

**ENFOQUES DE PROPUESTAS ELABORADAS PARA NORMAR LA
SUBCONTRATACION LABORAL EN EL PERU Y ACCIONES A SEGUIR**
Paúl Bernardo Castellanos Córdova

1. CONTEXTO

El fenómeno de la subcontratación se presenta en un escenario de **globalización económica y mercados saturados de alta competencia**, los mercados **cambiantes y flexibles (las necesidades o requerimientos de consumo)** exigen cambios en los **esquemas de gestión empresarial**. Así también es una realidad el cambio de paradigma del modelo de producción, se deja de lado el modelo fordista y se opta por un modelo toyotista es decir se abandona el esquema de la mega empresa burocrática que asume todas las fases del proceso de producción de bienes y servicios y se asume el modelo de una empresa que concentra sus actividades en las “actividades esenciales” externalizando las que son complementarias o pueden ser desarrolladas de modo más eficiente por otras empresas. La introducción de nuevas tecnologías o el avance tecnológico vertiginoso ha empujado y contribuido también a hacer viable este nuevo esquema productivo.

Como consecuencias de esto tenemos que:

- 1. Aparecen, se crean o proponen estructuras de organización empresarial flexibles.**
- 2. Empequeñecimiento de la personalidad jurídica (que es una creación del derecho), pero crecimiento de la actividad empresarial.**
- 3. Las empresas burocráticas y de altas dimensiones son reemplazadas por empresas pequeñas y flexibles.**
- 4. Se ponen en marcha fenómenos o procesos económicos al interior de la empresa: DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA (fragmentación del proceso productivo).**

2. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA. La tercerización como uno de sus efectos.

Podemos entender por descentralización productiva “**La forma de organizar el proceso productivo de bienes y servicios según la cual se encarga ciertas fases del mismo a otras empresas o personas individuales a través de acuerdos de cooperación (contratos civiles o mercantiles) muy diversos**”.

Como resultado o resultados de éste proceso encontramos: La externalización productiva y la tercerización (*outsourcing*). Sin embargo la tercerización es sólo

uno de los múltiples resultados o efectos del fenómeno económico de descentralización productiva pudiendo nombrar también otros como:

1. **Los grupos de empresa:** que no se encuentra regulado en Perú desde el derecho del trabajo pero si desde otras disciplinas del derecho (Resolución S.B.S. N° 445-2000 y Reglamento de propiedad indirecta, vinculación y grupo económico. Resolución CONASEV N° 722-1997-EF/94.10)
2. **El teletrabajo:** que no se encuentra regulado en Perú.
3. **El trabajo a domicilio:** Regulado por la Ley de Productividad Laboral D.S. N°003-97-TR, art. 87° y siguientes.
4. **Trabajo autónomo:** el trabajador, formalmente autónomo, presta su actividad de forma coordinada para uno o varios empresarios determinados de los que *depende económicamente*. En Julio del 2007 entró en vigencia en España la Ley 20/2007 Estatuto del Trabajador Autónomo.
5. **Deslocalización productiva:** como fenómeno que trasciende las fronteras nacionales y requiere de regulaciones que no dependen de un solo estado o país.
6. **Filialización:** empresas cuya actividad económica gira en torno a una empresa principal.
7. **Intermedicación o Cesión de mano de obra:** Regulado por la Ley 27626 y su Reglamento.
8. **Subcontratación entre empresas:** todos los mecanismos de cooperación o colaboración que se establecen entre organizaciones empresariales. **Regulado débil y parcialmente en la Ley 27626 y su Reglamento DS. 003-2002-TR y otras normas reglamentarias.**

En el caso de la subcontratación entre empresas puede ocurrir que:

a) La empresa contratista (contrata) puede haber nacido por interés expreso de la principal con lo que es muy probable que ésta última ejerza el control o tenga niveles de control corporativo sobre la primera. Piénsese en los casos de los grupos de empresa o filialización.

b) Lo único que una a la empresa principal o usuaria con la empresa contratista sea el contrato (civil o mercantil) de cooperación.

Nótese que tanto en a) y b) aún nos encontramos ante un **uso no fraudulento** de las libertades empresariales.

Un rasgo importante en la subcontratación entre empresas **es que la empresa principal o usuaria conserva la imagen comercial** es decir que en la mayoría de casos el consumidor promedio desconoce cuáles empresas contratistas participaron en el proceso productivo de los bienes o servicios que consume y mucho menos si en éstas se cumple con el respeto de los derechos laborales. **El consumidor identifica la marca del producto o servicio final.** Esto complica los mecanismos de control social o ciudadano sobre el cumplimiento y respeto de los derechos laborales en las cadenas de producción.

3. AUSENCIA DE DEBATE SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LOS PROCESOS DE DESCENTRALIZACION PRODUCTIVA Y LA TERCERIZACION.

El éxito real y evidente que ha tenido el uso de la descentralización productiva y sobre todo la tercerización, para la actividad empresarial, y por lo tanto su uso generalizado, **ha impedido siquiera discutir o cuestionar su viabilidad o prohibición en el ordenamiento legal**, por lo tanto su “*legitimidad*” prácticamente nos viene dada o **impuesta por la realidad económica**.

Sin embargo tendríamos que preguntarnos aún si acaso este **dogma económico** no viene a socavar o soslayar el objeto mismo de protección del Derecho del Trabajo: **el trabajo humano. ¿Es el trabajo humano simple objeto de comercio? ¿Es simplemente un costo más que es necesario (y posible) reducir o gestionar del modo más eficiente posible?** Es decir las necesidades del mercado y la producción son justificación o razón suficiente para establecer procesos económicos que impactan negativamente en otros intereses de la sociedad, como los de la clase trabajadora, sin que quepa prohibición o al menos regulación alguna.

Los procesos de descentralización productiva y por tanto la tercerización (*outsourcing*) hayan su fundamento en la **Libertad Empresarial reconocido en el Art. 59º de la Constitución**. El ejercicio de ésta libertad permite al empresario **elegir la forma de organización y gestión empresarial. En tal sentido cualquier cuestionamiento o intento de regulación hallará objeciones en el sector empresarial sustentadas en la protección de dicha libertad**

Sin embargo existen otros intereses y libertades reconocidos en la Constitución como son los intereses de la clase trabajadora expresados **en los Derechos Laborales Fundamentales: Libertad Sindical (Art. 28º), Art. Derecho al Trabajo (Art. 22º), etc., que también son merecedores de tutela y atención por parte del estado.**

Ningún derecho o libertad es superior a otra por lo que su ejercicio se debe desarrollar dentro de un **adecuado balance de intereses** y la legislación debe establecer las condiciones necesaria para mantener dicho balance. Como se trata de derechos o libertades con sustento constitucional su regulación debe **establecerse por norma con rango de ley.**

Sin embargo en este caso ha primado sin duda el interés empresarial frente a otros intereses de la sociedad.

4. CONSECUENCIAS PARA EL SECTOR LABORAL

Frente al éxito del modelo de descentralización productiva y sobre todo de la subcontratación para la actividad empresarial encontramos que estos procesos

han provocado consecuencias negativas para los trabajadores y sus organizaciones: los sindicatos.

1. Fragmentación de la clase trabajadora: éste proceso de externalización se da sobre actividades (aunque no en todos los casos) de menor exigencia técnica, lo que implica mantener a los trabajadores de mayor nivel de calificación profesional contratados en forma directa y a los trabajadores menos calificados bajo régimen de subcontratación. En algunos casos los primeros cuentan con un Sindicato y tienen la posibilidad de negociar colectivamente, mientras que los segundos se encuentran dispersos y desorganizados. Como resultado tenemos un grupo de trabajadores de la empresa principal frente a un segundo grupo de trabajadores en la periferia o precarios (con menores condiciones de trabajo).

2. Relaciones socioeconómicas triangulares: Donde el trabajo humano es aprovechado o beneficia directa o indirectamente a la empresa principal, es decir:

- a) **La empresa principal es la que finalmente se apropia de los frutos del trabajo.**
- b) **El trabajador está integrado económicamente a la empresa usuaria depende “de hecho” de ella.**

Pero formalmente el vínculo laboral se mantiene con la contrata con lo que desde el enfoque del derecho del trabajo clásico la exigencia al cumplimiento de los derechos laborales sólo se puede dirigir contra o frente a ésta última.

3. Desregulación o débil regulación de los efectos perjudiciales de la subcontratación en el plano laboral.

Ley 27626	Cesión de Mano de Obra/ Intermediación	Actividad Principal – Temporal	Empresas de Servicios Temporales	20% de la planilla de la empresa	Contrato de puesta a disposición	Responsabilidad Solidaria
		Actividad Especializada	Empresas de Servicios Especializados			
		Actividad Complementaria	Empresas de Servicios Complementarios			
	Subcontratación de servicios	Especializados	Empresas de Servicios Especializados	Cuando la empresa de servicios asume autonomía funcional y organizativa	Contrato civil o Comercial	Responsabilidad Solidaria
Complementarios		Empresas de Servicios Complementarios				
Reg. DS. 003-2002-TR	Otros supuestos de subcontratación	Contratos de Gerencia		Siempre que la empresa asuma autonomía	Contrato civil o Comercial	No hay responsabilidad Solidaria
		Contratos de Obra				

de obras y/o servicios NO regulados por Ley 27626	Procesos de tercerización externa	funcional y organizativa		
	Servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas			
	Contrato de encargo de parte integral del proceso productivo			

Como se aprecia en el cuadro la Ley 27626 regula sólo la subcontratación de servicios (complementarios y especializados). Estableciendo responsabilidad solidaria exclusivamente de carácter salarial previo al cumplimiento de diversos requisitos:

Responsabilidad del empresario	SOLIDARIDAD: Pago de obligaciones Laborales	Ámbito Subjetivo	Condición de empresarios de los contratantes	Persona Jurídica		
				Objeto exclusivo la prestación de servicios Especializados y Complementarios		
				Registro		
			Subcontratación de servicios complementarios y especializados	Excluye	Servicios de alta especialización en actividades principales	
					Los contratos de obra determinada	
					Los contratos de suministro de bienes que implican prestaciones de hacer	
		Los contratos de transporte				
Destaque al lugar de funcionamiento de la usuaria	Los encargos ejecutados fuera de la usuaria tienen el mismo efecto económico de ésta					
	El sustento de la solidaridad es el beneficio patrimonial del encargo	Protección frente a posibles inspecciones				

				Las nuevas tecnologías permiten mecanismos de control a distancia	Ahorro en infraestructura e instalaciones
				Trabajador presta su labor en distintas empresas	
			Encadenamiento en la subcontratación	Responsabilidad por tramos	
				Exclusividad en el objeto de la actividad empresarial	
		Ámbito Material	Fianza		
			Obligaciones Laborales	Conceptos remunerativos	
				Conceptos no remunerativos	
			Condiciones de trabajo		
		Ámbito temporal	Derechos nacidos durante la ejecución del contrato		

Además se excluye al Estado de la responsabilidad solidaria y no regula todos los temas que debería regular

Existen algunas otras normas reglamentarias que pretenden enfrentar los efectos negativos de la subcontratación en el sector laboral:

1. Respecto de la Prevención de Riesgos Laborales. Salud y Seguridad en el trabajo.

Obligaciones del empresario principal en materia de seguridad y salud en el trabajo. No establece responsabilidad Solidaria con los contratistas	DS 009-2005-TR Reglamento de Seguridad y salud en el Trabajo. El empresario principal debe garantizar:	Coordinación eficaz de gestión de prevención de riesgos laborales	En el caso de todo tipo de subcontratación entre empleadores
		La seguridad y salud de los trabajadores	respecto de actividades desarrolladas en las instalaciones de la empresa principal
		Verificación de contratación de seguros	
		Vigilar el cumplimiento de la normatividad en la materia por parte de las empresas contratistas	
Responsabilidad administrativa	Multas administrativas	Culpabilidad o incumplimiento de sus deberes	
		Grado de Colaboración	No existe un deber de colaboración para los contratistas

2. Respecto al Pago de obligaciones ante la seguridad social.

Pago de obligaciones ante la seguridad social	Tutela de intereses de las entidades prestadoras de seguridad social: ESSALUD, EPS, ONP.	Salud	9% de la remuneración	Ley 26790 Principio de automaticidad exigir el reembolso	DS.003-98SA Solidaridad entre empresas usuarias y de servicio para labores de alto riesgo	Deber de verificación	No impone límites subjetivos	Problema: Es una norma reglamentaria
	Indirecto el interés del trabajador							

3. Respeto al uso de la tercerización en general.

DECRETO SUPREMO Nº 020-2007-TR	
<p>Artículo 4°-A.- Desplazamiento de personal a unidades de producción de una empresa Principal. Los contratos que ejecutan alguna de las modalidades establecidas en el artículo 4° del presente decreto supremo, con desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no pueden tener por objeto afectar los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores, y deben constar por escrito, especificando cual es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.</p>	<p>Se aplica sólo cuando hay desplazamiento del personal a la empresa usuaria.</p>
<p>Artículo 4-C.- Garantía de derechos laborales. Los trabajadores bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, conforme al artículo 79° de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral, aprobada mediante Decreto Supremo Nº 003- 97-TR, tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización de servicios que estén bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, respecto de su empleador.</p>	<p>Se aplica sólo cuando hay desplazamiento del personal a la empresa usuaria. NO menciona nada respecto a la estabilidad de los trabajadores contratados a plazo</p>
<p>Los trabajadores desplazados en una tercerización de servicios, cualquiera fuere la modalidad de contratación laboral utilizada, como todo trabajador contratado a tiempo indeterminado bajo modalidad, tienen respecto de su empleador derecho a la libre sindicación, negociación colectiva y huelga; a la indemnización por resolución arbitraria del contrato sujeto a modalidad, reposición por despido nulo y el pago de remuneraciones devengadas, cuando corresponda.</p>	<p>Pese al carácter triangular de estas relaciones establece responsabilidad sólo respecto del empleador formal</p>
<p>La tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad, incluyendo aquella realizada en la tercerización de servicios, no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical</p>	<p>El enfoque sigue siendo regular sólo las situaciones patológicas del uso de la subcontratación. No señala nada respecto de los efectos sobre la estabilidad de los trabajadores contratados a plazo.</p>

4. Regulación de la subcontratación a nivel sectorial. Minero y Construcción Civil.

Registro de contratistas mineros. DS N° 005-2008-EM	
La Empresa Contratista Minera (ECM) es aquella que cuenta con autonomía funcional y patrimonio propio que le permite desarrollar las actividades de exploración, desarrollo, explotación y beneficio minero, conforme con lo establecido en el numeral 11 del artículo 37° del TUO de la Ley General de Minería.	Autonomía funcional y organizativa
Para el inicio de sus actividades, las ECM deberán contar previamente con la inscripción expedida mediante resolución directoral por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas. Sin este requisito, los trabajadores serán imputados a la empresa titular de la concesión en la que operan	El registro determina la valides del trabajo en régimen de subcontratación
La calificación efectuada por la Dirección General de Minería será efectuada para las siguientes actividades mineras: exploración, desarrollo, explotación y beneficio.	Se delimita el ámbito de actividades para el uso de la subcontratación en el sector
Cuando la ECM amplíe o varíe de actividad, deberá presentar, además, copia de la escritura pública de modificación de su objeto social y modificación o ampliación de sus procedimientos escritos de trabajo seguro en concordancia con la nueva actividad a desarrollar.	Deber de información hacia la administración y ¿los trabajadores?
Si la ECM cambia de denominación social deberá adjuntar copia de la escritura pública del cambio de denominación social, con la constancia de inscripción en la Sunarp, y copia simple de la primera hoja del libro de planillas en el que conste la nueva denominación social inscrita en el MTPE.	
En el supuesto de que la ECM aumente el número de su personal en una misma unidad minera (de 51 a más trabajadores), deberá contar con los profesionales especializados dentro de los diez días de producido el hecho.	Obligación que intenta asegurar la independencia organizativa
Las ECM tienen la obligación de comunicarle a sus trabajadores , de manera escrita y dentro de los cinco días hábiles siguientes al inicio de la ejecución del contrato, la identidad de la empresa minera contratante, las actividades que son objeto del contrato celebrado, el lugar donde se lleven a cabo las actividades, el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, el Procedimiento Escrito de Trabajo Seguro y la contratación del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo	Deber de información a los trabajadores
La inscripción en el registro no faculta a los contratistas mineros para la realización de actividades en concesiones de las cuales sean titulares o concesionarios. Lo señalado será de aplicación en el caso de empresas vinculadas económicamente	Limite a la posibilidad de implementar procesos de descentralización productiva

Registro nacional de empresas contratistas y subcontratistas en construcción civil DS. 004-2007-TR
Sólo aplicable a aquellas empresas cuyos trabajadores están sujetos al Régimen Laboral de Construcción Civil
Más allá del listado de calificaciones del personal que será contratado para la ejecución de la obra (detallado en la RM 197-2007-TR) no hay otra regulación interesante respecto a la subcontratación

5. REGULACION DE LOS EFECTOS PERJUDICIALES DE LA SUBCONTRATACION

A) Responsabilidad empresarial

Cuando se ha intentado o propuesto regular los efectos negativos de la subcontratación en el ámbito laboral el enfoque ha sido establecer **la Responsabilidad empresarial** en el marco de los procesos de subcontratación (actuación lícita). **Pudiendo establecerse:**

- a) Responsabilidad Solidaria.-** En la responsabilidad solidaria la principal y contratista, responden en los mismos términos respecto de las obligaciones laborales y previsionales, pudiendo el trabajador dirigirse, indistintamente, en contra de cualquiera de ellos, o incluso en contra de ambos conjuntamente.
- b) Responsabilidad Subsidiaria.-** En la responsabilidad subsidiaria la principal responde de las obligaciones del contratista para con sus trabajadores sólo en el evento que dicho contratista no cumpla; la principal puede exigir al trabajador del contratista que primero se dirija en contra de su empleador, y el primero sólo responde en caso que el segundo no cumpla y hasta el monto del incumplimiento. Se puede condicionar este tipo de responsabilidad al cumplimiento de ciertos deberes como el de vigilancia en cumplimiento de obligaciones por parte de las contratistas o el de entregar o permitir el derecho de información.
- c) Responsabilidad Mancomunda.-** Cada empresa principal o contratista responde **por sus obligaciones frente a sus “propios trabajadores”**

La Responsabilidad ataca el aspecto o **la consecuencia patológica: El incumplimiento de obligaciones laborales.**

Sin embargo la regulación laboral debe integrar la subcontratación al **respeto del orden social, es decir que su uso “lícito” no debe limitar o perjudicar el desarrollo de otros intereses o el ejercicio de otras libertades.**

Sin embargo la opción ha sido establecer exclusivamente una responsabilidad económica salarial (obligaciones laborales), excluyendo establecer responsabilidad respecto de:

- a) Deudas a la seguridad social (Salud y Pensiones).**
- b) La prevención de riesgos laborales (seguridad e higiene en el trabajo).**

Estas propuestas se centran en un **enfoque patológico** de los efectos de la subcontratación: **el incumplimiento de obligaciones laborales**, excluyendo abordar otros temas o problemas que se presentan **(no necesariamente ocasionados por el incumplimiento)** y **que son de sumo interés e importancia:**

1. **El desequilibrio retributivo que se produce entre trabajadores de la empresa principal (que por lo general tiene más utilidades) y de la contratista.**

2. **Los efectos de la extinción del contrato de cooperación entre empresas sobre la estabilidad de los trabajadores de la contratista.**

3. **Los efectos en el ejercicio de los derechos colectivos. Ausencia de mecanismos que promuevan la participación sindical en el control de estas figuras.**

4. **Los efectos en el ejercicio de derecho de información.**

La débil regulación o desregulación de estos temas trae como consecuencia **aumento del poder empresarial**

B) Uso ilícito de la subcontratación

El recurso a la responsabilidad empresarial en el marco de la subcontratación ha sido el más utilizado para combatir su uso ilícito y/o abusivo. El enfoque es que la subcontratación es un fenómeno que intenta eludir responsabilidades laborales trasladando las cargas sociales a las empresas contratistas.

Cuando nos encontramos en supuestos de uso ilícito de la subcontratación hablamos de **casos de fraude a la ley**. Para evaluar si estamos en un caso de fraude se han considerado dos parámetros:

a) Independencia funcional (ejercicio pleno del poder de dirección por parte de la contrata)

b) Independencia organizativa (uso de elementos personales y materiales propios para efectos de realizar el encargo)

El incumplimiento de alguno o ambos elementos podrá determinar que nos encontremos en las siguientes situaciones:

a) Una empresa de pantalla o cascarón. Existe la persona jurídica formal pero no la entidad económica real.

b) Empresa de pantalla coyuntural. La empresa existe como entidad económica pero en casos puntuales funciona como un cascarón.

c) Independencia organizativa y dependencia funcional

Se van a presentar en la realidad una serie de situaciones límite donde el análisis de la concurrencia de ambos parámetros no será muy claro por lo que también cabría reflexionar si **basta con analizar la existencia o no del poder de dirección laboral de parte de la contrata** o si además cabría ampliar el análisis **al poder de dirección empresarial**, es decir determinar quién define la política

empresarial de la contratista o quien mantiene el control de las decisiones corporativas. Piénsese en un encargo que se desarrolla en las instalaciones de la contrata pero esta última es controlada económicamente por la usuaria, en este caso ¿quién es el verdadero empleador?

Si no concurre alguno de los parámetros señalados (independencia funcional y organizativa) estaremos ante una situación de fraude, donde el objetivo es eludir responsabilidades laborales configurándose una mera **cesión de personal**, que no implica actividad productiva alguna.

Asimismo será ilícito el uso de la Subcontratación **para romper una huelga en la empresa principal**, primero porque esta finalidad está completamente **alejada del ejercicio de las libertades de organización empresarial** y segundo porque atenta contra **un derecho constitucional**.

6. DIFERENCIAS SALARIALES

Es claro que el uso de los mecanismos de subcontratación con el objetivo de pagar menos salarios es inaceptable pues atenta claramente contra el **principio de igualdad y no discriminación reconocido en el art. 2.2 de la Constitución**.

De hecho ha sido para las empresas más fácil **reducir el costo laboral** que otros costos. Las altas tasas de desempleo permiten que un altísimo número de trabajadores tengan que aceptar menores condiciones de trabajo.

Por otro lado la **alta oferta** (proliferación de empresas contratistas) rebaja el precio de los servicios que se contratan lo que repercute sin duda en la calidad del servicio, de los materiales utilizados, en la relajación de las medidas de salud y seguridad y finalmente en el nivel de los salarios.

Pensemos además que cuando se produce la **sucesión de contratos de servicios**, entre usuaria y contratista, y además se liga la duración de estos contratos a la duración de los contratos de trabajo temporales, a fin de **“conceder la renovación”** la empresa puede condicionar al trabajador a aceptar una reducción en sus remuneraciones. En aplicación del Principio de continuidad esto no sería aceptable sin embargo la corrección de situaciones como ésta pasaría por el análisis judicial. Esto no se encuentra regulado.

7. LA AFECTACION DE LA ESTABILIDAD LABORAL

Que ocurre con los contratos de trabajo si se produce la resolución del contrato (civil o comercial) entre la empresa usuaria y la principal antes del plazo inicialmente convenido. Es una práctica generalizada ligar la duración del contrato entre usuaria y contrata con la duración de los contratos laborales que esta última tiene con sus trabajadores. Frente a esto cabe la pregunta de si **el tiempo del**

contrato (civil o comercial) puede determinar la duración del contrato de trabajo.

Los contratos laborales de obra o servicio específico deben ser usados para situaciones excepcionales, las labores permanentes de la empresa requieren trabajadores contratados a plazo indeterminado de lo contrario se alienta la fragmentación artificial de cualquier prestación de servicios.

Si aceptamos lo primero tendríamos que admitir que el contrato laboral es accesorio al contrato civil o mercantil y configuraría una causal válida de contratación temporal distinta a lo regulado por el Dec. Leg. 728º, donde la voluntad privada empresarial determina la duración del contrato de trabajo. **Esto estaría afectando sin duda el Derecho al Trabajo reconocido en el art. 22º de la Constitución.**

La resolución del contrato civil o comercial **no puede configurar causal válida de extinción del vínculo laboral** ni es **causa de contratación temporal.**

Asimismo cabe cuestionarse si en el caso de sucesivas celebraciones de contratos de servicios, ¿a cada subcontratación debe corresponder un nuevo contrato de trabajo? . Como ya se expuso esta situación pone en riesgo la afectación de salarios a la baja, **pero además provoca la fragmentación de la labor permanente del trabajador.** Nuevamente la aplicación de los **principios de Primacía de la Realidad y de continuidad podría dar respuestas a éstas situaciones, sin embargo en la práctica será necesario de un pronunciamiento judicial.**

La legislación debería prever estas situaciones y establecer la acumulación automática del tiempo de servicios.

8. DERECHOS COLECTIVOS EN LOS PROCESOS DE SUBCONTRATACION

La externalización del proceso productivo permite a la empresa mantener un número mínimo de trabajadores sin afectar su funcionamiento esto provoca que **la acción colectiva de los “trabajadores propios” sea muy débil.**

Como se mencionó se produce **la fragmentación de la fuerza de trabajo** la que se reparte en diversas empresas contratistas que mantienen **dispersos y en condiciones de temporalidad a sus trabajadores.**

Es decir se **desagrega el colectivo laboral** pudiendo de una misma empresa coexistir trabajadores sometidos a **regímenes jurídicos diferentes con condiciones laborales muy disímiles.**

Las formas típicas de organización sindical establecidas en Ley de Relaciones Colectivas (LRCT) **son insuficientes para organizar a los trabajadores** bajo estas condiciones **y canalizar demandas frente a la empresa usuaria.**

Repárese en que **frente a la flexibilidad y permisividad de la regulación en cuanto a la organización empresarial, persiste la rigidez y el criterio restrictivo respecto de la organización sindical**, tanto en el diseño de la ley como en los operadores estatales de dichas normas.

La LRCT no prevé **la formación de Comisiones negociadoras mixtas (trabajadores de la usuaria y contratistas)** o la presentación de **Pliegos de reclamos conjuntos entre organizaciones de trabajadores directos e indirectos**.

La LRCT no establece expresamente **las huelgas de solidaridad**, (aunque si de modo tácito cuando nos habla de la defensa de los intereses socioeconómicos de los trabajadores), **en todo caso ésta requeriría del ejercicio de una huelga legal en la empresa usuaria o en la contratista. Si los trabajadores de la usuaria se pliegan a la huelga de los trabajadores de la contrata o viceversa es un tema atinente a la autonomía sindical.**

Sin perjuicio de ello nuevamente nos enfrentaremos ante los criterios restrictivos de los funcionarios de la administración de trabajo al momento de la calificación sobre el ejercicio de este derecho fundamental, criterio que por lo general tiende a ver con **“sospecha y preocupación”** el ejercicio de este derecho.

9. DERECHOS DE INFORMACION

El derecho de información se constituye en un elemento esencial para el adecuado ejercicio de otras libertades por parte de los trabajadores como es la Libertad Sindical **en su dimensión de participación, actuación y opinión.**

Contribuye a la **transparencia y democratización** de las relaciones al interior de la empresa, al **control de las decisiones empresariales** y enfrentar con **éxito la negociación colectiva**. Respecto a las decisiones descentralizadoras y en las relaciones de subcontratación, contribuye a evitar su uso fraudulento y en consecuencia los riesgos para el trabajador.

Como podría un sindicato planificar o elaborar con mediana solidez **su plan de acción** si desconoce cuantos trabajadores hay en la empresa, directos o bajo régimen de subcontratación, cuantos tienen contrato temporal, cuales son las relaciones corporativas entre empresa usuaria y contratistas, los niveles o diferencias salariales entre trabajadores, las decisiones respecto a los procesos de descentralización productiva (cierre, traspaso, fusión, escisión, etc.), la estructura de costos, etc.

La Libertad de información tiene sustento en la Constitución art. 4.2. y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Perú. Además el Tribunal Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia la eficacia interprivados de los derechos fundamentales y entre ellos los de carácter laboral o

como de carácter laboral inespecífico como el derecho a información. En este caso se impone la necesidad legal de regular el poder privado.

- a) Libertad de investigación y acceso a fuentes. Esto implica un reconocimiento legal expreso de la facultad de vigilancia y control de las obligaciones empresariales.
- b) Libertad de difusión de la información obtenida. A los demás trabajadores y a otros actores relevantes.
- c) Libertad de recibir informaciones del empresario.

Este derecho debería poder ejercerse respecto de la empresa usuaria, así como de la empresa contratista.

Respecto a las medidas para hacer efectivo su ejercicio tratándose de obligaciones de hacer (entregar información y/o no impedir el acceso) pueden presentarse dificultades en cuanto se encuentra como límite la libertad. Por lo que deberían diseñarse en todo caso multas suficientemente disuasivas frente a situaciones de incumplimiento.

FUENTES CONSULTADAS

Elmer Arce Ortiz, Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú, Colección Derecho PUCP, Serie: Derecho Laboral Contemporáneo, Palestra Editores, Lima, 2006.

La Subcontratación Laboral, Análisis y Perspectivas, Cuadernos de Integración Andina, Nº 20, Consejo Consultivo Laboral Andino, Diciembre 2007.

Ley General del Trabajo, Concertando Voluntades, Una Experiencia de Diálogo Social, Aldo Estrada Choque, Presidente de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, Junio, 2007

Dictamen Recaído en el Proyecto de Ley Nº1696/2007-CR, que propone la “Ley que regula los servicios de tercerización”, Diciembre del 2007.

Proyecto de Ley de las Centrales Sindicales que establece garantías laborales en la Contratación y Subcontratación de obras y servicios, 2007.

Proyecto de Ley del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, “Ley que regula la prestación de servicios con intervención de terceros”, 2007.