todas las empresas que contribuyen a su realización. Lo ideal sería que lleguen a estructurarse de manera simétrica al proyecto empresarial al que prestan su fuerza de trabajo: si ya no estamos frente al tradicional modelo de producción de bienes y servicios, tampoco deberíamos estarlo en términos sindicales.

Cabe referir que ninguna de las alternativas presentadas anula la posibilidad de que paralelamente se diseñen estructuras a nivel de cada empresa, ni excluye la participación de las federaciones o confederaciones, que podrán afiliar no solo a los sindicatos señalados sino también directamente a trabajadores que carezcan de representación, conforme lo avala el Comité de Libertad Sindical. En todo caso, la evaluación y elección de alguna de las posibilidades presentadas compete exclusivamente a los trabajadores, no siendo necesaria la constitución de una nueva organización sindical que se acomode a los retos aquí presentados, por cuanto podrían bastar reformas estatutarias que amplíen el ámbito de actuación de las existentes.

Llegado este punto, cabe poner en evidencia las meritorias iniciativas de dos de los sectores que llevan mucho tiempo intentando adoptar fórmulas organizativas de respuesta frente a este nuevo escenario productivo: el minero y el de telecomunicaciones.

En el sector minero actualmente suelen formarse sindicatos supra empresariales de carácter “horizontal”, que agrupan a los trabajadores de las diversas contratistas que prestan servicios a favor de una misma empresa principal. Sin embargo, ello no implica que se hayan dejado de constituir organizaciones sindicales de empresa en cada una de las entidades involucradas, pues recientemente hemos tenido conocimiento que mediante la agrupación de varias de ellas se ha consolidado la Federación Nacional de Trabajadores de las Empresas Especializadas y Contratistas de la Actividad Minera del Perú (FNTECMMP), cuya primera Asamblea de delegados se celebró los días 21 y 22 de setiembre de 2012. Este innovador esfuerzo da cuenta que se requiere encontrar respuestas particulares a la problemática de esos trabajadores, medidas específicas que les permitan ejercer sus derechos colectivos en

³²⁶ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La regulación de los efectos laborales de la subcontratación: el Perú en América del Sur”. *Óp.cit.*, p. 351.

el marco de la subcontratación, siendo una prueba de ello que en la referida Asamblea se rechaza de manera expresa la injerencia de la Federación Minera y de la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), organizaciones que no se constriñen a agrupar y a actuar en favor de los denominados trabajadores indirectos. A propósito de esta última, cabe anotar aquí que ha reformado sus estatutos admitiendo la afiliación directa de cualquier trabajador, asalariado o autónomo, incluso desempleado, reformulando a su vez su estructura orgánica con la finalidad de consolidar su alcance sectorial y territorial.

De otro lado, en el sector de telecomunicaciones, SINTENEL modificó sus estatutos para incorporar no solo a los trabajadores directos de las empresas del grupo Telefónica, sino también a aquellos que laboran en el sector, a fin de afiliar al personal de contratistas. Así, como sindicato de rama, susceptible de afiliar a todo el personal que presta servicios en la principal, con prescindencia de la existencia de una relación laboral directa entre esta y los trabajadores destacados, viene realizando importantes acciones en defensa de sus miembros. Muestra de ello es que su actuación ha dado lugar a la emisión del precedente de observancia obligatoria, contenido en la Resolución Directoral General N° 021-2011-MTPE/2/14, de fecha 4 de noviembre de 2011, por medio del cual se estableció que la lista contenida en la LRCT que señala los tipos de sindicatos que pueden constituirse tiene carácter puramente ejemplificativo.

3.2.2. MEDIDAS DE ACCIÓN DIRECTA RELATIVAS AL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Hemos visto que las respuestas en materia de negociación deberían pasar por reconstruir la unidad material del proyecto productivo, para lo cual devendría necesaria la modificación de las reglas sobre legitimación y nivel negocial. Lamentablemente desde la acción sindical directa difícilmente se podrá incidir en alguna de ellas, por lo que las organizaciones que afilien al personal de contratistas, con prescindencia de la adopción de una estructura organizativa supraempresarial, negociarán indefectiblemente a nivel de empresa con el empleador de los afiliados, salvo que autónomamente o a través de medidas de presión como la huelga la contraparte acepte negociar a nivel distinto.

Tomando en consideración lo expuesto, se han puesto en marcha en determinados sectores productivos, principalmente en el minero y el de telecomunicaciones, novedosas iniciativas sindicales dirigidas a adaptar la negociación colectiva a este contexto, con la finalidad de que a través de su producto típico se puedan reducir las diferencias salariales y de condiciones laborales que persisten entre los trabajadores de las empresas involucradas. Se buscaría la superación del modelo vigente, que promueve que se ejerza de manera aislada en cada empresa, sin dar relevancia jurídica al contexto de subcontratación en el que se desenvuelven.

De este modo, son organizaciones sindicales supraempresariales – principalmente sindicatos de rama y federaciones - las que suelen enfrentar este problema a través de la elaboración de un único pliego de reclamos y la elección de una sola comisión negociadora que se encargará de discutirlo paralelamente con cada concreta empresa inmersa en su ámbito de actuación. Se asegura, de esta manera, que la negociación se llevará a cabo sobre los mismos puntos y en el mismo grado, propiciando el mantenimiento de condiciones de trabajo y empleo uniformes entre sus miembros. Sin embargo, cabe reconocer que en aquellos sindicatos de amplias bases que afilian trabajadores directos y subcontratados se configura una excepción: se presentan pliegos diferenciados a las contratistas y a las principales. A modo de ejemplo podemos referir que SITENEL negocia determinado pliego con las empresas del grupo Telefónica, y otro con aquellas que prestan servicios de tercerización.

En estos casos, aunque jurídicamente no esté avalado el emplazamiento a la principal en la negociación colectiva que involucra al personal destacado, esta termina interviniendo de manera fáctica y extra oficial a través de coordinaciones constantes con las auxiliares, dado su interés directo en la resolución del conflicto y su capacidad de componerlo. Considerando lo dicho, en términos materiales estaríamos frente a una única negociación supra empresarial en la que interviene la principal, pese a que formalmente se suscribirán distintos convenios colectivos a nivel de cada empresa contratista.

La única exigencia para la puesta en marcha de esta estrategia es que se observe el principio de congruencia. A fin de representar en la negociación a todos los trabajadores de las contratistas involucradas en determinado sector o empresa principal deberá tratarse de

una organización supra empresarial, existiendo básicamente las dos alternativas siguientes: i) que quien se haga cargo de la misma sea un sindicato de ámbito superior al de empresa, que negocie en niveles inferiores, posibilidad que ha quedado plenamente garantizada mediante precedentes administrativos que solo exigen que la organización sindical cuente con representatividad suficiente en todas las entidades a las que emplaza con el pliego, sin que se le pueda exigir la constitución de una sección sindical para dichos fines; o ii) que quien la conduzca, en representación de los sindicatos o de los afiliados directamente, sea una federación o confederación, en tanto, conforme señala la Comisión de Expertos, *“toda restricción o prohibición a este respecto obstaculiza el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, impide que las organizaciones que carecen de medios suficientes reciban la ayuda de federaciones o confederaciones, en principio mejor dotadas en personal, recursos y experiencia para llevar a cabo negociaciones satisfactoriamente.”*³²⁷ Esta mecánica, que supondría una mayor condensación del poder negocial, se presenta actualmente en el sector minero, de construcción civil y telecomunicaciones, en los que los sindicatos no son solo asesorados sino también representados por las federaciones.

Resulta importante destacar que aun cuando los convenios colectivos tengan un ámbito de aplicación empresarial pueden cumplir un rol importante de cara a la neutralización de los efectos negativos de la subcontratación, en la medida que se incida en la faceta adaptativa de la función de intercambio – permitiendo la adaptación de las condiciones laborales a las necesidades empresariales-, y en las funciones gubernamentales y organizacionales de la negociación colectiva - abarcando aspectos del sistema de relaciones laborales y asuntos relacionados con la actuación de la empresa como sujeto económico³²⁸. Dado que este derecho *“es el único mecanismo que, por su naturaleza participativa, permite vincular a los trabajadores a la toma de decisiones sobre la flexibilidad”*³²⁹, permitirá llegar a acuerdos no solo respecto de las condiciones de trabajo y empleo, sino también sobre cuestiones vinculadas a la organización del trabajo y gestión del personal.

Respecto a los convenios colectivos que regirán dentro de las contratistas, dadas las dificultades que enfrenta el personal para ejercer acción sindical será difícil que en su seno

³²⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe III (Parte 4B), Libertad sindical y negociación colectiva*. 81ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, 1994, párrafo 249.

³²⁸ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “Los grandes desafíos de los derechos colectivos del trabajo en un (hasta ahora) adverso siglo XXI.” *Óp.cit.*, p.565.

³²⁹ RUEDA, Marleen; SEPÚLVEDA, Juan Manuel y VEGA, María Luz. *Tendencias y contenidos de la negociación colectiva: fortalecimiento de las organizaciones sindicales de los países andinos*. Estudio comparado. OIT, Lima, 1998, p. 36.

encontremos soluciones. Sin embargo, cabe aquí mencionar que hallamos una interesante experiencia negocial en Argentina, puesta en relieve por Diego Tosca, que si bien corresponde a un caso de negociación por rama, fue alcanzada por una organización sindical conformada exclusivamente por personal subcontratado. Se trata del Convenio Colectivo de Trabajo Nro. 281/96, convenio de la actividad de limpieza o maestranza, que fijó garantías de responsabilidad a la empresa principal en los siguientes términos:

“Toda persona física o jurídica, incluyendo los organismos y empresas del Estado, que contrate o subcontrate los servicios de una empresa de limpieza, será solidariamente responsable con ella de todo incumplimiento de esta última respecto de las disposiciones legales y todas las previstas en la presente convención colectiva de trabajo”.

Conforme señala Diego Tosca, si bien se puede criticar que a través de dicha maniobra se impone una obligación a quien no fue parte del Convenio, podría sostenerse *“que los terceros contratantes de empresas de limpieza están convalidando con el acto de contratación del servicio el alcance hacia terceros de la cláusula convencional.”*³³⁰ Esta iniciativa que plantea la extensión de la responsabilidad solidaria podría ser también adoptada mediante negociación a nivel de empresa, dependiendo su concreción de la fuerza que ostenten los sindicatos involucrados.

De otro lado, sobre las convenciones a nivel de empresa aplicables en las principales, existe una amplia gama de cláusulas que podrían ser materializadas con mayor posibilidad de éxito antes que opere la subcontratación, permitiendo arribar a una “flexibilidad laboral pactada” a través de la regulación de condiciones para su implementación y desarrollo. En este sentido, resaltan aquellas que tienen por objeto lo siguiente: i) restringir el recurso a la tercerización si es que su implementación supone una reducción en el volumen de personal directamente contratado; ii) prohibir la externalización de ciertas fases del ciclo productivo o determinar los supuestos en los que la misma es viable; iii) establecer requerimientos específicos para la elección de las contratistas; iv) desarrollar el deber de información a efectos de promover el

³³⁰ TOSCA, Diego. “La representación sindical y las nuevas formas de organización empresarial.” En: MONEREO, José Luis (Director). *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*. Comares, Granada, 2011, p. 124.

control de la operación; v) establecer mecanismos de participación del sindicato en la vigilancia del cumplimiento de obligaciones de la contratista; entre otros³³¹.

La potencialidad de paliar los efectos negativos de la tercerización a través de estos convenios de nivel empresarial no queda allí, pues como afirma Wilfredo Sanguinetti, a través de la utilización de su dimensión contractual se podría incidir también en los siguientes ámbitos: *“el de las condiciones laborales a garantizar a los trabajadores de las empresas contratistas y el del aseguramiento de la permanencia en el empleo de estos últimos.”*³³²

Efectivamente, a través de las cláusulas obligaciones la empresa principal podría comprometerse a exigir a sus colaboradoras como requisitos para iniciar o mantener la relación comercial, de un lado, el cumplimiento de determinadas condiciones laborales básicas a favor del personal desplazado y de otro, *“la asunción del personal de quienes los han antecedido en el desarrollo de la actividad como condición para asumir la contrata.”*³³³

Nuevamente, la concreción y efectividad de estas disposiciones dependerá de que estemos frente a organizaciones sindicales con considerable poder negocial, resultando también fundamental que el Estado cumpla con promover la negociación colectiva en los términos revisados en el presente trabajo.

Finalmente, cabe anotar que existen planteamientos que proponen la representación de los intereses de los trabajadores de la contratista por parte de la organización sindical de la principal, la cual se encontraría en mejor posición para administrar el conflicto en el centro de trabajo, procurando así *“la defensa de las reivindicaciones (...) vinculadas a las necesidades que aparezcan en el desarrollo de las actividades en el centro de trabajo.”*³³⁴

Sobre el particular, esta posibilidad prevista en el Estatuto de Trabajadores de España³³⁵ se encuentra con importantes obstáculos legales, toda vez que nuestro ordenamiento acoge la posibilidad de que un sindicato represente a personas no pertenecientes al mismo solo tras

³³¹ Una propuesta de sistematización de las modalidades de acción directa en el lugar de trabajo mediante negociación colectiva y otras estructura de negociación puede encontrarse en: ORSATTI, Álvaro. “Acción sindical ante la tercerización en América Latina – Caribe”. Óp.cit., p. 387.

³³² SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Subcontratación y calidad del empleo en los convenios de empresa del sector del metal”. En: *Revista de Derecho Social*. Nº 56, Albacete, 2011, p.202.

³³³ Idem., p. 196.

³³⁴ UGAZ OLIVARES, Mauro. “La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación.” Óp.cit., p. 337.

³³⁵ Se han introducido algunas medidas en el Estatuto de Trabajadores de España dirigidas a garantizar el derecho de representación de los trabajadores destacados. En primer lugar, se ha previsto en el artículo 42.6 ET que bajo el supuesto que los trabajadores de las contratistas carezcan de órganos de representación legal tienen derecho a formular frente a la empresa principal – a través de los representantes de los trabajadores de la empresa principal -cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de su actividad laboral mientras compartan centro de trabajo. De otro lado, en los casos que sí tengan elegida representación legal, el artículo 42.7 ET permite la realización de reuniones conjuntas en el local del comité de empresa de la empresa principal, a efectos de que ambas representaciones coordinen las condiciones de ejecución de la actividad laboral.

el cumplimiento de un requisito objetivo: la afiliación de la mayoría absoluta de trabajadores del ámbito. En atención a que el personal de la contratista ni siquiera sería parte del mismo, la empresa principal podría oponerse válidamente a una medida de esta naturaleza, salvo que medien cambios legales que le impongan obligaciones en dicho sentido. Más allá de ello, debe prestarse atención a que la representación se daría respecto de los conflictos que se suscitan por la presencia física del personal y su consiguiente sujeción a las reglas que rigen en el centro de trabajo, dejando sin solución a aquellos que se vinculan con la duración de los contratos y la determinación de condiciones laborales que suponen un desembolso remunerativo. Así, consideramos que su ejecución solo sería viable si se da de manera complementaria a las reseñadas a lo largo del presente capítulo, y siempre que existan mecanismos que permitan reducir el riesgo de que los involucrados ostenten una condición de “sub representados”, que podría materializarse en la aplicación de un criterio diferenciado a la hora de la consecución de beneficios.

3.2.3. MEDIDAS DE ACCIÓN DIRECTA RELATIVAS AL DERECHO DE HUELGA

Ha quedado claro que la única obligada a soportar la medida de presión del personal destacado en las instalaciones de la principal será la contratista, por lo que nada impediría que ante una paralización la beneficiaria de los servicios supla la prestación ausente con los servicios de otros trabajadores o resuelva el vínculo civil por incumplimiento contractual, derivando esta actuación en la pérdida del empleo de los huelguistas. Dado que a través de las medidas sindicales no se podrá incidir en la regulación civil de los contratos de locación de servicios ni modificar el modelo de huelga normativamente acogido, las respuestas en esta materia deben girar en torno a la adecuación del modelo estático - que la contempla como la cesación continua y total de labores con abandono del centro de trabajo - a este paradigma productivo.

Si bien, en conformidad con lo desarrollado en el segundo capítulo, la adopción legal del referido modelo en un contexto de subcontratación dificulta que esta institución cumpla con su rol de garantía de la tutela colectiva, debemos reconocer que existen casos en los que se le puede dar un uso estratégico, a través de su materialización en un momento de especial vulnerabilidad para la empresa principal, esto es, cuando ésta tenga compromisos puntuales

con sus clientes o se encuentre en pleno desarrollo de una fase neurálgica vinculada a su proceso productivo. El éxito de este tipo de utilización dependerá de las posibilidades con las que cuenta la principal para reemplazar la prestación suspendida.

Tomando en cuenta lo mencionado, no debe causar sorpresa que los casos más paradigmáticos los constituyan las huelgas que abarcan a todas las contratistas de determinada empresa minera, las cuales generalmente logran paralizar la producción en la medida que se complica el reemplazo de los trabajadores dadas las dificultades geográficas de acceso al centro de trabajo. Podemos mencionar a modo de ejemplo las paralizaciones coordinadas que tuvieron lugar en las empresas prestadoras de servicios de tercerización de la compañía minera Buenaventura, las cuales al llevarse a cabo a puertas del envío del mineral a otros países la afectaron directamente, logrando la instauración de un proceso de negociación colectiva conjunta con las contratistas, en las que la principal participó como observador³³⁶.

Desde otra perspectiva, señala el profesor Óscar Ermida que en este contexto de fragmentación empresarial se revalorizan la publicidad interna y externa de la huelga³³⁷. La primera alude a que al ser más difícil la realización de la asamblea tradicional cobran relieve otros mecanismos de difusión y comunicación interna - entre los que destacan los panfletos, las circulares y el correo electrónico - , debiéndose destacar que recientemente las organizaciones sindicales suelen enfrentar este problema a través de su ejecución por fases, donde deja ser necesaria la confluencia de todos los afiliados en tiempo y espacio. La segunda hace referencia a la publicitación del conflicto, que puede ayudar a los trabajadores a posicionarse mejor ante la opinión pública, perjudicando, a su vez, la imagen empresarial, en base a lo cual se incidiría en la principal a través de la presión mediática, más que mediante la alteración concreta de su ciclo productivo. De ello se desprende que su efectividad dependerá básicamente de factores externos como la relevancia social otorgada al sector económico al momento de la paralización, el grado de popularidad de la empresa, la importancia que le otorga a su imagen en medios, la posibilidad de que con ocasión de la puesta en evidencia del conflicto se involucren autoridades estatales u empresas clientes

³³⁶ CANESSA MONTEJO, Miguel. "El caso SITENEL: La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana." *Informe de consultoría elaborado para el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*. Lima, 2012, p. 34.

³³⁷ ERMIDA URIARTE, Oscar. "La flexibilización de la huelga." *Óp.cit.*, pp.33-35.

que no quieran mantener vínculos comerciales con entidades de las que no queda clara su compromiso social en la defensa de derechos fundamentales, entre otros.

Finalmente, cabe enfatizar en la importancia de las medidas sindicales para generar comunidad de intereses entre los asalariados de ambas empresas - en los términos revisados en el apartado 3.2 del presente capítulo-, pues de concretarse en un grado suficiente podrían considerarse como alternativas reales las huelgas conjuntas y las de solidaridad, a través de las cuales conseguirían presionar válidamente a la contraparte a fin de conseguir su aceptación para negociar a nivel distinto al de empresa.



CONCLUSIONES

- Nuestra Constitución vigente, conforme lo hizo su predecesora, explicita su adhesión al modelo de Estado Social, no solo a través de la declaración expresa del artículo 43, sino por la presencia en nuestra Carta Fundamental de los tres elementos que lo configuran: pluralismo social; la reformulación de los derechos fundamentales- que abarca la relativización de los derechos clásicos y el reconocimiento de derechos sociales-; y la intervención estatal en la economía. El alcance y contenido de las disposiciones legales y constitucionales, entre ellas las referidas a la tutela colectiva, deben ser interpretadas a la luz de este precepto.
- El Derecho del Trabajo se erige como un instrumento clave de legitimación y equilibrio social capaz de fundamentar el modelo estatal acogido y su orden económico, en la medida que logra dirimir el conflicto industrial entre capital y trabajo, al reconocer la libertad de empresa y la propiedad privada de los medios de producción en tanto se ejerzan dentro los linderos impuestos por los mecanismos de tutela de los trabajadores diseñados para paliar la desigualdad socio económica connatural a las relaciones laborales. La tutela colectiva cumplirá un rol preponderante no solo como instrumento de nivelación del desequilibrio económico social presente en las relaciones de trabajo, sino también como medio capaz de

influir en los procesos de redistribución de la riqueza y de asignación y ejercicio del poder.

- La consagración constitucional de la libertad sindical en sentido amplio a través del artículo 28º de la Constitución supone la adopción del modelo pluralista de relaciones laborales, el cual parte de reconocer al conflicto industrial como inevitable y legítimo, y a la negociación colectiva como el medio adecuado para su composición y funcionalización. La existencia de un verdadero modelo democrático en este ámbito no se puede concretar sin la intervención del Estado dirigida a promover el efectivo ejercicio de los derechos colectivos. En atención a lo expuesto, el artículo 28º de nuestra Constitución imprime una obligación estatal de fomento de la negociación colectiva, en conformidad con lo establecido en los artículos 11 y 4 de los Convenios 87 y 98 de la OIT, respectivamente, y que en realidad deriva de la propia concepción del Estado social.
- No deben confundirse los términos descentralización productiva, subcontratación y tercerización. El primero hace alusión al fenómeno económico mediante el cual se deja atrás el modelo clásico de organización del trabajo propio de la empresa fordista para dar paso a uno que abarca una compleja gama de relaciones interempresariales; el segundo, a la categoría jurídica central por medio de la cual este fenómeno se materializa; mientras que el tercero a la manera de denominar en nuestro país a la subcontratación de la producción de bienes y servicios, mecanismo a través del cual una empresa desintegra su proceso productivo en fases claramente diferenciables con la finalidad de transferir algunas o todas ellas a otras entidades con quienes celebrará acuerdos de naturaleza civil, sin que esto implique la renuncia al control global del proyecto empresarial.
- El escenario en el que se han desarrollado los procesos de subcontratación, es uno en el cual- por ocasión de la política de flexibilización laboral implementada en la década de los noventa - los derechos laborales de naturaleza individual y colectiva ya se encontraban debilitados por se por la normativa legal, en clara contraposición con el ordenamiento constitucional. La reforma en cuestión, cuyas normas continúan

vigentes casi en su totalidad, no solo minó la estabilidad laboral, presupuesto del ejercicio de los derechos colectivos, sino también dejó a estos últimos completamente desarmados al optar por un modelo descentralizado de relaciones colectivas de trabajo.

- Dado el debilitamiento de los derechos colectivos, y el consecuente repotenciamiento del poder empresarial, el diseño e implementación de las novedosas formas de organización de la producción y del trabajo no ha contado con la participación de las organizaciones sindicales. De ahí que la subcontratación generalmente involucre modalidades de contratación temporal, mayor rotación de personal, bajos niveles salariales, entre otros, al punto de considerarse que lleva a la precarización y segmentación del mercado de trabajo, identificándose con la degradación de las condiciones de empleo.
- Es en atención a que la puesta en marcha de esta figura supone la fractura formal del proyecto empresarial pese a que su unidad material y de dirección se mantenga que las nociones de empresa y empleador dejan de ser coincidentes. La aplicación tajante de los principios de personalidad jurídica y de contractualismo bilateral en un escenario como este, genera que los trabajadores de ambas empresas vean menoscabado el ejercicio de sus derechos fundamentales de naturaleza individual y colectiva pese a la existencia, respecto de estos últimos, de una obligación estatal de fomento y garantía impuesta por la Constitución.
- La subcontratación produce dos grandes consecuencias a nivel macro. La primera es que trastoca la concepción misma de la relación laboral, fracturándose la relación sinalagmática entre la persona que trabaja y aquella que se beneficia con el resultado final de la prestación de servicios, deviniendo el contrato laboral en un instrumento innecesario para quien requiere la colaboración de otro para producir y obtener ganancias sin perder el control global del proceso. La segunda, en realidad propia de varias otras manifestaciones de la libertad de empresa, es que con frecuencia a través de este mecanismo se quiebra la concepción de ajenidad en los riesgos de la empresa inherente al contrato de trabajo, según la cual los asalariados se limitan a

percibir su salario independientemente de las pérdidas o ganancias obtenidas por su empleador.

- Los principales efectos de la tercerización en las relaciones individuales de trabajo de la empresa contratista que están íntimamente vinculados con la eficacia de la tutela colectiva por minar algunos de los presupuestos para su ejercicio son los siguientes: i) promueve la precarización y degradación salarial, pues la remuneración ya no dependerá de la efectiva prestación de servicios realizada, ni de la experiencia o habilidades del trabajador, sino de su posición dentro de la cadena productiva, lo cual posibilita que asalariados que realizan idénticas tareas o prestaciones de valor equivalente perciban sueldos distintos en atención a quién es su empleador, desconociéndose así principios consagrados por la OIT sobre el particular; ii) incrementa la inestabilidad laboral de entrada y salida, en tanto la duración y finalización del contrato se muestran como causas válidas de contratación temporal y despido, en otras palabras, la subsistencia de las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa contratista no depende más de la actividad productiva de su empleadora directa sino de la vigencia del contrato civil entre ambas empresas involucradas.
- El impacto de la tercerización sobre las relaciones colectivas de trabajo gira en torno a dificultades relacionadas con la reducción del caudal sindical, la consolidación de la comunidad de intereses y la identificación de la verdadera contraparte negocial.
- En cuanto a la reducción del caudal sindical, tenemos que la tercerización no sólo origina la fragmentación del ciclo productivo, sino también la del colectivo de trabajadores, toda vez que funciones y actividades que venían siendo desarrolladas en su integridad por la empresa principal son desplazadas a personas jurídicas distintas, que deben adaptarse a las demandas de flexibilidad, suponiendo esto la reducción de las dimensiones de ambas empresas involucradas. Esta disminución se materializa en ambas empresas, afectando a los tres derechos colectivos: i) entorpece la constitución de organizaciones sindicales, en la medida que estas requieren la presencia de determinado número de trabajadores que gocen, además, de cierta estabilidad laboral; ii) reduce el ámbito subjetivo de aplicación de los

convenios y la capacidad fáctica de negociación colectiva de los sindicatos, la cual se limitará a cumplir una función de intercambio, llegando en ocasiones a la suscripción de productos colectivos que rompen con la progresividad que se supone debe regir; y iii) repercute notoriamente en el ejercicio del derecho de huelga, pues al ser pocos los trabajadores involucrados, será difícil que se establezca como un mecanismo sólido de presión e influencia sobre el empleador, salvo que exista la presencia de trabajadores que ocupen puestos neurálgicos o acuerdos con otros sindicatos en los cuales se pacte una especie de respaldo en estos casos.

- Las dificultades para la consolidación de la comunidad de intereses se materializan en tres dimensiones claramente diferenciables: entre los trabajadores de las empresas contratistas, en razón de la alta rotación y dispersión a la que están sujetos; entre los de ambas empresas involucradas, en tanto la subcontratación no produce una segmentación exclusivamente numérica, sino también “sustancial”, llegando a diferenciarse entre trabajadores privilegiados y precarios en función de su cercanía al epicentro; y entre el personal de la empresa principal, en la medida al contar con la posibilidad de regular de modo particular y directo con su empleador las condiciones bajo las que prestarán servicios no existirán incentivos suficientes para que se agrupen entre sí. La erosión del fundamento de la acción colectiva repercute en ambas empresas y en los tres componentes de la libertad sindical de la siguiente manera: i) afecta la sindicalización de los trabajadores, dadas las aspiraciones diferenciadas será difícil que estén dispuestos conformar una sola organización que los represente como categoría; ii) dificulta la elección de la comisión negociadora y la determinación del pliego de reclamos, ya que es probable que se presente una falta de homogeneidad – que en algunos casos puede llegar hasta contraposición- entre las pretensiones que los asalariados quieren satisfacer a través de la negociación colectiva, perjudicándose la existencia de un proyecto reivindicativo común; y iii) amenaza la concreción y efectividad de la huelga, toda vez que será complicado que exista la comunidad de intereses necesaria entre los trabajadores del ámbito como para declararla y asumirla.
- La tercerización generalmente ocasiona severos problemas de identificación del sujeto frente al cual los trabajadores de la contratista ejercerán sus derechos

colectivos, toda vez que son estos quienes mantienen un vínculo con las dos empresas involucradas. Así, genera los efectos que señalamos a continuación: i) obstaculiza el reconocimiento de la entidad empresarial respecto de la cual la organización sindical deberá fijar su ámbito de actuación, en tanto no se podrá concluir de manera categórica frente a quién(es) resulta conveniente establecerse como un interlocutor colectivo; ii) dificulta el reconocimiento de la(s) empresa(s) que debe(n) ser emplazada(s) con el pliego de reclamos en el marco de la negociación colectiva, y por tanto el nivel en el que la misma debiera desenvolverse. ;y iii) problematiza la fijación del ámbito de convocatoria, vale decir, de la empresa a perjudicar con esta medida de presión, y, a su vez, la neutralización de los efectos colaterales que es capaz de producir.

- El impacto trasciende del campo de las relaciones laborales, toda vez que la libertad sindical se ha convertido en un componente esencial del modelo estatal imperante. Así, esta alarmante reducción de su eficacia, no solo impide que la misma cumpla su rol nivelador del desequilibrio connatural al contrato de trabajo, sino también perjudica su funcionamiento como medio idóneo de influencia en los procesos de redistribución de la riqueza y de asignación y ejercicio del poder, colocando en riesgo a la propia estructura del Estado Social al no generar los equilibrios básicos entre capital y trabajo que lo sustenta.
- Este escenario que perjudica los mecanismos de funcionamiento del sistema capitalista no ha encontrado hasta el momento una respuesta estatal satisfactoria, ni de las normas que regulan la implementación y desarrollo de la tercerización empresarial ni de las dedicadas a las relaciones colectivas de trabajo, donde el Estado lejos de desempeñar un papel promotor ha impuesto una estructura sindical y negocial de empresa que, en el contexto de externalización de diversas etapas del ciclo productivo, deja prácticamente sin base a las organizaciones sindicales. El perjuicio se agrava, entonces, por la inexistencia de canales de reivindicación eficaces que permitan el acceso al verdadero centro de decisión empresarial en este nuevo contexto.

- Existen contundentes fundamentos que justifican la existencia de canales de reivindicación directos y el consecuente involucramiento de esta empresa en el ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores destacados en sus instalaciones. Las referidas razones - que son precisamente las que dificultan la identificación de la contraparte negocial – giran en torno a los roles que cumple la empresa usuaria durante la implementación de esta modalidad de organización del ciclo de producción: i) es la beneficiaria final de la prestación personal de servicios desplegada por los asalariados de la empresa contratista; ii) es la que mantiene el control global del proceso de producción, lo que le permite ostentar el poder de decisión final sobre las circunstancias bajo las cuales se desarrollará el mismo; y finalmente; y iii) es la que se encuentra en posición de solucionar la mayoría de conflictos de intereses que se suscitan con los trabajadores destacados, en algunos casos hasta de manera exclusiva. A ello debemos agregar que estamos frente a un derecho fundamental que está en los cimientos del modelo constitucional acogido, por lo que el solo hecho de que esté en riesgo su efectivo ejercicio debería de por sí justificar la intervención de la empresa beneficiaria.
- En atención a que es el Estado el llamado a cumplir la obligación constitucional de garantía y fomento y así, cuando menos, modificar aquellas normas inadecuadas que intensifican muchos de los efectos de la subcontratación sobre las relaciones colectivas de trabajo, consideramos que la respuesta debe ser estatal en primer término, sin que ello signifique restarle importancia a las sindicales. Así, en aquellos casos de vinculación comercial permanente y continua en los cuales la contratista cumpla con los tres roles determinantes desarrollados, las respuestas estatales pueden articularse en torno a los siguientes planteamientos propuestos por el profesor Wilfredo Sanguinetti: i) La recomposición de la noción de empleador; y ii) la reconstrucción sistemática de las instituciones básicas del Derecho del Trabajo.
- La recomposición del concepto de empleador, planteamiento de carácter excepcional, supone dejar a un lado los principios de personalidad jurídica y contractualismo bilateral con la finalidad de incorporar en la noción de empleador a todos aquellos que materialmente organizan y se benefician de la prestación de servicios del trabajador, tras lo cual, evidentemente quedaría comprendida la empresa usuaria,

que es la destinataria final y directa de la misma. Esta construcción amplia presenta básicamente las siguientes ventajas: impone la responsabilidad solidaria, asegura el principio de igualdad de trato entre el personal de la principal y la contratista; neutraliza los efectos negativos en la estabilidad laboral de entrada y salida y dota a las organizaciones sindicales de la contratista de legitimidad necesaria para presentar su pliego de reclamos a las dos empresas involucradas.

- La reconstrucción sistemática de las instituciones del derecho del trabajo, sin necesidad de desconocer los principios de personalidad jurídica y contractualismo bilateral, plantea la articulación de respuestas a través de la reformulación del contenido de algunas de sus categorías básicas, con la finalidad de favorecer las relaciones de tercerización que respondan a razones de especialización, logística y/o organización, e impedir, en cuanto sea posible, que su utilización implique la precarización del empleo y la degradación de las condiciones de trabajo.
- Dentro de las medidas que apuntan a reconstruir las instituciones básicas de las relaciones individuales destacan los mecanismos dirigidos a contrarrestar la precarización y degradación salarial - tales como la extensión de la responsabilidad solidaria a beneficios convencionales y la imposición legal del principio de igualdad de trato en materia de remuneraciones y condiciones de trabajo- y aquellos destinados a asegurar la estabilidad laboral de entrada y salida, en este último caso a través del recurso de medidas de subrogación previstas normativamente cuya aplicación dependa de la decisión del trabajador.
- Las que inciden en las relaciones colectivas de trabajo tienden hacia la reconstrucción de la unidad del proyecto empresarial formalmente perdida, girando básicamente en torno los siguientes ejes: i) la ampliación del ámbito de ejercicio de la libertad sindical, buscando que trascienda del campo de las relaciones laborales directas; y ii) la implantación de un modelo centralizado de relaciones laborales que, de manera inversa a la actual y en atención a la obligación constitucional de garantía y fomento, promueva estructuras sindicales y negociales supra empresariales.

- Las medidas específicas de corte estatal relativas al derecho de sindicación deberían apuntar a la promoción de estructuras centralizadas y a la garantía de la libertad de reglamentación, referida a la facultad plena de la que gozan las organizaciones sindicales para decidir estatutariamente a qué trabajadores son susceptibles de afiliarse.
- Las propuestas con relación al derecho de negociación colectiva deberían dirigirse a la modificación de las reglas sobre legitimación negociadora y al fomento de niveles supraempresariales, a efectos de que participen las dos empresas que se benefician de la prestación de servicios. No planteamos que el Estado elija el concreto nivel, mas sí que disponga que en casos de tercerización estable el mismo trascienda de la empresa, con la finalidad de que sean las partes quienes elijan si optan por uno de los grupos, redes, rama, etc.; pudiendo solucionarse las divergencias sobre el particular mediante arbitraje potestativo.
- Los mecanismos planteados para efectivizar el derecho de huelga, además de requerir la adopción legal del modelo polivalente, inciden de manera directa sobre las relaciones civiles, toda vez que consideramos necesario que la empresa que tiene el poder de decisión final en el ciclo productivo soporte jurídicamente la paralización. Así, se propone concretamente lo siguiente: i) señalar de manera expresa en el Código Civil que no constituye incumplimiento contractual la falta de prestación del servicio por motivos de huelga del personal desplazado; y ii) extender la protección de las normas que prohíben el esquirolaje hacia el personal destacado en las instalaciones de la principal.
- Si bien, mientras la intervención estatal no se concrete, las organizaciones de trabajadores no podrán lograr por sí solas cambios estructurales significativos, urge la aplicación complementaria de medidas sindicales, sobre todo respecto de aquellas aristas que por su naturaleza - como la referida a la comunidad de intereses, por ejemplo- deben solucionarse principalmente desde la autonomía colectiva. En base al ordenamiento jurídico vigente las organizaciones sindicales podrían realizar, conforme pone de manifiesto Álvaro Orsatti, acciones sociopolíticas, a través de propuestas de reformas legislativas o de adopción de criterios administrativos y

jurisprudenciales que faciliten el ejercicio de derechos colectivos; y otras de carácter propiamente sindical, destinadas a brindar respuestas a través del ejercicio de la sindicación, negociación colectiva y huelga.

- Respecto a los mecanismos de acción directa relativos al derecho de sindicación no se debe perder de vista que para comprender a la principal dentro del ámbito de actuación de la organización sindical, en estricta atención al principio de congruencia, debe optarse por una estructura organizativa de índole supra empresarial. Entre las opciones con las que cuentan los trabajadores a dicho nivel figuran los sindicatos de rama de actividad, de empresas contratistas, de ciclo productivo, entre otros, siendo lo ideal sería que lleguen a agruparse de manera simétrica al proyecto empresarial al que prestan su fuerza de trabajo: si ya no estamos frente al tradicional modelo de producción de bienes y servicios, tampoco deberíamos estarlo en términos sindicales.
- Respecto a la negociación colectiva se han puesto en marcha novedosas iniciativas sindicales dirigidas a adaptarla a este contexto. Son organizaciones sindicales supraempresariales las que a través de la elaboración de un único pliego de reclamos y la elección de una sola comisión negociadora se encargan de discutirlo paralelamente con cada concreta empresa inmersa en su ámbito de actuación, siendo que incluso la principal termina interviniendo de manera fáctica y extra oficial a través de coordinaciones constantes con las auxiliares. Así, en términos materiales estaríamos frente a una única negociación supra empresarial en la que interviene la principal, pese a que formalmente se suscribirán distintos convenios colectivos a nivel de cada empresa contratista. De otro lado, aun cuando los convenios colectivos tengan un ámbito de aplicación empresarial pueden cumplir un rol importante de cara a la neutralización de los efectos negativos de la subcontratación, en tanto se incida en la faceta adaptativa de la función de intercambio y en las funciones gubernamentales y organizacionales de la negociación colectiva.
- Las medidas propiamente sindicales concernientes al derecho de huelga buscan superar las limitaciones propias del acogimiento legal del modelo estático a través de su utilización estratégica en momentos de especial vulnerabilidad de la empresa

principal y mediante la revalorización de su publicidad interna -facilitando la Asamblea- y externa - publicitando el conflicto. Además, de concretarse cierta comunidad de intereses entre los asalariados de ambas empresas inmersas en la tercerización podrían considerarse como alternativas las huelgas conjuntas y las de solidaridad.



BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, Madrid, 2002.
- ARCE ORTÍZ, Elmer. “El sindicalismo peruano en los tiempos de la tercerización”. En: *Soluciones Laborales*. N° 24, Lima, 2009.
- ARCE ORTIZ, Elmer. “El sindicalismo peruano en tiempos de la tercerización: necesidad urgente de una reforma legal”. En: HERRERA, Julio (compilador). *Hacia un nuevo sindicalismo en el siglo XXI*. Congreso de la República del Perú, Lima, 2010.
- ARCE ORTIZ, Elmer. “Elementos para detectar la cesión ilícita de mano de obra. A propósito de la Sentencia de Acción Popular que resuelve la ilegalidad del Reglamento de Tercerización”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. N° 150, Lima, 2011.
- ARCE ORTÍZ, Elmer. “Imputación de cargas laborales en la subcontratación ¿persiguiendo un gigante o un molino de viento?” En: *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. SPDTSS, Lima, 2008.

- ARCE ORTIZ, Elmer. “Réquiem al artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. A propósito de la sentencia del TC que abre las puertas a la negociación por rama en el sector portuario. En: Derecho colectivo del trabajo. Ius et veritas, Ediciones legales, Lima, 2008.
- ARCE ORTÍZ, Elmer. *La subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra, Lima, 2006.
- BALBIN TORRES, Edgardo. “Sobre la tercerización y los derechos laborales”. En: *Revista de Trabajo*. Nº 14, Lima, 2006.
- BALBIN, Edgardo y CARRILLO, Augusto. “Reflexiones sobre la estructura sindical en el Perú: los intentos de cambio y la efectividad del derecho de libertad sindical”. En: *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Libro homenaje a Javier Neves Mujica. Grijley, Lima, 2009.
- BAYLOS GRAU, Antonio. “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”. En: *Estudios sobre huelga*. Bomarzo, Albacete, 2005.
- BAYLOS GRAU, Antonio. “Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social”. En: *Revista de Derecho Social*. Nº 2, Albacete, 1998.
- BAYLOS GRAU, Antonio. “La acción colectiva de los trabajadores en la empresa: reflexiones sobre algunos problemas derivados de la institucionalización sindical en ese espacio”. En: *Revista de Derecho social*. Nº 27, Bomarzo, Castilla, 2004.
- BAYLOS GRAU, Antonio. *Sindicalismo y derecho sindical*. Cuarta edición. Bomarzo, Albacete, 2009.
- BENDA, Ernesto. “El Estado social de Derecho”. En: BENDA y otros. *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pon, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001.

- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva”. En: *Soluciones Laborales*. N° 46, Lima, 2011.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. ARA Editores, Lima, 2006.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social en la Constitución*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011.
- BLASCO PELLICER, Ángel. *La individualización de las relaciones laborales*. Consejo Económico Social, Madrid, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1989.
- BOZA PRÓ, Guillermo y CANESSA MONTEJO, Miguel. “Relaciones colectivas de trabajo: Entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal”. En: OFICINA DE ÁREA Y EQUIPO TÉCNICO MULTIDISCIPLINARIO PARA LOS PAÍSES ANDINOS. *Estudios sobre flexibilidad en el Perú*. OIT, Lima, 2000.
- CAMPANA, David y PRELLE, Herbert. “La reforma normativa de la contratación laboral durante los noventa: ¿flexibilidad o precarización?” En: OFICINA DE ÁREA Y EQUIPO TÉCNICO MULTIDISCIPLINARIO PARA LOS PAÍSES ANDINOS. *Estudios sobre flexibilidad en el Perú*. OIT, Lima, 2000.
- CANESSA MONTEJO, Miguel. “El caso SITENEL: La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana.” *Informe de consultoría elaborado para el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*. Lima, 2012.
- CARRILLO CALLE, Martín. “La flexibilización del contenido laboral de la Constitución”. En: FERRO DELGADO, Víctor (Coordinador). *Balance de la Reforma Laboral Peruana*. Sociedad peruana de derecho del trabajo y la seguridad social (SPDTSS), Lima, 2001.

- CASTELLO, Alejandro y MARIEZCURRENA, Patricia. “Derecho de Trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva”. En: Derecho Laboral. N° 223, Montevideo, 2006.
- CHACALTANA, Juan y GARCÍA, Norberto. *Estabilidad laboral, capacitación y productividad*. CIES, Lima, 2002;
- CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. “Flexibilidad en la terminación de la relación de trabajo por decisión unilateral del empleador”. En: OFICINA DE ÁREA Y EQUIPO TÉCNICO MULTIDISCIPLINARIO PARA LOS PAÍSES ANDINOS. En: OFICINA DE ÁREA Y EQUIPO TÉCNICO MULTIDISCIPLINARIO PARA LOS PAÍSES ANDINOS. *Estudios sobre flexibilidad en el Perú*. OIT, Lima, 2000.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. En: *Revista de trabajo y seguridad social*. N° 13, Madrid, 1994.
- CRUZ VILLALON, Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Grijley, Lima, 2009.
- CRUZ VILLALON, Jesús. *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*. Trotta, Madrid, 1992.
- CUADROS LUQUE, Fernando y SÁNCHEZ REYES, Christian. El Rol Estatal de Fomento de la Negociación Colectiva. En: *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. SPDTSS, Lima, 2008.
- DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Taurus, Madrid, 1998.
- DOEHRING, Karl. “Estado Social, Estado de Derecho y orden democrático”. En: ABENDROTH y otros. *El Estado social*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1986.

- ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar. “Crítica de la subordinación”. En: *Ius et veritas*. N° 25, Lima, 2002.
- ERMIDA URIARTE, Óscar. “Crítica de la libertad sindical”. En: *Derecho PUCP*. N° 68, El rumbo de las reformas laborales. Balance y perspectivas, Lima, 2012.
- ERMIDA URIARTE, Óscar. “Derechos humanos laborales en el Derecho positivo uruguayo”. En: BARRETO, Hugo. *Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay*. Organización Internacional del Trabajo, Lima, 2006.
- ERMIDA URIARTE, Óscar. “La flexibilidad”. En: OFICINA DE ÁREA Y EQUIPO TÉCNICO MULTIDISCIPLINARIO PARA LOS PAÍSES ANDINOS. *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. OIT, Lima, 2000.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. “La flexibilización de la huelga”. En: *Cuadernos de Fundación Derecho del Trabajo y la Seguridad Social N° 2*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.
- ERMIDA URIARTE, Óscar. “Modalidades de conflicto colectivo”. En: *Derecho laboral*. N°193, Montevideo, 1999.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. *Apuntes sobre la Huelga*. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1983.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. *Sindicatos en libertad sindical*. Fundación de cultura universitaria (FCU), Montevideo, 1985.
- ERMIDA, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. OIT, Proyecto FSAL, Lima, 2009.
- ERMIDA, Óscar y ORSATTI, Álvaro. “Elementos para estrategias sindicales frente al outsourcing / tercerización”. En: BUENO, Luis y DEAN, Matteo (Coordinadores).

Outsourcing (tercerización): Respuestas desde los trabajadores. Centro de investigación laboral y asesoría sindical, México D.F., 2009.

- ERMIDA, Óscar y ORSATTI, Álvaro. “Outsourcing/ tercerización: un recorrido entre definiciones y aplicaciones”. En: BUENO, Luis y DEAN, Matteo (Coordinadores). *Outsourcing (tercerización): Respuestas desde los trabajadores*. Centro de investigación laboral y asesoría sindical, México D.F., 2009.
- ERMIDA, Oscar y VILLAVICENCIO, Alfredo. *Sindicatos en libertad sindical*. Tercera edición. Asociación laboral para el desarrollo ADEC-ATC, Lima, 1991.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993*. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/14.pdf>.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Tercera edición. Trotta, Madrid, 2007.
- FERRO DELGADO, Víctor (Coordinador). *Balance de la reforma laboral peruana*. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la seguridad social (SPDTSS), Lima, 2001.
- FORSTHOFF, Ernst. *El Estado Social*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1986.
- FORSTHOFF, Ernst-Wolfgang. *El Estado de la sociedad industrial (el modelo de la República Federal de Alemania)*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.
- GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo. “Visión crítica sobre el sindicalismo en el Perú”. En: HERRERA, Julio (compilador). *Hacia un nuevo sindicalismo en el siglo XXI*. Congreso de la República del Perú, Lima, 2010.
- GERNIGONI, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. “Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga”. En: *Revista internacional del Trabajo*. Vol. 117, Ginebra, 1998.

- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. “Descentralización productiva y ordenamiento laboral. En busca de respuestas jurídicas a la desprotección del trabajador”. En: *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI*. Pontificia Universidad Católica del Perú y ARA Editores, Lima, 2009.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007.
- HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*. Palestra editores, Lima, 2009.
- HERZOG, Roman. “Elementos que definen un Estado de derecho: El Estado servidor del ciudadano”. En: THESING, Josef. *Estado de Derecho y Democracia*. Segunda edición. Konrad, Buenos Aires, 1999.
- HORN, Wolfgang. “Estado de derecho y Estado social”. En: THESING, Josef. *Estado de Derecho y Democracia*. Segunda edición. Konrad, Buenos Aires, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Traducido por: VERNEGO, 1979. Citado en CARMONA, Encarnación. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. CES, Madrid, 2000.
- KRIELE, Martin. “Derechos humanos y división de poderes”. En: THESING, Josef. *Estado de Derecho y Democracia*. Segunda edición. Konrad, Buenos Aires, 1999.
- LANDA ARROYO, César. *Constitución y Fuentes del Derecho: derechos, jurisdicción, democracia*. Palestra, Lima, 2006.
- LANTARÓN BARQUÍN, David. “Reflexiones en torno al devenir del sindicato y a los factores que influyen en su evolución: ¿crisis y/o metamorfosis?” En: *Revista de Derecho Social*. Nº 10, Albacete, 2000.

- LOVATÓN PALACIOS, David. *Propuesta al sindicalismo peruano: una nueva estructura sindical y negocial por rama de actividad económica*. Instituto de Defensa Legal, Lima, 1992.
- MANTERO, Ricardo. “Teoría de los límites”. En: *Límites al derecho de huelga*. Amalio Fernández, Montevideo, 1992.
- MEJÍA MADRID, Renato. “La negociación colectiva en el trabajo portuario. A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional”. En: *Soluciones laborales*. N° 22, Lima, 2009.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Anuario Minero 2010*. MEM, Lima, 2011.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Anuario Minero 2011*. MEM, Lima, 2012.
- MOLERO MARAÑÓN, M. Luisa. “Descentralización productiva y relaciones laborales”. En: *Relaciones Laborales*. N°10, Madrid, 2010.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*. Ibídem, Madrid, 2004.
- MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Tecnos, Madrid, 1987.
- NEVES MUJICA, Javier. “A propósito de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”. En: *Asesoría Laboral*. N° 19, Lima, 1992.
- NEVES MUJICA, Javier. “Balance de la reforma laboral”. En: *Asesoría Laboral*. N° 120, Lima, 2000.
- NEVES MUJICA, Javier. “El nivel de negociación en la actividad portuaria”. En: *Asesoría Laboral*. N° 196, Lima, 2007.

- NEVES MUJICA, Javier. “Gobierno de Fujimori: La tensa relación entre la economía liberal y los derechos laborales”. En: *Themis*. Nº19, Lima, 1991.
- NEVES MUJICA, Javier. “La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios”. En: *Ius et Veritas*. Nº 40, Lima, 2010.
- NEVES MUJICA, Javier. “La negociación y el Convenio Colectivo en las Constituciones de 1979 y 1993”. En: *Asesoría Laboral*. Nº 37, Lima, 1994.
- NEVES MUJICA, Javier. *Derecho colectivo del trabajo*. Material de trabajo inédito, Lima, 2003.
- OFICINA DE ÁREA Y EQUIPO TÉCNICO MULTIDISCIPLINARIO PARA LOS PAÍSES ANDINOS. *Estudios sobre flexibilidad en el Perú*. OIT, Lima, 2000.
- OFICINA DE ESTADÍSTICA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Anuario estadístico sectorial*. Lima, 2011.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo*. Quinta edición. Ginebra, 2006.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo*. Cuarta edición. Ginebra, 1996.
- OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de derecho sindical*. Tecnos, Madrid, 1998.
- OJEDA AVILÉS, Antonio. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. La Ley, Madrid, 2010.
- OLMO GASCÓN, Ana Marta. “La negociación colectiva en contratas: algunas propuestas de regulación”. En: *Revista de Derecho Social*. Nº 12, Albacete, 2000.

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe III (Parte 4B), Libertad sindical y negociación colectiva*. 81ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, 1994.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe V(1), La relación de trabajo*. 95ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, 2005.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe VI (1), Trabajo en régimen de subcontratación*. 85ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, 1997.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado*. Oficina Regional de la OIT para América Latina y El Caribe, Lima, 2000.
- ORSATTI, Álvaro. “Acción sindical ante la tercerización en América Latina – Caribe”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 4, Buenos Aires, 2009.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos. *La forja de dos universidades*. Discurso con ocasión de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 2012.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel. “El sindicalismo en el siglo XXI y sus objetivos en tiempos de transformación”. En: HERRERA, Julio (compilador). *Hacia un nuevo sindicalismo en el siglo XXI*. Congreso de la República del Perú, Lima, 2010.
- RACCIATTI, Octavio. “Subcontratación y otros casos de exteriorización del empleo: tendencias recientes en Uruguay”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 4, Buenos Aires, 2009.
- RICCIARDI, Mario. “El futuro de los sindicatos. Apuntes y reflexiones”. En: *Themis*. N° 34, Lima, 1996.

- RIVERO LAMAS, Juan. "Pluralismo sindical y negociación colectiva". En: AA.VV. *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*. Instituto de Estudios Laborales, Zaragoza, 1980. Citado en VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú*. OIT, Lima, 1999.
- ROSENBAUM, Jorge y CASTELLO, Alejandro. *Subcontratación e intermediación laboral. Estudio de las Leyes 18.099 y 18.251*. Fundación de Cultura universitaria, Montevideo, 2008.
- ROSENBAUM, Jorge. *Tendencias y contenidos de la negociación colectiva en el Cono Sur de América*. OIT, Lima, 2001.
- RUEDA, Marleen; SEPÚLVEDA, Juan Manuel y VEGA, María Luz. *Tendencias y contenidos de la negociación colectiva: fortalecimiento de las organizaciones sindicales de los países andinos*. Estudio comparado. OIT, Lima, 1998.
- SAAVEDRA MARTÍNEZ, Manuel. "Los determinantes del Trabajo a Tiempo parcial en el Perú: El caso de Lima Metropolitana en el 2008". En: *Contabilidad y negocios*. Nº 12, Lima, 2011.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?" En: *Revista de Derecho Social*. Nº 33, Albacete, 2006.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "Globalización, derechos fundamentales del trabajo y ciudadanía social". En: *Laborem*. Nº 4, Lima, 2004.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "La tercerización de actividades productivas: ¿Una estrategia para la puesta entre 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. Grijley, Lima, 2004.

- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo”. En: *Laborem*. N° 8, Lima, 2008.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Sindicatos y diálogo social en España: un balance”. En: *Ius et veritas*. N° 30, Lima, 2005.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Subcontratación y calidad del empleo en los convenios de empresa del sector del metal”. En: *Revista de Derecho Social*. N° 56, Albacete, 2011.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo*. Gaceta jurídica, Lima, 2007.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Efectos laborales de la subcontratación de actividades productivas. En: <http://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2008/11/efectos-labs-dprod-wsanguinetti-cong-peruano-dt.pdf>
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *La (difícil) tutela del derecho de huelga en los procesos de subcontratación*. En: <http://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2010/12/04/la-dificil-tutela-del-derecho-de-huelga-en-los-procesos-de-subcontratacion/>
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. La regulación de los efectos laborales de la subcontratación: el Perú en América del Sur. En: *Derecho PUCP* N° 68: El rumbo de las reformas laborales. Balance y perspectivas. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.
- SIMON, Helmut. “Los Derechos Fundamentales en el Estado democrático y social de derecho”. En: THESING, Josef. *Estado de Derecho y Democracia*. Segunda edición. Konrad, Buenos Aires, 1999.
- SUPIOT, Alain. “Revisiter les droits d'action collective”. En: *Droit Social* . N° 7, París, 2001.

- SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.
- TOSCA, Diego. “La representación sindical y las nuevas formas de organización empresarial.” En: MONEREO, José Luis (Director). *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*. Comares, Granada, 2011.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: ¿promoción a la negociación colectiva?” En: *Ius et veritas*. N° 5, Lima, 1992.
- TOYAMA, Jorge y CARO, Eliana. “La reforma laboral de los noventa: ¿lección aprendida?” En: *Foro Jurídico*. N° 3. Lima, 2004.
- TRIBUZIO, José. “Contratación externa de la actividad empresarial”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 4, Buenos Aires, 2009.
- TRIBUZIO, José. “La representación sindical en el lugar de trabajo”. En: RAMÍREZ, Luis Enrique (Coordinador). *Derecho de trabajo y derechos humanos*. Euros Editores, Buenos Aires, 2008.
- UGAZ OLIVARES, Mauro. “El régimen legal de la subcontratación”. En: *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI*. Pontificia Universidad Católica del Perú y ARA Editores, Lima, 2009
- UGAZ OLIVARES, Mauro. “La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación”. En: *Laborem*. N° 8, Lima, 2008.
- VALDÉS DAL RÉ, Fernando. “La externalización de actividades laborales: Un fenómeno complejo”. En: PEDRAJAS MORENO, Abdón (Director). *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*. Lex Nova, Valladolid, 2002.

- VALDÉS DAL –RE. Fernando. “La intermediación laboral en el contexto de la flexibilización del Derecho del Trabajo”. Entrevistado por: CARAVEDO CHOCANO, Javier. En: *Ius et veritas*. N° 11, Lima, 1995.
- VIDA SORIA, José; MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y MORENO VIDA, María Nieves. *Manual de Derecho sindical*. Comares, Granada, 2004.
- VIDAL SALAZAR, Michael. “La Constitución, su contenido laboral y la delimitación del mismo mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (El caso del derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario)”. En: *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Libro homenaje a Javier Neves Mujica. Grijley, Lima, 2009.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú”. En: *Soluciones Laborales*. N° 39, Lima, 2011.
- 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. Grijley, Lima, 2004.
- VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “Estructura sindical y negocial: buscando mejorar la cobertura y eficacia de la tutela colectiva”. En: *Procesos de autoreforma sindical en las Américas*. Avances del Grupo de Trabajo sobre Autoreforma Sindical en 2009. GTAS, Sao Paulo, 2010.
- VILLAVICENCIO RIOS, 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.
- VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “La estructura de la negociación colectiva: bases conceptuales y análisis del caso peruano”. En: *Revista Asesoría Laboral*. N° 64, Lima, 1996.

- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico”. En: *Ius et veritas*. N° 29, Lima, 2004.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI”. En: *Ius et veritas*. N° 31, Lima, 2005.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Los grandes desafíos de los derechos colectivos del trabajo en un (hasta ahora) adverso siglo XXI”. En: *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. SPDTSS, Lima, 2008.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*. Programa Laboral de Desarrollo (PLADES), Lima, 2010.
- VILLAVICENCIO, Alfredo y TOSTES, Marta. “Flexibilidad laboral, negociación colectiva y redistribución en el Perú: una incompatibilidad que debe superarse”. En: *Trabajo y Desarrollo*. N° 11, Lima, 2011.
- VILLAVICENCIO, Alfredo y VIEIRA, Marta. *La protección de los trabajadores en el Perú*. OIT, Ginebra, 1999.
- VON POTOBOSKY, Geraldo. “La protección de los derechos sindicales. Veinte años de labor del Comité de Libertad Sindical”. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 85, Ginebra, 1972.