



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLICAS

CARRERA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

“LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS Y LA
RAZON POR LA QUE AFECTA
NEGATIVAMENTE A LA FUNCIONALIDAD DE
LOS DERECHOS LABORALES”

Tesis para optar el título profesional de:
Abogado

Autor:

Jorge Luis Romero Garcia

Asesor:

Abog. Ivy Rosa Nue Sessarego

Cajamarca – Perú
2015

COPYRIGHT ©2015 by
JORGE LUIS ROMERO GARCIA
Todos los derechos reservados.

UNIVERSIDAD PRIVADA DEL NORTE

Laureate International Universities

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ACEPTADA:

LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS Y LA RAZON POR LA QUE AFECTA NEGATIVAMENTE A LA
FUNCIONALIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES

AUTOR:

Bach. JORGE LUIS ROMERO GARCIA

ASESOR:

IVY ROSA NUE SESSARERGO

Aprobado por:

ARTURO VASQUEZ SILVA

Presidente del jurado

CRISTIAN ARAUJO MORALES

Integrante del jurado

YURI CASTILLO CASTAÑEDA

Integrante del jurado

IVY ROSA NUE SESSAREGO

Asesor

Cajamarca, mayo de 2015

A Luisa, Rosa, Verónica, Rodrigo, Arlette y a Jorge Luis –mi padre que en paz descanse-, por sus innumerables consejos y constante apoyo, y sobre todo por ser mi fuente de motivación y los pilares sobre los cuales se cimienta mi vida.

No te rindas, aún estás a tiempo
de alcanzar y comenzar de nuevo,
aceptar tus sombras,
enterrar tus miedos,
liberar el lastre,
retomar el vuelo.
no te rindas que la vida es eso,
continuar el viaje,
perseguir tus sueños,
destrabar el tiempo,
correr los escombros,
y destapar el cielo.
no te rindas, por favor no cedas,
aunque el frío queme,
aunque el miedo muerda,
aunque el sol se esconda,
y se calle el viento,
aún hay fuego en tu alma
aún hay vida en tus sueños.

MARIO BENEDETTI

“No te rindas”

TABLA DE CONTENIDOS

Índice

Dedicatoria	4
Epígrafe	5
Lista de Ilustraciones	8
Agradecimiento	9
Lista de Abreviaciones	10
Glosario	11
Página de Resumen	13
Abstract	15
Introducción	17
Capítulo I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	19
I. Área:	19
II. Planteamiento y descripción de la situación problemática	19
III. Formulación del problema	22
IV. Fundamentación	22
V. Delimitación:	25
VI. Limitaciones	26
VII. Objetivos	27
VIII. Antecedentes del problema	27
8.1 Asunciones	28
IX. Hipótesis	28
9.1 Definición Operacional de Variables	29
X. Tipología	29
XI. Enfoque	30
XII. Alcance	30
XIII. Diseño	30
XIV. Métodos	31
XV. Técnicas e Instrumentos	31

Capítulo II: MARCO TEORICO

Sub Capítulo I

1.1 LA TERCERIZACION DE SERVICIOS Y SU IMPACTO NEGATIVO EN LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES 32

1.1.1 Origen y definición de la Tercerización de Servicios 32

1.1.2 La Tercerización de Servicios en el Derecho Peruano 34

1.1.3 Características de la Tercerización y Outsourcing 37

1.1.4 La Tercerización de Servicios en el Derecho Comparado 41

- Uruguay 41

- México 43

- España 45

- Chile 50

- Argentina 51

- Ecuador 54

1.2 LA REGULACION DE LA PARTICIPACIÓN SINDICAL Y LA EFICACIA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN LOS PROCESOS DE TERCERIZACION

1.2.1 Libertad Sindical y Sindicalización: La OIT y el derecho Sindical 57

1.2.2 Libertad Sindical en el Derecho Laboral Peruano 62

1.2.3 Tipos de Sindicatos 65

1.2.4 Requisitos para la constitución de un Sindicato 67

Sub Capítulo II

2.1 FUNCIONALIDAD DE LOS DERECHOS –INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DE TRABAJADORES DE EMPRESAS TERCERIZADORAS

2.1.1 Necesidad de una normatividad efectiva de los derechos laborales 71

Capitulo III. CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS 78

Ineficacia Normativa de la Legislación peruana sobre la Tercerización de
Servicios 78

3.1 Antecedentes fácticos previos a la legislación expresa. Primeros
síntomas de deficiencia normativa 78

3.2 Origen de la Ley de Tercerización. Remedio peor que la enfermedad 88

3.2.1 La inconsistencia del Registro Administrativo 89

3.2.2. ¿Es posible tercerizar actividades principales?. Haciendo de la
excepción una regla 95

3.2.3 De la posibilidad de “subtercerizar”	103
3.2.4 De la protección efectiva de los derechos laborales. Énfasis en los Derechos Sindicales.	105
3.3 Intermediación v.s Tercerización: críticas desde los requisitos establecidos para su constitución y funcionamiento.	117
Posteriores.	
Conclusiones	121
Recomendaciones	123
Lista de referencias	125
Anexos	128

LISTA DE ILUSTRACIONES

Cuadro N° 01. Contratación Laboral de las empresas tercerizadoras durante los años 2011 y 2012	23
a) Cuadro N° 02. Tipos de sindicatos	66
b) Cuadro N° 03. Equipamiento propio	83
c) Cuadro N° 04. Pluralidad de clientes	87
d) Cuadro N° 05. Registro Administrativo de Tercerizadoras	93
e) Cuadro N°. 06. Aplicación de las cláusulas de los convenios colectivos de MYSRL y GOLD FIELDS a los trabajadores de las tercerizadoras	111
f) Cuadro N°. 07. Intermediación Vs. Tercerización	118
g) Esquema N°. 01: Descentralización Productiva	33
h) Esquema N°. 02: LA OIT Y EL DERECHO SINDICAL	62
i) Esquema N°. 03. Contenidos de la Libertad Sindical según el Tribunal Constitucional. (Exp. 1124-2001-AA/TC)	64
j) GRAFICO N0. 01: CLAUSULAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE MYSRL Y GOLD FIELDS	114

Agradecimiento:

A Ronald Roland Valdez Vásquez y Dáel Carlos Dávila Elguera
por su constante e incondicional amistad en cada pasaje de mi vida.

LISTA DE ABREVIACIONES

- a)** MYSRL : Minera Yanacocha SRL
- b)** GOLD FIELDS : Gold fields La Cima S.A.A
- c)** OIT : Organización Internacional del Trabajo
- d)** LRCT : Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo
- e)** LCT : Ley de Contrato de Trabajo Argentina.
- f)** TUO : Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.
- g)** TC : Tribunal Constitucional
- h)** CS : Corte Suprema
- i)** CAS LAB : Casación Laboral
- j)** D.S : Decreto Supremo
- k)** Ley : Ley N° 29249, Ley de Tercerización
- l)** Reglamento : Reglamento de la Ley de Tercerización

GLOSARIO

Tercerización: Mecanismo o herramienta contractual mediante el cual una empresa usuaria encarga a otra empresa denominada tercerizadora la ejecución de una etapa de su cadena productiva bajo su cuenta y riesgo. Asumiendo ésta última la ejecución de la unidad productiva encargada bajo su cuenta y riesgo.

Funcionalidad de los derechos laborales: Calidad de la que gozan los derechos, y en el caso concreto los derechos laborales en virtud de la cual son ser ejercitados de forma eficiente.

Derechos Laborales Individuales: Derechos que nacen de la Constitución, la Ley o negociación con el empleador que repercuten sobre la persona de un solo trabajador.

Derechos Laborales Colectivos: Derechos que nacen de la Constitución, la Ley o negociación colectiva con el empleador que repercuten sobre un grupo de trabajadores denominados gremio sindical.

Gremio Sindical: Conjunto de trabajadores legalmente constituido con la finalidad de salvaguardar los intereses de los trabajadores de empresas mineras.

Libertad Sindical: Voluntad de los trabajadores para crear un sindicato, para afiliarse o desafiliarse de uno.

Sindicato de empresa: Sindicato que agrupa a trabajadores de una misma empresa.

Sindicato de rama de actividad: Sindicato que agrupa a trabajadores y profesionales que se desempeñan en distintas áreas geográficas pero en la misma actividad.

Tercerización vs. Intermediación laboral: la primera implica un traslado de una unidad de producción a una tercera empresa, mientras que la intermediación solo implica un destaque de personal.

La participación activa sindical: Implica la posibilidad de que los gremios sindicales participen de forma activa en los procesos de descentralización productiva, ello en defensa de los intereses y derechos de los trabajadores.

Trabajadores: Personas que realizan una prestación de servicios de forma personal, subordinada y que por cuya prestación de servicios reciben a cambio una remuneración.

Negociación Colectiva: Tratativas y conversaciones entre dirigentes sindicales de una empresa y las autoridades de ésta con la finalidad de evaluar la posibilidad de incrementar las condiciones y beneficios laborales de los trabajadores.

Convenio Colectivo: Acuerdo al cual arriban los representantes de la empresa y sindicato sobre las condiciones y beneficios laborales, genera derechos y obligaciones para los trabajadores, tiene carácter normativo.

Vinculatoriedad de los Convenios Colectivos: Se refiere a los sujetos – empleadores y trabajadores-, que se encuentran obligados a respetar las cláusulas contenidas en los convenios colectivos.

Página de Resumen

Actualmente son muy variadas las causas por las cuales las empresas deciden descentralizar alguna unidad productiva de su cadena de producción, siendo la más significativa la búsqueda constante de eficiencia y reducción de costos, con lo cual lograrían ser más competentes dentro de un determinado sector del mercado. En tal sentido, desde un punto de vista económico empresarial la tercerización resulta una herramienta útil para los empresarios, pues coadyuva a que las empresas desarrollen su objeto social con costos mínimos y logren mayor grado de competitividad.

Esta ventaja económica impulsa que esta estrategia de contratación empresarial sea utilizada cada vez con mayor frecuencia en nuestro país; sin embargo, dejando de lado el aspecto netamente económico y abordando a la tercerización desde un punto de vista enfocado desde la funcionalidad de los derechos laborales, la tercerización puede resultar en determinados casos negativa y perjudicial, pues impide que los derechos laborales -tanto individuales como colectivos- de los trabajadores involucrados se ejerciten con eficacia, esto por cuanto permite desigualdades remunerativas y de beneficios económicos, asimismo mella o restringe la libertad sindical y la negociación colectiva, por citar un ejemplo.

En este contexto se desarrolla la presente tesis, que principalmente esta avocada a determinar cuál es la razón por la que la tercerización de servicios restringe la funcionalidad de los derechos laborales –tanto individuales como colectivos- de los trabajadores de las empresas tercerizadoras en los procesos de tercerización de servicios en nuestro país. Para lograr nuestro fin es importante dejar sentado desde el inicio que no estamos en contra de la utilización de esta estrategia empresarial, mas si pugnamos por la proscripción de su utilización fraudulenta, la cual se ve favorecida por una normatividad que –como toda actividad humana- resulta perfectible y requiere de ciertas modificaciones para regular de mejor manera este tipo de vinculación empresarial, de tal forma que se logre un equilibrio entre los intereses de los empleadores y el de los trabajadores, labor que no resulta sencilla por cuanto ambos intereses resultan históricamente antagónicos.

En el desarrollo de la problemática se aprecia que la tercerización de servicios no es un fenómeno reciente y se viene utilizando con mucha frecuencia no solo en el Perú, sino en todo el mundo, por lo cual es necesario contar con una norma que la regule de forma eficiente y uniforme. Asimismo, dado que se trata de un fenómeno mundial se analizan las legislaciones comparadas para determinar cuál es el tratamiento que recibe en los países más cercanos e influyentes en nuestro sistema jurídico nacional, siendo importantes las experiencias de Uruguay en donde se permite que las actividades principales también sean objeto de tercerización, el caso de México donde se ha establecido un registro virtual de empresas de subcontratación y el caso de Ecuador, en donde por mandato Constituyente N° 08 se prohibió de celebración de contratos de tercerización o intermediación laboral; para posteriormente analizar de lleno nuestra actual Ley de la Tercerización y a partir de críticas concretas ofrecer determinadas sugerencias que lograrían una regulación más feliz y eficiente, que desencadenaría finalmente en la protección más eficiente de los derechos laborales.

Asimismo, se analizarán determinados convenios colectivos, de los cuales se desprende que los beneficios que en estos se logran favorecen únicamente a los trabajadores de las empresas principales, y que además en los convenios colectivos no se negocian asuntos referidos a la tercerización de servicios.

También se han considerado dentro del análisis sentencias emitidas por el Tribunal constitucional, la Corte Suprema y la Corte Superior de Cajamarca sobre la tercerización de servicios, las cuales resultan muy ilustrativas pues permiten conocer cómo se viene afrontando esta problemática desde la jurisprudencia.

Abstract

Currently are varied causes why companies decide to decentralize some productive unit chain of production, the most significant being the constant search for efficiency and cost reduction, which would achieve more competent in a particular market sector . In this sense, from a business point of economically outsourcing is a useful tool for employers, because contributes to companies to develop its objects with minimal costs and achieve greater competitiveness.

This economic advantage propels this business recruitment strategy being used with increasing frequency in our country; however, leaving aside the purely economic aspect and addressing the outsourcing from a viewpoint focused from the functionality of labor rights, outsourcing can result in certain cases negative and harmful because it prevents that individual labor rights both as collective- of workers involved are exercised effectively, because it allows remuneration and economic benefits inequalities also dent or restricts freedom of association and collective bargaining, for instance.

In this context this thesis, which mainly is doomed to determine the cause for the outsourcing of services restricts the functionality of individual labor rights both as workers collective- of outsourcers in outsourcing processes developed service to our country. To achieve our purpose is important to sitting at the outset that we are not against using this business strategy, but if we strive for the Prohibition of fraudulent use, which is favored by a regulation which, as any human activity - is perfectible and requires certain modifications to better regulate how this form of corporate engagement, so that a balance between the interests of employers and workers, work is not easy because it is achieved both interests are historically antagonistic.

In the development of the problem shows that the outsourcing of services is not a new phenomenon and has been used frequently not only in Peru but worldwide, making it necessary to have a rule that regulates the efficiently and uniformly. Also, since this is a global phenomenon laws are analyzed compared to determine which treatment you receive in the closest and most influential in

our national legal system countries, with important experiences Uruguay where it allows the main activities also be subject to outsourcing, the case of Mexico where it has established a virtual record subcontractors and the case of Ecuador, where mandated Constituent N ° 08 is prohibited from holding outsourcing contracts or job placement; how to analyze fully our current Act Outsourcing and from offering certain specific suggestions that would achieve a happier and efficient regulation, which finally unleash the most efficient protection of labor rights criticism.

Also, certain collective agreements were analyzed, which shows that these benefits are achieved favoring only employees of major companies, and also in collective agreements not matters relating to the outsourcing of services are negotiated.

Were also considered in the analysis judgments of the Constitutional Court, the Supreme Court and the Superior Court of Cajamarca on the outsourcing of services, which are very illustrative know how they enable been facing this problem from the case.

INTRODUCCION

Las empresas o sociedades comerciales se constituyen y desarrollan su objeto social con la finalidad de obtener ganancias, es decir, que sus ingresos o utilidades sean mayores que los gastos en los cuales incurren para obtenerlos. En este sentido, se encuentran en constante búsqueda de mecanismos, herramientas y estrategias para lograr tal fin: uno de estos es la **tercerización de servicios**.

Entendida así la tercerización de servicios, podríamos identificarla como aquella herramienta puesta al servicio de los empleadores con la finalidad de reducir sus costos laborales y con ello obtener mayores utilidades. Sin embargo, si la analizamos desde la óptica de los derechos de los trabajadores podríamos decir que se trata de una forma de precarización laboral, pues su utilización admite la triangulación empresarial (que el trabajador tenga un vínculo laboral con la empresa tercerizadora, pero prestando servicios a favor de la empresa usuaria o principal), y con ello la flexibilización y precarización laboral.

Es justamente bajo este contexto de debate en el que nace la presente investigación, encontrándose por un lado los intereses económicos de los empleadores o empresarios –quienes en todo momento buscarán reducir sus costos y generar mayores ganancias- y por otro los derechos de los trabajadores –quienes directamente o a través de sus organizaciones sindicales buscan que cada vez se les reconozcan mayores derechos y se les confieran mejores condiciones laborales.

Ambas posturas se encuentran transversalmente afectadas por la Ley de Tercerización y su reglamento. Normas que desde el año 2008 vienen regulando -a nuestro parecer- de forma ineficiente este tipo de vinculación laboral, conteniendo serios vicios y hasta incongruencias internas, lo cual finalmente repercute en la afectación negativa del derecho de los trabajadores.

Finalmente, consideramos que debido a estos defectos la normatividad sobre tercerización en nuestro país merece un estudio serio, con la finalidad que sirva

de equilibrio entre los intereses de los empresarios y los derechos de los trabajadores.

Justamente a ello apunta la presente investigación: a desarrollar las fallas y defectos de la norma que repercuten de forma negativa en la funcionalidad de los derechos laborales, lo cual servirá como punto de partida para las modificaciones correspondientes.

CAPITULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. ÁREA DE INVESTIGACIÓN:

- Derecho Individual, y
- Colectivo del Trabajo.

II. PLANTEAMIENTO Y DESCRIPCION DE LA SITUACION

PROBLEMATICA:

Sabido es que las empresas se encuentran en una constante búsqueda de mecanismos para lograr eficiencia y competitividad en el desarrollo de su objeto social dentro del mercado en el cual se desenvuelven. Uno de estos mecanismos con el que cuentan los empleadores consiste en descentralizar algunas de sus unidades productivas hacia otras empresas especializadas, logrando de esta manera cierto grado de eficiencia en la producción de un determinado bien o en la prestación de un determinado servicio. Este hecho genera un importante reto para el derecho, en especial, para el derecho del trabajo, pues lo que a primera vista parecería constituirse como un mecanismo o herramienta jurídica a utilizarse por las empresas en procura de la eficiencia productiva podría en realidad ser una herramienta legal que más bien se utilice con la finalidad de “ahorrar costos laborales” en perjuicio de los derechos de los trabajadores.

La tercerización de servicios o descentralización productiva requiere de un tratamiento sumamente delicado, puesto que están en juego, por un lado la eficiencia en la producción empresarial y por otro el pleno respeto y protección eficiente de los derechos –colectivos e individuales- de los trabajadores. La situación problemática que se plantea es más evidente y conflictiva en las empresas mineras, pues es claro que debido a la naturaleza de sus actividades son las que más utilizan este tipo de mecanismos, descentralizando determinadas unidades de su línea producción, lo cual genera un efecto de rechazo por parte de muchos sectores sociales, en especial del sector de los

trabajadores, quienes muchas veces ven recortados sus beneficios y se encuentran desprotegidos.

Cabe mencionar que recién en el año 2008 se promulgó la Ley N° 29245, norma que por primera vez regula en nuestro país -de forma directa- a la Tercerización de Servicios¹, la cual aparentemente estaba destinada a zanjar la disconformidad de los trabajadores, pues en su texto se aprecian una serie de mecanismos para garantizar el reconocimiento y protección de sus derechos; sin embargo, el problema no se ha visto solucionado, pues dicha ley y su reglamento son sumamente precarios e ineficientes en la forma de regulación, advirtiéndose incluso algunas contradicciones, lo cual la hace ineficiente; y contraria a los principios tuitivo, protector y de primacía de la realidad que inspiran el derecho del trabajo. En una palabra, con esta ley los trabajadores reciben una mayor pero no mejor protección de sus derechos en comparación a lo que sucedía antes de la promulgación.

Ahondando en materia, en lo que respecta a los derechos individuales, la tercerización de servicios es atentatoria del derecho de igualdad de trato, pues mediante esta forma de descentralización productiva con el afán de reducir costos se permite el trabajo con menores condiciones laborales, es decir, los trabajadores que son contratados directamente por la empresa principal reciben mayores beneficios y mejores condiciones laborales que los trabajadores que son contratados por las empresas tercerizadoras para desempeñar las mismas o similares funciones que los primeros. A guisa de ejemplo podemos mencionar el tema de las remuneraciones y beneficios económicos, obviamente los trabajadores directos perciben remuneraciones mucho más altas que los que prestan sus servicios a través de tercerizadoras, además no se debe perder de vista el reparto de otro tipo de beneficios laborales como las utilidades.

En cuanto al derecho colectivo de trabajo y a la participación de los gremios sindicales, la ley también presenta ciertos vacíos que merecen ser analizados,

¹ Antes de la promulgación de la Ley de Tercerización, para definirla se recurría al artículo 4 del Reglamento de la Ley 27626, Ley de Intermediación Laboral, que establecía una regulación indirecta en el siguiente sentido: *“No constituye Intermediación Laboral (...) los contratos de obra, los contratos de tercerización externa (...)”*

pues si bien reconoce libertad sindical (se entiende que incluye tanto la libertad para crear un sindicato y afiliarse al mismo, como la facultad para desafiliarse de este); sin embargo, en términos prácticos es muy difícil que los trabajadores de empresas tercerizadoras formen algún gremio sindical o se afilien a uno ya constituido, ello debido a la inestabilidad de sus contratos, que son en su gran mayoría a plazo determinado, lo que en definitiva significa que los trabajadores no tienen mayor incentivo para la generación de agrupaciones sindicales, puesto que al término de su contrato dejarán de pertenecer a la empresa. Siendo necesario por tanto que se establezcan nuevas formas de negociación colectiva más eficientes, de tal forma que se vayan dejando de lado aquellas formas de negociación tradicionales.

En esta línea el Doctor Jesús Cruz Villalón sostiene *“no es un problema tanto de los derechos que pueden estar reconociendo las normas sino más bien el problema se centra en la dificultad de ejercerlos”* (Cruz Villalón 2009, 33). Afirmación que permite colegir que existe una enorme dificultad para que los gremios sindicales puedan participar de forma activa en los procesos de descentralización productiva que se desarrolla en las empresas, ello por cuanto –como ya se ha dicho- la legislación de la materia es muy precaria en ese sentido. De igual forma diríamos que, los precarios derechos reconocidos en la norma no son pasibles de ejercicio pleno en la práctica, es decir, no son eficaces.

Consecuentemente, dado que la tercerización de servicios es un asunto muy sensible y que cada vez se viene utilizando con mayor continuidad en nuestro país es necesario contar con una norma que de cierto modo sea uniforme y predecible en la protección de los derechos laborales, lo cual coadyuvará a un ejercicio más eficiente de los mismos. Esto lamentablemente no se evidencia en la normatividad actual, toda vez que se advierten ciertas incongruencias internas (por citar un ejemplo: la ley prescribe la creación de un registro administrativo de empresas tercerizadoras en el cual estas se deben inscribir para poder desarrollar sus actividades, pero el reglamento flexibilizando este requisito lo minimiza a que las tercerizadoras solo deben señalar en su planilla que están desplazando personal, con lo cual se entenderá incluida dentro del

conjunto de empresas tercerizadoras). Ergo, la norma actual sobre tercerización no es eficiente y no brinda una regulación eficiente de los derechos laborales.

III. FORMULACION Y SISTEMATIZACIÓN:

¿Cuál es la razón por la cual la tercerización de servicios afecta negativamente a la funcionalidad de los derechos laborales, individuales y colectivos, de los trabajadores de las empresas tercerizadoras en el Perú?

IV. FUNDAMENTACION:

Ante el conflicto de ineficacia normativa desarrollado en líneas precedentes, y dado que la herramienta de la tercerización es utilizada cada vez con mayor frecuencia en nuestro país, sin perder de vista que la ciudad de Cajamarca no es ajena a este tipo de triangulación empresarial, urge un estudio serio acerca de la causa por la cual la tercerización repercute de forma negativa sobre la funcionalidad de los derechos –individuales y colectivos- de los trabajadores de empresas tercerizadoras. Es importante -además de una regulación eficiente- una labor de fiscalización y control constante y serio por parte de los estamentos estatales competentes, así como un empoderamiento a los gremios sindicales a efectos de promover una participación activa en la problemática de marras.

Lamentablemente, todas estas buenas intenciones no servirán de nada si es que no contamos con una norma que regule a la tercerización de un modo eficiente, pues no se debe olvidar que los derechos laborales tienen la categoría de derechos fundamentales y por tanto reciben protección constitucional, por lo cual se requiere de mecanismos normativos eficientes que garanticen su plena vigencia y respeto, en una palabra que sean ejercitados de forma eficiente y funcional.

En tal sentido, partimos del **presupuesto** de que tal como se ha regulado el fenómeno de la tercerización en nuestro país, esta normatividad por diversas causas repercute de forma negativa en la funcionabilidad de los derechos de los trabajadores, por lo cual consideramos de vital importancia, conocer cuáles

son estas causas y a partir de ello intentar ofrecer sugerencias a efectos de buscar, como ya se ha indicado, un equilibrio entre los intereses de los empleadores y el de los trabajadores.

La presente investigación encuentra solidez y sustento en la medida que, tal como se ha indicado, en la actualidad la utilización de este tipo de herramienta empresarial va en aumento. A modo de guisa podemos citar –con información oficial- el caso de las empresas del rubro minero, en cuyo sector al año 2011, de los aproximadamente 177,431 trabajadores, el 63% fue contratado por empresas tercerizadoras (esto es 111,511 trabajadores), mientras que solo el 37% mantuvieron una relación laboral directa con determinada empresa minera (esto es 65,920 trabajadores). Si comparamos, estos resultados con los que se reflejaron en el 2010 podemos advertir que el número de trabajadores contratados de modo directo ha disminuido, pues en el año 2010 se registraron 67,575 trabajadores directos. Por el contrario el número de trabajadores contratados por las tercerizadoras aumento en el año 2011, pues el año 2010 se registraron 97,956 trabajadores subcontratados². Esta información se puede apreciar mejor en el siguiente cuadro:

CUADRO 1

EMPLEADOR/ AÑO	2010	2011
Tercerizadora	97,956	111,511
Empresa principal	67,575	65,920
Total	165,531	177, 431

*Elaboración propia.

De allí la importancia de la presente tesis, puesto que en principio permitirá conocer las causas por las cuales la tercerización repercute de forma negativa en la funcionalidad de los derechos laborales –individuales y colectivos-, para a partir de ello ofrecer las respectivas sugerencias, con la finalidad de lograr la reducción de la vulneración de los derechos laborales, sin afectar considerablemente el interés patrimonial de los empleadores. En la misma

² MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. Anuario Minero 2011. MEM, Lima, 2012, p.91. Cfr. en el siguiente enlace: www.minem.gob.pe/publicacion.php?idSector=1&idPublicacion=426

línea de razonamiento es necesario mencionar que la investigación tiene una importante repercusión jurídica en la sociedad, en la medida que se pretende dar a conocer cuáles son las causas por las cuales este mecanismo frecuentemente utilizado por los empleadores repercute de forma negativa en la funcionalidad de los derechos laborales de los trabajadores.

Un aspecto que no debe pasar por desapercibido es que a nivel local no somos ajenos a la problemática que es materia de investigación, lo cual ha motivado que se expidan diversos pronunciamientos judiciales al respecto –incluso de la Corte Suprema-. En este sentido, quizá el más importante es el referido al denominado “*caso Adecco*”, en el cual un grupo de aproximadamente 80 trabajadores contratados por **ADECCO CONSULTING S.A** (tercerizadora), prestaban servicios en el campamento de la empresa **MINERA YANACOCHA S.R.L** (principal), configurándose un supuesto de tercerización con desplazamiento. Es el caso que los trabajadores interpusieron demandas laborales al considerar que existía un incumplimiento de disposiciones y normas laborales de tercerización, y solicitando en consecuencia la regularización de su contrato de trabajo, el establecimiento de la relación laboral entre estos y la empresa principal, Minera Yanacocha SRL, y el consecuente ingreso al libro de planillas de ésta³.

Otro caso que tomó una connotación importante en nuestro Distrito Judicial es el denominado “*Clínica Internacional*”, en el cual un promedio de 18 trabajadores interpusieron demandas laborales por Resolución Arbitraria de Contrato contra **CLINICA INTERNACIONAL S.A** (tercerizadora), y solidariamente contra **MINERA YANACOCHA SRL** (principal), solicitando el pago de determinadas sumas de dinero por concepto de Indemnización por Despido Arbitrario. En este caso, la pretensión de los trabajadores –a diferencia del caso Adecco, en el cual se solicitó la incorporación a las planillas de la

³ Todas las demandas interpuestas se admitieron a trámite, siendo que posteriormente por celeridad y economía procesal se acumularon en 06 expedientes, signados con los números 55, 56, 81, 82, 126 y 127 de 2008. En primera instancia el Juzgado Laboral de Cajamarca declaró infundada la demanda, lo cual a su vez fue confirmado por la Sala Civil en segunda instancia y finalmente la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema declaró improcedentes los recursos de casación interpuestos por los trabajadores.

principal-, fue solicitar la indemnización por despido arbitrario contra el empleador directo y solidariamente contra la empresa principal⁴.

Este nivel de discusión, justamente por la importancia que conlleva, se ha visto reflejado incluso en la jurisprudencia nacional. Así la Corte Suprema ha emitido importantes pronunciamientos, en uno admitiendo la “validez” de la tercerización de actividades principales⁵, y en otro pronunciándose sobre los elementos constitutivos de la tercerización⁶. Por su parte el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la tercerización de servicios, considerándola como una forma válida de vinculación empresarial⁷, y pronunciándose además sobre su utilización fraudulenta y la consecuente afectación de derechos constitucionales⁸.

V. DELIMITACIÓN:

5.1 TEMÁTICA:

La presente investigación se desarrolló sobre la base del proceso de Tercerización, con énfasis en la razón por la cual este fenómeno empresarial repercute de forma negativa en la funcionalidad de los derechos laborales. Para ello se tendrá en cuenta la regulación de la tercerización de servicios, así como la regulación de los derechos individuales y colectivos en nuestra legislación vigente así como en el derecho comparado.

5.2.-ESPACIAL – GEOGRÁFICA:

⁴ Las demandas luego de ser admitidas fueron acumuladas en los expedientes 253, 254 y 255 de 2008. En primera instancia el Juzgado Laboral de Cajamarca declaró infundada la demanda y en vía de apelación la Sala Civil confirmó la decisión del *a quo*.

⁵ Cfr. Casación Laboral N° 1399-2010-Lima, de fecha tres de junio de dos mil once, emitida por la Sala de Derecho constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

⁶ Cfr. Sentencia Popular N° 1607-2012- Lima, de fecha veintitrés de mayo de dos mil trece, emitida por la corte Suprema.

Casación Laboral N° 1399-2010-Lima de fecha tres de junio de dos mil once, emitida por la Sala de Derecho constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia

⁷ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00149-2012-PA/TC-Piura de fecha veintiocho de noviembre de dos mil doce.

⁸ Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional N°s:

02111-2010-PA/TC-Lima de fecha veinticuatro de enero de dos mil doce,

01671-2013-PA/TC-Lambayeque de fecha veintinueve de enero de dos mil catorce,

02135-2013-PA/TC-Callao de fecha once de julio de dos mil trece, y

04297-2012-PA/TC-Lambayeque de fecha veintiuno de abril de dos mil catorce.

El presente proyecto de investigación se ejecutó en el Departamento de Cajamarca – Perú; sin embargo, pese a esta delimitación se considera que la investigación resulta aplicable a nivel nacional debido a que el fenómeno bajo estudio así lo sugiere y sobre todo porque el estudio parte de la normatividad sobre tercerización de servicios.

5.3.-TEMPORAL – CRONOLÓGICA:

Abarca el intervalo 2008 (fecha de promulgación de la Ley N° 29245)-2014.

5.4.-DEMOGRÁFICA:

Abarca a los trabajadores de las empresas tercerizadoras, así como a los gremios sindicales.

5.5.-TEORICA:

Por el nivel de estudio y por los temas estudiados la presente tesis se acerca a la teoría iuspositivista, puesto que se ha estudiado a profundidad la Ley que regula los Servicios de Tercerización y su reglamento, así como Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

VI. LIMITACIONES:

Las limitaciones a la presente investigación vienen dadas por qué:

- i) Algunas empresas Mineras se encuentran fuera de la ciudad de Cajamarca, lo cual generó cierta complicación para una mejor recolección de datos;
- ii) La posibilidad de que tanto trabajadores, como empresas Mineras y tercerizadoras se muestren **renuentes a prestar apoyo** e información para coadyuvar al desarrollo del presente trabajo de investigación.

VII. OBJETIVOS:

7.1 OBJETIVO GENERAL:

Conocer la razón por cual la tercerización de servicios afecta de forma negativa en la funcionalidad de los derechos –individuales y colectivos- de los trabajadores de las empresas tercerizadoras en el Perú.

7.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Describir y analizar el tratamiento legal de la Tercerización de Servicios en el Perú.
- Conocer el tratamiento legal de la participación sindical en los procesos de tercerización, según el ordenamiento nacional.
- Conocer el tratamiento legal de la Tercerización o Descentralización Productiva en el Derecho Comparado.

VIII. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA:

Según Luciana Rodríguez Guerra *“En todos los países se observa que la descentralización productiva ha reducido considerablemente la eficacia de la acción sindical, al restarle afiliados a los sindicatos por diversas vías: división de la planilla, precarización de las condiciones de trabajo, recurso a la intermediación, etc;”* (Rodríguez Guerra 2010, 28). En este estudio se abordó a la tercerización de servicios desde el punto de vista sindical, en el marco del sistema legal latinoamericano.

Por otro lado, conviene mencionar el libro “Subcontratación entre empresas y Relación de trabajo en el Perú” publicado por el Dr. Elmer Arce Ortiz en el año 2006, en el cual se describe de forma muy genérica y superficial a la tercerización de servicios, poniendo especial énfasis en la intermediación de servicios, por lo cual teniendo en cuenta que esta publicación es anterior a la Ley de Tercerización servirá como antecedente de la presente investigación.

Estos antecedentes se evidencia que se han desarrollado desde perspectivas distintas a la que se pretende abordar en la presente investigación.

8.1 ASUNCIONES:

Se parte de las siguientes premisas:

I) Actualmente hay un número considerable de trabajadores de empresas tercerizadoras que prestan servicios en las instalaciones de las empresas principales;

II) La legislación actual sobre la materia no regula de forma eficiente los derechos de los trabajadores, permitiendo que la tercerización de servicios repercuta negativamente en la funcionalidad de los derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras.

III) En la actualidad los convenios colectivos únicamente vinculan con carácter de obligatoriedad a las partes que los suscriben y a los trabajadores sindicalizados, más no a los trabajadores de empresas tercerizadoras, asimismo los sindicatos no se encuentran empoderados a efectos de negociar que en los convenios colectivos se incluyan determinadas cláusulas que limiten la utilización excesiva o fraudulenta de la tercerización de servicios.

IX. HIPOTESIS:

La razón por la cual la tercerización de servicios afecta negativamente a la funcionalidad de los derechos laborales –individuales y colectivos- de los trabajadores de las empresas tercerizadoras en el Perú, tiene que ver con la ineficacia en la regulación de este fenómeno empresarial.

9.1 Definición operacional de variables:

Variables	Definición	Indicadores
V1: Ineficacia normativa en la regulación de la tercerización. (Ley N° 29245 y su reglamento, D.S 006-2008-TR)	La ineficacia en la regulación viene dada por cuanto existe un divorcio entre la Ley y el reglamento, lo cual genera una regulación ambigua y precaria de este fenómeno de vinculación empresarial	-La ley Nacional - Derecho Comparado - Legislación - Jurisprudencia - Doctrina
V2. La tercerización de servicios afecta negativamente a la funcionalidad de los derechos laborales (individuales y colectivos).	Situación jurídica en la cual los derechos laborales no pueden ser ejercitados de forma funcional o eficiente por parte de los trabajadores de las empresas tercerizadoras.	-La ley Nacional - Derecho Comparado - Legislación - Jurisprudencia - Doctrina

X. TIPOLOGIA:

El desarrollo de la presente investigación se realizó sobre la base de la tipología **dogmática jurídica**, pues por el tema a investigar se requirió, en principio, conocer cómo es regulada la tercerización de servicios en nuestro

país, para tal efecto se analizó la Ley N° 29245, el Decreto Legislativo N° 1038⁹ y su reglamento, D.S 006-2008-TR. Asimismo, fue determinante conocer normatividad vigente que regula las relaciones colectivas de trabajo, siendo esta: i) la Constitución Política, ii) Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento; finalmente también fue importante conocer los alcances de determinados convenios colectivos.

XI. ENFOQUE:

Para la elaboración de la presente tesis se utilizó un enfoque **cuantitativo**, ello en la medida que a través de la observación y análisis se determinaron las causas o motivos por las que la tercerización de servicios afecta de forma negativa a los derechos de los trabajadores de las empresas tercerizadoras, así mismo se interpretaron las normas y principios laborales -individuales y colectivos- prescritos tanto en la Constitución como en las normas de desarrollo. Asimismo, se analizaron los alcances de determinados los convenios colectivos.

XII. ALCANCE:

La presente investigación tiene un alcance **explicativo**, pues además de explorar y describir la problemática descrita en párrafos precedentes se pretende prioritariamente explicar la razón por la cual la tercerización de servicios atenta negativamente contra la funcionalidad de los derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras.

XIII. DISEÑO:

La investigación se abordó desde una perspectiva **no experimental**, por cuanto no se manipularan deliberadamente las variables de la hipótesis, si no que por el contrario se observaran estas para luego tratar de explicarlas, y dentro de esta una de tipo **Transversal o transeccional** ya que se realizó

⁹ Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley N° 29245, que regula los Servicios de Tercerización.

sobre el periodo temporal comprendido entre el año 2008 -que se promulgó la ley que regula a la tercerización- al 2014.

XIII. MÉTODOS:

Se utilizó el método de **Análisis- Síntesis**: En la medida que se busca estudiar analíticamente la forma de vinculación empresarial denominada tercerización de servicios. Asimismo se utilizó el **método dogmático**, para conocer a profundidad los alcances teóricos de la descentralización productiva tanto en la doctrina nacional como en el derecho comparado.

De igual forma se utilizó el método **interpretativo**, específicamente en el aspecto sistemático, en la medida que el estudio de la tercerización de servicios se realizó tanto desde la óptica constitucional como legislativa.

XIV. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:

- **Exegesis.**- A efectos de conocer a profundidad los planteamientos doctrinarios y legislativos que existen sobre la tercerización.

Para esta técnica se utilizaron los siguientes instrumentos: **ficha** de registro y **Libreta** de apuntes.

- **Observación documental.**- Por cuanto se recopilaron y analizaron convenios colectivos, resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, así como por la Corte Superior de Justicia de Cajamarca sobre la tercerización de servicios.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

SUB CAPITULO I.

I.1 LA TERCERIZACION DE SERVICIOS Y SU IMPACTO NEGATIVO EN LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES:

I.1.1 Origen y Definición de la Tercerización de Servicios:

La Tercerización de servicios es un fenómeno relativamente nuevo a nivel mundial, pues tiene como sus orígenes conocidos la crisis de finales de los 80 que obligó a las empresas a reducir sus costos y a utilizar nuevas técnicas y procedimientos para hacer más eficientes sus procesos de producción; se dice que las pioneras fueron empresas dedicadas al campo de la tecnología, entre ellas KODAK, la cual al no contar con la estructura financiera y económica necesaria para sostener su departamento de atención al cliente se vio en la necesidad de transferir tales labores a otras empresas. (Ermida Uriarte 2009, 43)

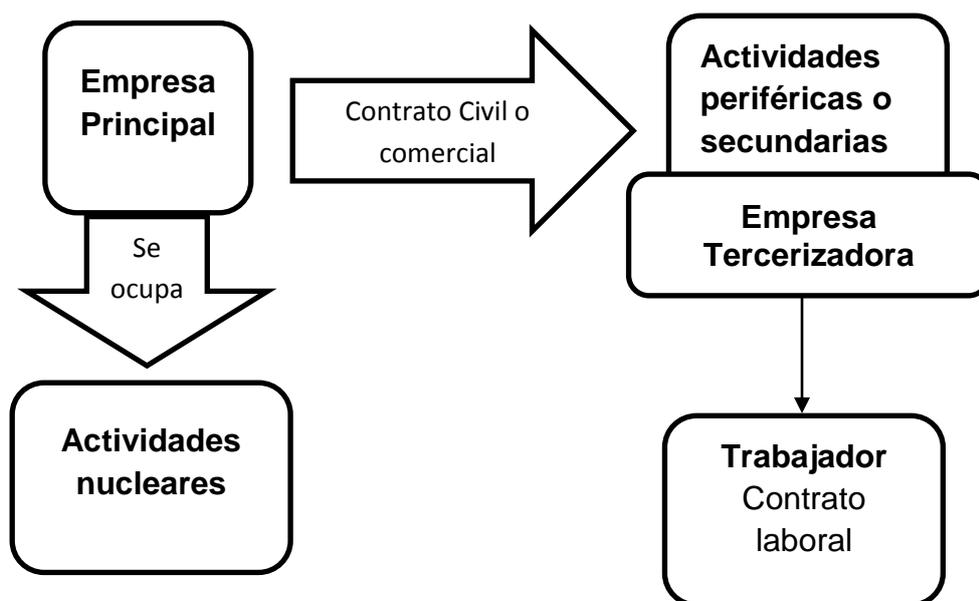
Se tiene entonces que esas son las vertientes del proceso de descentralización productiva, el cual ha ido evolucionando y generando beneficios y perjuicios tanto para empresarios como para trabajadores, dependiendo de la óptica desde la cual se aborde. Actualmente, el debate sigue vigente, resultando en muchos casos antagónicos los intereses de las empresas y el de los trabajadores, habiéndose acuñado términos como flexibilidad laboral y precarización del trabajo, en contraposición a eficiencia, adaptación y competencia empresarial.

Ahora bien, ocupándonos ya en estricto de la tercerización de servicios, podríamos decir que es el mecanismo jurídico que permite la vinculación empresarial entre dos empresas; la principal o usuaria que descentraliza o transfiere unidades productivas de su cadena de producción, a través de un contrato civil o comercial hacia otra empresa denominada tercerizadora, la que con capital, personal y recursos propios desarrollará de forma más

especializada el proceso encomendado, permitiendo que la empresa principal desarrolle con mayor eficiencia su actividad principal. En ese sentido, el profesor Wilfredo Sanguinetti manifiesta que *“la descentralización productiva constituye un fenómeno organizativo de naturaleza y alcances puramente mercantiles, que se concreta en el establecimiento de una red más o menos amplia de relaciones de ese tipo entre la empresa que ha decidido encomendar a terceros la realización de algunas de las actividades que forman parte de su objeto”*. (Sanguinetti 2008, 19) (negrita fuera del original)

De estas aproximaciones se puede extraer la siguiente relación entre la empresa principal, la tercerizadora y los trabajadores:

Esquema No. 01: Descentralización Productiva



* Elaboración propia.

Por un lado tenemos a las denominadas empresas principales que transfieren una unidad productiva hacia las empresas tercerizadoras con la finalidad de que éstas se encarguen -bajo su cuenta y riesgo- de desarrollar la unidad productiva encomendada, es decir, empresa tercerizadora deberá contar con su propio personal, equipos y financiamiento para efectos de ejecutar la labor transferida o cedida.

Al respecto el doctor César Gonzales Hunt refiere “(...) *En la tercerización la empresa contratada por la principal, presta un servicio integral, para lo cual debe contar con una estructura productiva suficiente y autónoma, incluyendo su propio personal quienes se desempeñan bajo la dirección de la misma*” (Gonzales 2008, 123).

Es importante no perder de vista que los trabajadores de las empresas tercerizadoras se encuentran bajo la supervisión y dirección de éstas, en otras palabras, estos trabajadores no pueden recibir órdenes ni directivas por parte del personal de las empresas usuarias, pues ello generaría una desnaturalización de la tercerización, teniendo como consecuencia inmediata que dichos trabajadores ingresen a las planillas de la empresa principal.

I.I.2 La Tercerización de Servicios en el Derecho Peruano.-

En nuestro país la tercerización de servicios está regulada por la Ley de Tercerización, Ley N° 29245, publicada en el diario oficial el 24 de junio de 2008, la misma que en su artículo 2 la define del siguiente modo:

*“Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su **cuenta y riesgo**; cuenten con sus **propios recursos financieros, técnicos o materiales**; sean responsables por los resultados de sus actividades y **sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación**. Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio”.*

De lo dicho hasta este punto, y sobre la base de la definición legal precitada se tiene que la empresa tercerizadora debe contar con cierta capacidad económica y financiera, pues se va a ocupar de una etapa en la cadena de producción de la denominada empresa usuaria o principal. Asimismo, se hace referencia a las características de la tercerización, las cuales son: i) pluralidad

de clientes, ii) equipamiento, iii) inversión de capital y iv) retribución por obra o servicio.

Por otro lado, en lo que respecta a la importancia y beneficios de este tipo de vinculación empresarial, Eduardo Benavides manifiesta que *“La revolución del outsourcing derribó varios mitos. El primero fue aquel de que ciertas funciones debían mantenerse necesariamente dentro de la empresa (...), otro mito que fue descartado fue aquel que cuando uno mismo hace las cosas las hace mejor, porque mantiene todo bajo control. El outsourcing permite a las empresas **ocuparse de lo que saben hacer** y dejarle los detalles a los especialistas”*. (Benavides Torres 1996. 55). (Negrita agregada)

En este punto es necesario indicar que estamos parcialmente de acuerdo con la opinión vertida por el Dr. Benavides, pues sin lugar a dudas la tercerización es a todas luces un mecanismo atractivo e interesante desde el punto de vista económico para las empresas, ya que a través de la especialización de sus unidades de producción, estas serán más flexibles y eficaces en el mercado, adaptándose de mejor manera a los embates de la competencia, generando en consecuencia mayores utilidades, ocupándose además con mayor rigor de su actividad principal; sin embargo, no resulta menos cierto que en determinados casos este mecanismo de vinculación empresarial puede repercutir negativamente en la funcionalidad del derecho de los trabajadores, pues estos ya no tendrán un vínculo laboral directo con la empresa principal, sino que lo tendrán más bien con las empresas tercerizadoras, precarizando el derecho del trabajo en pos de la eficiencia empresarial.

En esa misma línea de pensamiento se ha pronunciado Wilfredo Sanguinetti, para quien: *“La descentralización productiva posee, de este modo, un inquietante efecto dualizador sobre el mercado de trabajo en la medida en que **alienta el desequilibrio entre trabajadores integrados en los mismos procesos productivos**, en función de una opción puramente organizativa, como es la de proceder o no a su disgregación.”* Continúa: *“Esto nos sitúa delante de un modelo de empresa no sólo “escueta”, sino también “mezquina”, en la medida en que basa buena parte de su capacidad competitiva, cuando no toda, en ahorros en los costes de la mano de obra generados a través del*

empleo masivo de trabajo subcontratado, prestado en régimen de precariedad laboral y salarial” (El Blog de Wilfredo Sanguinetti, 2008). (negrita y subrayado agregados).

Este desequilibrio al que alude el Dr. Sanguinetti se da justamente en aquellos casos de tercerización con desplazamiento, en los cuales conviven, si cabe el término, trabajadores tanto de la empresa principal como de la tercerizadora en el establecimiento de la primera, generando en definitiva confusión respecto a las condiciones laborales de las cuales gozan unos y otros.

Por otro lado, Federico Mesinas Montero al referirse a la tercerización indica: “(...) *Permite que determinado aspecto de la actividad de una empresa (un proceso productivo, una gestión, etc) sea realizado por un tercero. La razón económica de ello es clara: en ocasiones es más eficiente derivar a un tercero especializado el desarrollo de determinadas actividades que la empresa no puede desarrollar de modo idóneo ahorrándose los costos de esta eventual ineficiencia*” (Mesinas 2008. 55).

Como se advierte entonces, la tercerización de servicios y sobre todo el debate en torno a su correcta utilización y su vinculación con la funcionalidad de los derechos de los trabajadores sigue en boga, siendo distintas las posturas, dependiendo claro esta de la vereda desde la cual se aborde la problemática.

Siguiendo con el iter de la regulación de la tercerización en nuestro país es pertinente mencionar que poco tiempo después de la promulgación de la ley de tercerización, al día siguiente para ser exactos, se promulgó el **D. Leg. N° 1038¹⁰**, mediante el cual se “precisaron” los alcances de la ley de tercerización. Por medio de este particular texto normativo de precisión el legislador introdujo una suerte de justificación respecto de la tercerización, indicando al respecto que: “*La tercerización es una manera de alentar activamente la participación de agentes privados en la generación de empleo, actividad que debe ser adecuadamente regulada a fin de compatibilizar la cautela de los derechos laborales de los trabajadores con la promoción de la actividad privada*” (negrita y subrayado nuestros).

¹⁰ Publicado en el diario oficial el 25 de junio de 2008.

Es decir, según este D. Leg., la tercerización de servicios tiene como finalidad deontológica la generación de empleo y el equilibrio entre los derechos laborales y los intereses empresariales; sin embargo, esta aparente preocupación estatal queda resagada por cuanto, desde nuestro punto de vista esta norma tal como esta actualmente, repercute negativamente en la funcionabilidad de los derechos de los trabajadores, esto en la medida que resulta muy ambigua en la protección que ofrece.

Finalmente cabe mencionar que las dos normas precitadas fueron desarrolladas por el Decreto Supremo 006-2008-TR, Reglamento de la ley de Tercerización, publicado en el diario oficial el 12 de noviembre de 2008, el cual en su artículo 1 nos brinda dos importantes definiciones para la investigación. En primer lugar describe como tercerización a la forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o **delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal** a una o más empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma. En segundo lugar, en cuanto a las empresas tercerizadoras nos menciona que son empresas que llevan a cabo el servicio u obra contratada por la empresa principal, a través de sus propios trabajadores, quienes se encuentran bajo su exclusiva subordinación.

Según se advierte, en el reglamento se hace referencia expresa a **la posibilidad de que la empresa principal pueda tercerizar o delegar partes o fracciones de su actividad principal**, lo cual no estaba previamente prescrito en la Ley de la materia y de lo cual nos ocuparemos en el capítulo siguiente, puesto que a nuestro criterio ello resulta un despropósito.

I.1.3 Características de la Tercerización U Outsourcing.

En cuanto a las características de la tercerización de servicios, normativamente estas se pueden extraer del texto del Reglamento, las cuales son: i) **La Pluralidad de clientes**; ii) el **equipamiento** (herramientas o equipos), que son utilizados por sus trabajadores **son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquélla**; iii) tanto la empresa tercerizadora como la empresa principal podrán aportar otros elementos de

juicio o indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de una simple provisión de personal. El propio reglamento, en su artículo 4 dispone que estos **solamente constituyen indicios** de autonomía empresarial, los cuales deberán ser evaluados en cada caso concreto, considerando la 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 tercerizadora.

Cabe en este punto una breve reflexión. La Ley de tercerización prescribe en su artículo 2 que: *“Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo, **cuenten con sus propios recursos** financieros técnicos o materiales, sean responsables por los resultados y sus trabajadores se encuentren bajo su exclusiva subordinación”*; en definitiva, según el propio texto de la Ley, estos serían los elementos característicos de la tercerización, sin que se tenga que recurrir a otros para determinar si determinado desplazamiento de trabajadores es o no una tercerización fraudulenta; sin embargo, el reglamento relega las características prescritas por la ley y los reduce simples indicios de autonomía empresarial que deberán ser verificados en casos concretos. Resulta entonces que el reglamento de la tercerización introduce modificaciones y alteraciones al texto de la ley, lo cual resulta incongruente con el principio de jerarquía normativa.

En esta misma línea de pensamiento, solo por citar dos ejemplos podríamos decir lo siguiente: i) para la Ley, una empresa que no cuente con pluralidad de clientes no podría prestar servicios de tercerización, y en caso lo hiciera esta deviene en fraudulenta, mientras que el reglamento flexibiliza este requisito y lo considera solo como indicio de autonomía empresarial, ii) La Ley prescribe que las tercerizadoras deberán contar con equipamiento **propio**, en caso contrario devendrían en fraudulentas, mientras que según el reglamento tal equipamiento puede ser utilizado ya no estrictamente en propiedad sino que se admite que sea utilizado bajo administración por parte de las tercerizadoras, significa entonces que los recursos con los cuales la empresa tercerizadora afronta la labor encomendada les pudieron ser conferidos incluso en forma de

arrendamiento o de otra forma de contratación empresarial, lo cual, en definitiva repercute en la defensa y en la funcionalidad de los derechos de los trabajadores, pues se reducen las restricciones para el ejercicio de la tercerización, dándole una clase de pase libre en contraposición con los derechos laborales. Sin embargo, como ya se ha indicado, esta regulación flexible instaurada por el reglamento será abordada en el capítulo siguiente.

Siguiendo con las características de la tercerización, en este punto ya a nivel doctrinario, conviene citar al Doctor Francisco Gómez Valdez, quien refiere que la Tercerización tiene como características las siguientes: (Gómez 2008, 345).

- *Es una figura jurídica distinta de la intermediación laboral;*
- *No se contrata una prestación personal, sino la de un servicio específico; en consecuencia, se “terceriza” o subcontrata el trabajo o la actividad productiva para descentralizar la unidad productiva central;*
- *El trabajador solo tiene un empleador real, a saber, quien lo ha reclutado para prestar sus servicios;*
- *Existe en esta relación laboral una empresa real o contratante (A), una empresa contratada (B) y trabajadores sujetos a la empresa real (C); sin embargo, la empresa contratante supervisa el trabajo o el servicio que es motivo de contratación, sin asumir ningún riesgo; pero sí responsabilidad solidaria con su contraparte;*
- *La empresa proveedora del servicio debe ser especializada, eficiente y seria;*
- *Se sustenta en el poder organizador de las empresas para cumplir las exigencias de la empresa contratante.*
- *Es probable que mientras subsista el contrato entre las empresas tengan que subsistir o ampliarse los contratos de trabajo existentes; por eso, el menor error de la empresa contratada puede significar el despoblamiento de sus dependientes.*
- *Es la búsqueda de ventajas competitivas de una empresa respecto de otra que tiene un knowhow.*

- *No se trata de un contrato exclusivo con la empresa contratante, ya que la empresa contratada puede prestar sus servicios a terceras empresas, nacionales o extranjeras.*
- *La empresa contratante no debe proporcionar a la contratada materia prima, tecnología, maquinarias, capital y/o administración.*
- *El fraude del contrato determina su recalificación en uno subordinado/indeterminado en favor de la empresa dominante; para tal efecto, se ha diseñado una legislación antifraudulenta. Es aquí donde descansa el juicio perfecto entre el ejercicio unilateral del poder directivo del empleador y lo que la legislación social trata de proteger en beneficio del dependiente.*

Finalmente, para efectos didácticos, es importante establecer al menos de modo periférico, una diferencia entre tercerización e intermediación laboral; así, por la primera se entiende la vinculación empresarial por la cual una empresa denominada principal o usuaria encarga, transfiere o delega el desarrollo de una unidad productiva de su cadena de producción a una empresa distinta, denominada tercerizadora; mientras que por la intermediación laboral la empresa principal solamente recibe destaque de personal por parte de una tercera empresa a fin de que cumpla con reemplazar o suplir un puesto de trabajo, bajo supuestos previamente determinados por la ley, específicamente en los casos de temporalidad, complementariedad o especialización, según lo prescribe el artículo 4 de la ley 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores.

Es importante asimismo, dejar indicado que en el caso de la tercerización los trabajadores se encuentran bajo la exclusiva subordinación de la tercerizadora mas no de la principal –quien mantiene solo un contrato civil o comercial con la tercerizadora-, mientras que en el caso de la intermediación los trabajadores destacados si están bajo la subordinación de la principal.

Otra diferencia que podemos resaltar por su importancia tiene que ver con lo que hemos denominado **legitimidad para prestar los servicios**. En el caso de la intermediación, estos servicios deberán ser prestados por empresas constituidas como personas jurídicas de acuerdo a la Ley General de Sociedades o como Cooperativas conforme a la Ley General de Cooperativas,

y tendrán como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral, es decir, se excluye como intermediadoras a aquellas empresas que se hayan constituido como E.I.R.L, esto en la medida que este régimen especial se regula por una ley propia y no se encuentra bajo los alcances de la Ley General de Sociedades, mientras que en el caso de la tercerización no se ha hecho distinción alguno al respecto, siendo por tanto válido que una empresa constituida bajo el régimen E.I.R.L preste servicios de tercerización, admitiéndose incluso que las empresas de tercerización podrán subcontratar.

I.I.4 La tercerización de Servicios en el Derecho COMPARADO:

Según se ha venido desarrollado, la tercerización en nuestro país data recién del año 2008, por lo cual ante esta incipiente regulación se hace necesario recurrir a la doctrina y legislación comparada a efectos de establecer de mejor manera, cuál es el tratamiento que se le viene dando en los países de los cuales recibimos influencia jurídica directa.

Uruguay:

En Uruguay los derechos de los trabajadores ante los procesos de descentralización empresarial se encuentran prescritos en la Ley 18099.

Al respecto el Doctor Alejandro Castello apoyándose en Octavio Racciatti menciona que: *“En Uruguay, en un inicio se consideró que la tercerización solamente podía recaer en actividades secundarias, accesorias o de apoyo (externalización de primera generación). **Pero a falta de barreras jurídicas y económicas, las empresas también han exteriorizado su núcleo o corazón (externalización de segunda generación), por lo que en la actualidad la descentralización empresarial puede recaer en actividades secundarias o principales**, más allá de la eventual responsabilidad patrimonial que pueda atribuirse a la empresa principal en función de la verdadera naturaleza jurídica de los vínculos que se traben con las empresas auxiliares”* (subrayado y negrita nuestra). (Castello 2009, 70)

Siendo ello así, la primera gran diferencia que encontramos entre la regulación de la tercerización en Uruguay y en el Perú radica en que en el primer país se

ha logrado establecer la posibilidad de tercerizar actividades principales de la empresa usuaria, lo que se conoce como *externalización de segunda generación*, mientras que en el Perú la regulación al respecto no es feliz, por cuanto de la lectura del artículo 3 de la Ley se desprende que se entiende por tercerización “(...) *los contratos que tengan por objeto que un tercero se haga parte de un proceso integral del proceso productivo*” (sin hacer mención expresa la posibilidad de que sea factible tercerizar actividades principales), mientras que el reglamento de la ley de tercerización atentando contra el propio texto de la ley establece que si es posible tercerizar actividades principales, lo cual como se demostrará en el capítulo siguiente constituye un despropósito jurídico que infringe la propia naturaleza de la tercerización.

Es de mencionar que ello no fue así desde que se regularon las actividades de tercerización en Uruguay, ya que al comienzo solo las actividades secundarias eran pasibles de ser sometidas a procesos de tercerización; sin embargo, los cambios tecnológicos relativizaron tal concepto y en la actualidad es jurídicamente posible que las actividades permanentes o neurálgicas sean descentralizadas. Así lo menciona el maestro Uruguayo Américo Plá al referirnos que: *“inicialmente se consideraban las tareas centrales como no susceptibles de descentralizarse. Pero las continuas transformaciones tecnológicas producidas en todos los planos hicieron ver que incluso en ese núcleo central habían empresas especializadas que podrían producir más rápido o mejor por lo que esa línea divisoria empezó a relativizarse y la frontera entre lo principal y lo periférico perdió nitidez y aptitud para distinguir las formas legítimas de las ilegítimas”* (Plá Rodríguez 2000, 17).

Como ya hemos adelantado, consideramos que tal circunstancia es anómala a la naturaleza misma de la tercerización de servicios, que nació como una forma de hacer más eficaces los procesos de producción dentro de las empresas y no como un mecanismo para la creación de empresas ensambladas que pretendan alcanzar utilidades a costa de sacrificar la funcionalidad de los derechos y beneficios de los trabajadores, máxime si es sabido que para la promulgación de muchas leyes se mueven importantes intereses económicos de grandes empresas.

México:

En lo que respecta a la regulación mexicana resulta imprescindible citar al Doctor Alfredo Sánchez-Castañeda, quien refiere: *“En el caso de México, desde hace varios años se asiste a un debate en torno a la importancia e impacto de la subcontratación, y sobre las posibles opciones de regulación de la misma con independencia de que no haya sido conceptualizada con claridad en nuestro país”*. (Sánchez-Castañeda 2011, 127).

Lo que nos indica el Dr. Sánchez sirve para evidenciar que la problemática que se aborda en la presente investigación también se viene produciendo en otros países, debido fundamentalmente a la claridad de la regulación, lo cual sin lugar a dudas generará un impacto en la funcionalidad de los derechos de los trabajadores.

Es importante mencionar que, en nuestro país la regulación de la tercerización es relativamente novísima ya que data del año 2008; antes de la promulgación de la ley 29245, que regula los servicios de tercerización, se tenía que recurrir a la ley de intermediación Laboral para intentar definirla y determinar los supuestos en los cuales procedía y en los cuales no. Nos damos cuenta entonces que en México al igual que en el Perú la legislación sobre la materia no resulta clara, desencadenando consecuentemente intensos debates en torno a sus implicancias.

No obstante lo anterior, es importante mencionar que en México se ha implementado el denominado Sistema de Subcontratación Industrial (SSI), espacio virtual promovido por el Gobierno Federal con la finalidad de lograr cierto grado de interacción entre empresas principales que deseen descentralizar alguna de sus actividades de producción y empresas tercerizadoras, generando un clima de protección para los intereses de la empresa principal, puesto que le permite conocer mejor el historial de la empresa a la cual va a encomendar el desarrollo de cierta actividad de tercerización; por otro lado, este interesante mecanismo emerge como un elemento de protección o garantía de respeto de los derechos de los trabajadores, puesto que se entiende que una empresa registrada en el SSI

cumple con los requisitos impuestos por el Estado y se encuentra bajo su constante supervisión.

En el Perú no existe un mecanismo similar que haga posible contar en tiempo real con la información completa y actualizada sobre las empresas que prestan servicios de tercerización, lo cual sería muy ventajoso, no solo para las empresas principales sino fundamentalmente para los trabajadores y para el Estado, pues permitiría conocer el prontuario de las empresas tercerizadoras, las sanciones que le han sido impuestas y sobre todo el cumplimiento de sus obligaciones comerciales y laborales, es decir, su comportamiento empresarial o corporativo.

Si bien en nuestro país no contamos con un sistema integrado virtual como en el caso mexicano, es importante destacar la intención que tuvo la ley de crear el registro de las empresas tercerizadoras, en el cual debían inscribirse aquellas que tenían como finalidad dedicarse a prestar servicios de tercerización. Así lo dispuso la Ley de Tercerización en su artículo 8, el cual a tenor literal prescribe: ***“Para iniciar y desarrollar sus actividades, las empresas tercerizadoras se inscriben en un Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución. La inscripción en el Registro se realiza ante la Autoridad Administrativa de Trabajo competente del lugar donde la empresa desarrolla sus actividades, quedando sujeta la vigencia de su autorización a la subsistencia de su registro.”*** (negrita y subrayado fuera del original).

Sin embargo, a pesar de que la ley establecía la creación de un registro administrativo en el cual las empresas tercerizadoras debían **obligatoriamente** inscribirse si decidían iniciar y desarrollar sus actividades dentro del rubro de la tercerización de servicios, nuevamente el reglamento en su afán “flexibilizador” prescribió que ya no era necesario tal registro administrativo a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, sino que solamente era suficiente que las empresas tercerizadoras registren el desplazamiento de sus trabajadores en la planilla electrónica, con lo cual se las tendrá como registradas y aptas para prestar servicios de tercerización. Tal como se advierte el reglamento,

contraviniendo la propia ley pondera los derechos empresariales antes que los de los trabajadores.

España

En lo que concierne a la legislación española sobre la materia, se tiene que la tercerización de servicios se ha normado en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de fecha 24 de marzo de 1995¹¹, el cual ha servido de base para nuestra regulación. Se advierte que en el 42 se regula:

“1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante (...).”

Se establece además la responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de las obligaciones de naturaleza salarial y de seguridad social que no hayan sido canceladas por la tercerizadora a sus trabajadores. Asimismo, se recoge el derecho de los trabajadores tercerizados de ser informados por escrito de la identidad de la empresa principal. Nuestra legislación establece obligaciones similares, fundamentalmente con la finalidad de que los trabajadores de las tercerizadoras no tengan dudas sobre la identidad de su verdadero empleador y sobre la responsabilidad solidaria que tiene la empresa, la cual se extiende por un año posterior al desplazamiento (Artículo 9 de la Ley 29245).

¹¹ Por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Es conveniente indicar que el referido artículo 42, en su inciso 4, establece que en caso la empresa principal decida tercerizar determinada etapa productiva **deberá poner en conocimiento de esta decisión a los representantes de los trabajadores** (se entiende del gremio sindical), comunicando la siguiente información: a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista, b) Objeto y duración de la contrata, c) Lugar de ejecución de la contrata, d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal, e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Esta suerte de obligación empresarial que se ha incorporado en el sistema español fue trasladado por nuestros legisladores a ley de tercerización; esto significa que en el Perú, tanto la empresa principal como la tercerizadora, tienen la obligación de proporcionar a sus trabajadores y gremios sindicales la información necesaria, así se evidencia de la lectura del Artículo 6¹² y 8¹³ de la Ley y del Reglamento de Tercerización, respectivamente.

Sin embargo, la cuestión a discutir en este punto no es tanto el reconocimiento o no del derecho a sindicalización que tengan los trabajadores tercerizados sino más bien si ello es eficiente para la funcionalidad de sus derechos e intereses, pues como indica el Dr. Cruz Billalón: *“No es un problema tanto de los derechos que pueden estar reconociendo las normas sino más bien el problema se centra en la dificultad de ejercerlos”* (Soluciones Laborales, 2009). No se debe perder de vista que un gran porcentaje -por no decir todos- de

¹² Artículo 6.- Derecho a información Al iniciar la ejecución del contrato, la empresa tercerizadora tiene la obligación 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, lo siguiente: 1. La identidad de la empresa principal, incluyendo a estos efectos el nombre, denominación o razón social de esta, su domicilio y número de Registro Único del Contribuyente. 2. Las actividades que son objeto del contrato celebrado con la empresa principal, cuya ejecución se llevará a cabo en el centro de trabajo o de operaciones de la misma. 3. El lugar donde se ejecutarán las actividades mencionadas en el numeral anterior. El incumplimiento de esta obligación constituye infracción administrativa, de conformidad con lo señalado en las normas sobre inspección del trabajo

¹³ Artículo 8 “(...) La empresa principal deberá informar a la organización sindical o, en su defecto, a los delegados que representen a sus trabajadores, acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como las actividades que éstos realizarán, dentro de los 5 días siguientes al mes calendario en que se produjo el desplazamiento o dentro de las 24 horas de la solicitud que sea efectuada por parte de la organización sindical”.

trabajadores de las tercerizadoras, por la naturaleza misma de la actividad, son contratados mediante contratos modales o a tiempo determinado, con lo cual se hace muy difícil que estos puedan acceder a las organizaciones sindicales que se hayan creado. Restando con ello eficacia a las organizaciones sindicales, pues como menciona el Dr. Neves Mujica: “(...) *si existen sindicatos fuertes que puedan llegar a negociar en igualdad de condiciones las normas jurídicas laborales, existirán leyes más equilibradas. El conflicto social tendría una salida de consenso y seguramente repudiaría la imposición*” (Neves Mujica, Javier; Arce Ortiz, Elmer 2011,17)

No obstante lo expuesto, es importante mencionar que esta obligación de **información** impuesta a la principal y a las tercerizadoras resulta importante, pero de ningún modo puede significar que la principal pierda autonomía para decidir si terceriza o no determinada unidad de su producción, puesto que esta autonomía empresarial recibe protección constitucional, según se advierte de la lectura del artículo 59 de la Constitución Política de 1993¹⁴

Finalmente resulta importante citar los incisos 6 y 7, el primero prescribe:

“Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación”.

Por su parte el inciso 7 indica:

“Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los

¹⁴ **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 públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

términos previstos en el artículo 81 de esta Ley” (Negrita y subrayado fuera del original).

En nuestro país una situación como la recogida en los incisos 6 y 7 del Real Decreto Legislativo 1/1995 es impensable, por cuanto sin lugar a dudas un escenario en el que los trabajadores de las tercerizadoras soliciten a los de la principal mejores condiciones laborales conllevaría a la desnaturalización del contrato de tercerización y la consecuente incorporación a las planillas de la principal de los trabajadores desplazados. A tal conclusión se puede arribar del análisis del Reglamento de la Ley de Tercerización, el cual en el inciso c) del artículo 5, prescribe que se produce la desnaturalización de la tercerización, cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal; asimismo, la ley en Artículo 2, prescribe:

*“Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades **y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.** (...)”*

En resumen la empresa tercerizadora en el Perú se encarga del proceso encomendado, con sus propios recursos y teniendo control sobre sus trabajadores. Resulta obvio que la proscripción alcanza a la subordinación de los trabajadores de las tercerizadoras por parte de la empresa principal, mas no a las situaciones en la cuales, respetando el nivel, se tengan que realizar determinadas coordinaciones.

En este sentido, como se advierte la tercerización por su amplitud permite diversos escenarios, unos más complejos y sensibles que otros. Así lo ha manifestado el Dr. Julio Sánchez Fierro, quien en una ponencia sobre descentralización productiva realizada en la ciudad de Madrid sentenció: “(...) *Por consiguiente, la descentralización de la actividad productiva ofrece un*

amplio aspecto de situaciones, se proyecta en la política empresarial, en la gestión de los recursos humanos y en el campo del Derecho con una rica gama de aspectos que obligan a reconocer su inevitabilidad. Ello no es óbice para reconocer la necesidad de su ordenación razonable y equilibrada.” Y agregó: *“Pero en el fenómeno de la descentralización no todo son ventajas y efectos positivos, pues a veces es utilizada para introducir complejidades artificiales destinadas a hacer más opaco el funcionamiento de la economía”.* (Sánchez Fierro 1994, 10)

Al respecto conviene destacar que no dudamos que bien utilizada, la tercerización podrá generar beneficios para los empleadores sin precarizar los derechos de los trabajadores; sin embargo, este no parece ser un escenario sencillo de alcanzar con nuestra actual regulación, es por ello que somos de la idea de que deberían implementarse mecanismos y mayor rigor por parte del brazo fiscalizador del estado con la finalidad de que la funcionalidad de los derechos de los trabajadores no se vean vulnerados.

En esta línea de pensamiento conviene destacar lo expuesto por los Dres. Castillo y Orsatti, para quienes: *“El proceso de reformas laborales que se ha producido en España en los años 2005 y 2006 resulta especialmente importante en materia de organización sindical de los trabajadores que laboran en regímenes de subcontratación. En marzo de 2005 se creó la Mesa de Diálogo Social sobre Mercado de Trabajo que permitiera arribar, en mayo de 2006, al Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo, junto con un Real decreto ley. Estos Acuerdos tienen como objetivos primordiales: combatir el fraude y los abusos en la contratación; promover la contratación de duración indefinida; convertir el empleo temporal en fijo; y otorgar prestaciones por desempleo así como dar mayor eficacia a los servicios públicos de empleo”.* (Orsatti 2008, 13 y 14).

Se aprecia entonces que ciertamente se reconoce la importancia de los procesos de descentralización productiva, pero también se reconoce que se vienen realizando distintos esfuerzos que tienen como finalidad combatir frontalmente el uso ilícito de esta forma de vinculación empresarial, priorizando el acceso al empleo y la estabilidad de los trabajadores; en definitiva, el

escenario es muy controversial, puesto que hay opiniones muy divergentes dependiendo de los intereses que se pretendan tutelar, pero consideramos que toda solución a la que se arribe debe fundamentarse en un consenso y equilibrio, esto es, promover y garantizar la protección de los intereses tanto de los empleadores como de los trabajadores.

Chile

En Chile Los servicios de Tercerización se encuentran regulados por la Ley N° 20123, Ley que Regula el Trabajo en Régimen de Subcontratación, el Funcionamiento de las Empresas de Servicios transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios, cuya normatividad básicamente se asemeja a la nuestra; así en su artículo 183-A se lee.

“Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas”.

Prescribe además en su segundo párrafo los criterios por los cuáles el régimen de subcontratación se desnaturalizaría, estableciendo de modo literal:

“Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478”.

Cabe señalar que nuestra normatividad es más específica al detallar uno a uno los criterios de desnaturalización, así se aprecia de la lectura de los artículos 5

tanto de la ley 29245 como de su reglamento, que se encargan de detallar las razones por las cuales los servicios de tercerización se desnaturalizan.

En cuanto a la responsabilidad solidaria, la Legislación Chilena sobre la materia, prescribe en su artículo 183-B igual que la nuestra que: *“La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal”*.

Una importante diferencia que salta a la vista entre nuestra regulación y la Chilena radica en que nuestra legislación reconoce la responsabilidad solidaria de la empresa principal, respecto al pago de derechos y beneficios sociales y por las obligaciones de seguridad social, hasta un año después de culminado el destaque de trabajadores a la empresa principal (ver artículo 9 de ley 29245), mientras que la legislación Chilena reconoce tal responsabilidad únicamente por el tiempo que los trabajadores prestaron sus servicios en favor de la empresa principal. Consecuentemente, al menos en este aspecto, nuestra legislación parecería más favorable para los intereses de los trabajadores de las tercerizadoras, pese a que en el artículo 3 del D. Leg. 1038, se estableció que la responsabilidad que asumirá eventualmente la empresa principal está referida a las obligaciones que tienen su origen en norma legal, mas no a las de origen convencional o unilateral. Con lo cual las mejores condiciones laborales nacidas de convenios colectivos no generan responsabilidad solidaria por parte de la principal, es decir, solamente pueden ser exigidas en su cumplimiento a las tercerizadoras.

Argentina

En Argentina, la subcontratación de forma general se encuentra regulada en la ley No. 20744, Ley relativa al Régimen del Contrato de Trabajo, y en la Ley Nacional de Empleo, Ley N° 24013. La primera de las nombradas desarrolla el tema en sus artículos 29 y 30, siendo que el primero prescribe:

“Art. 29.- Interposición y mediación — Solidaridad.

Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación.

En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social.

*Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales **habilitadas por la autoridad competente** para desempeñarse en los términos de los artículos 99 de la presente y 77 a 80 de la Ley Nacional de Empleo, serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente contínuo o discontinuo, con dichas empresas.(negrita fuera del original)”*

Es artículo, hace referencia principalmente a la contratación individual de trabajadores para ser “proporcionados” a otras empresas, es decir, para que estos desarrollen sus labores en favor de una tercera persona. En estos casos se considerará como empleadora a la empresa que reciba directamente las labores del trabajador, lo que se conoce en nuestro medio como intermediación laboral, por lo cual se tomarán estos artículos como meramente referenciales, ya que no se refieren al tema que se viene investigando: tercerización de servicios.

La tercerización propiamente dicha se encuentra desarrollada de modo genérico en el artículo 30 de la Ley del régimen del Contrato de Trabajo, en los siguientes términos:

“Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios

*correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, **deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social.** Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del **Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones,** copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. **El incumplimiento de alguno de los requisitos harán responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social".***

Según se desprende de este artículo se han impuesto una serie de obligaciones a la empresa principal a efectos de tutelar de la mejor manera posible los derechos de los trabajadores. Así por ejemplo, estas deben exigir a las tercerizadoras que cumplan con las normas laborales y de la seguridad social; asimismo, deberán requerirles el Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones a efectos de llevar un mejor control y fiscalización del cumplimiento de la normatividad sociolaboral, así como la apertura de una cuenta corriente bancaria a efectos de cobertura los eventuales riesgos del

trabajo, siendo que el incumplimiento de alguno de los requisitos las hará responsables solidariamente por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto de los trabajadores que se encontraban prestando los servicios de tercerización.

Ecuador

En la región, sin lugar a dudas una regulación sobre la subcontratación que resalta por su naturaleza protectora es la Ecuatoriana, esta difiere categóricamente de la del resto de países hasta el momento analizados y fija desde su constitución una postura clara al respecto, proscribiendo cualquier forma de **precarización del trabajo**, dentro de la cual lógicamente incluye a la tercerización de servicios y a la intermediación laboral.

En este sentido, entrando al análisis propiamente dicho de la interesante regulación ecuatoriana, debemos partir de la norma suprema del país del norte: su Constitución. En este sentido, el mandato Constituyente N° 08 prohíbe textualmente la celebración de contratos de tercerización o de intermediación laboral, pues estos precarizan el trabajo y atentan contra los derechos laborales, Para mejor ilustración se transcribe el artículo 1 del referido mandato:

*“Artículo 1.- Se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. **La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador**”.* (Negrita fuera del original)

Se prohíbe el uso de tales formas de contratación en la medida que se considera que afectan los derechos de los trabajadores al ponerlos en una situación de desventaja frente a los trabajadores de las empresas usuarias o principales. Se establece asimismo, que la relación laboral es directa y bilateral entre el trabajador y empleador.

Al contrastar este primer artículo con nuestra normatividad sobre la materia es inevitable hacer referencia al artículo 2 de la Ley 29245, según el cual la tercerizadora debe hacerse cargo del proceso productivo encomendado con

sus propios recursos, siendo además que los trabajadores se encuentran bajo su exclusiva subordinación, es decir, en el Perú –a diferencia de lo que ocurren en Ecuador- legalmente se proscribía la subordinación de los trabajadores de las tercerizadoras a la principal. Para que ello ocurra, se deberá probar la desnaturalización de la tercerización, con lo cual los trabajadores destacados además de pasar a las planillas de la principal, podrán reclamar los derechos devengados desde la fecha en la que se produce la desnaturalización, tal como lo prescribe el último párrafo del artículo 5 del D.S 006-2008-TR, Reglamento de la Ley de Tercerización.

Siguiendo en el análisis de la legislación ecuatoriana vemos que si bien la regla por disposición expresa es que toda forma de subcontratación se encuentra proscribida, en el artículo 3 del mismo mandato constituyente se abre una pequeña brecha para tal contratación al regular que:

*“Artículo 3.- Se podrán celebrar contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias de: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, **ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria.**”*

Este artículo prescribe de modo taxativo y *numerus clausus* que los casos de prestación de servicios de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, podrán ser desarrolladas por empresas autorizada por la autoridad administrativa de trabajo, dado que se trata de actividades que resultan ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la empresa usuaria o principal; en otras palabras, la actividad principal debe ser desarrollada de forma exclusiva por la empresa usuaria.

Cabe advertir que si bien se admite de forma excepcional la contratación para la prestación de servicios complementarios y eventuales, la legislación ecuatoriana impone ciertas garantías para los trabajadores de las tercerizadoras, al establecer en el artículo 4 lo siguiente:

*Artículo. 4.- En los contratos a que se refiere el artículo anterior [servicios complementarios], la relación laboral operará entre los prestadores de actividades complementarias y el personal por esta contratado en los términos de la ley, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se preste el servicio. **Los trabajadores de estas empresas de acuerdo con su tiempo anual de servicios participarán proporcionalmente del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas usuarias,** en cuyo provecho se realiza la obra o se presta el servicio. Si las utilidades de la empresa que realiza actividades complementarias fueren superiores a las de la usuaria, el trabajador solo percibirá éstas. Además, los trabajadores que laboren en estas empresas, tendrán todos los derechos consagrados en la Constitución Política de la República, convenios con la OIT, ratificados por el Ecuador, este Mandato, el Código del Trabajo, la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables.”(subrayado y negrita fuera del original)*

Se establece que los trabajadores estarán bajo la subordinación de las empresas tercerizadoras, lo cual concuerda con nuestra legislación; sin embargo, una diferencia crucial radica en que en Ecuador, estos trabajadores de las tercerizadoras tienen derecho a participar en las utilidades de la empresa principal, y en caso sean inferiores a las de la empresa que los contrato recibirán estas, es decir, en ambos casos en aplicación del principio de la primacía de la realidad se pone en condición más favorable al trabajador. En el Perú resulta impensable y hasta descabellado que los trabajadores de las empresas tercerizadoras sean considerados en la participación de utilidades de la principal, para que ello ocurra como ya se ha indicado en párrafos precedentes se tiene primero que demandar y demostrar que la tercerización de servicios ha incurrido en fraudulenta y en consecuencia se ha desnaturalizado.

I.2. LA REGULACION DE LA PARTICIPACIÓN SINDICAL Y LA EFICACIA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN LOS PROCESOS DE TERCERIZACION:

I.2.1 LIBERTAD SINDICAL Y SINDICALIZACION: LA OIT y el derecho Sindical.

Es importante para el desarrollo de la investigación conocer el derecho colectivo de los trabajadores de las tercerizadoras. Para ello se ha realizado el análisis de las normas nacionales que los regulan y de los convenios de la Organización Internacional de Trabajo –en adelante OIT- sobre la materia, lo cual nos permitirá sacar importantes conclusiones, veamos.

Iniciamos el análisis tomando como punto de partida a las disposiciones establecidas por la OIT, entidad que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales emitiendo pautas de observancia obligatoria por los países miembros.

En ese sentido, conviene citar en primer lugar al **Convenio 87**, ratificado por nuestro país el 02 de marzo de 1960, y en el cual se desarrolla todo lo concerniente a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización. Mediante este convenio se reconoce el derecho -tanto para empleadores como para los trabajadores- de constituir las organizaciones que estimen convenientes en defensa de sus derechos e intereses, así como el de afiliarse a las mismas, con la sola condición de observar las disposiciones estatutarias (ver artículo 2).

Según se aprecia entonces el reconocimiento y la protección del derecho de asociación no es exclusiva para los trabajadores, sino que se extiende a los empleadores, quizá esta sea la razón por la cual en nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, siguiendo tal disposición, también se le reconozca a los empleadores el derecho a formar un “sindicato de empleadores”¹⁵, los cuales como resulta evidente se constituirán con la finalidad de supervigilar los

¹⁵ Al respecto véase el artículo 40 del D.S 010-2003-TR, TUO del D. Leg. N°. 25593, publicado el 05/10/2003 en el diario oficial.

derechos e intereses patronales, tal como se desprende de la lectura del artículo 10 de convenio bajo comentario.

En tanto los gremios empresariales no resultan relevantes para la presente investigación nos centraremos en las organizaciones de trabajadores, diremos entonces que el convenio 87 de la OIT a lo largo de sus 21 artículos impone la obligación a los países miembros de garantizar que los trabajadores materialicen eficazmente su derecho a constituir sindicatos y de afiliarse o desafiliarse libremente a los ya constituidos, reconociendo además a dichas organizaciones sindicales el derecho de establecer las normas que considere convenientes para el desarrollo de sus fines, redactando sus estatutos y reglamentos administrativos correspondientes, de elegir libremente a quienes los representen, de organizar su administración y sus actividades. En otras palabras reconoce que con “independencia” y “autonomía” desarrollen sus objetivos para el desarrollo de sus actividades, imponiendo a los empleadores la obligación de abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su normal ejercicio legal.

Por otro lado, es importante referirnos al **convenio 98** de la OIT, ratificado por el Perú el 13 de marzo de 1964, el mismo que complementa la protección que ofrece el convenio 87 e introduce a nuestro sistema jurídico laboral colectivo las pautas para la protección efectiva de los derechos de los trabajadores contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo y su estabilidad en el mismo, proscribiendo toda conducta o actuación que tenga por finalidad que un trabajador no se afilie a un gremio sindical o poner el juego su estabilidad en su empleo a condición de que se desafilie de un sindicato. (Véase el artículo 1).

Es decir, se busca proteger los derechos de los trabajadores básicamente en dos escenarios, a saber: i) en caso de trabajadores no afiliados a un sindicato, los empleadores están prohibidos de coaccionarlos para que no se afilien al mismo, y ii) en caso de trabajadores ya sindicalizados, los empleadores se encuentran prohibidos de condicionar su estabilidad laboral, - a través de amenazas de despido-, para que se desafilien del mismo.

Como se advierte, mediante este segundo convenio de la OIT se pretende fomentar una protección más efectiva a la libertad sindical, proscribiendo cualquier conducta o actuación de parte de los empleadores que tenga como finalidad restringir el ejercicio adecuado de su libertad sindical.

Estas disposiciones de la OIT si bien deontológicamente son plausibles, pues buscan proteger con mayor eficacia los derechos de los trabajadores, no resultan suficientes, puesto que para estas que logren una mayor y mejor protección es necesario además un cambio de mentalidad en los empleadores; para que estos en vez de percibir a los gremios sindicales como una piedra en el zapato que pone en riesgo el correcto funcionamiento de las empresas, los perciban muy por el contrario como un mecanismo a utilizarse para incrementar la productividad empresarial, y en consecuencia, lógicamente aumentar las ganancias. Si se toma de forma inteligente la participación sindical, se puede arribar a una simple y sencilla, pero muy valiosa y útil conclusión que bien puede ser aprovechada por los empleadores para mejorar sus índices de utilidades. Así, los sindicatos, por definición, buscan defender y velar por el respeto de los derechos e intereses de los trabajadores y pugnar por mejores condiciones laborales, en consecuencia si los trabajadores se sienten conformes con el trato y condiciones que reciben de parte de su empleador trabajarán mejor pues se van a sentir motivados para ello, desencadenando una mejora en la productividad de la empresa, lo que en términos económicos y financieros se traducirá en mayores utilidades para el empresario. Por el contrario, el hecho de mantener constantes conflictos con los gremios sindicales y poner continuas trabas a sus acciones genera la percepción en los trabajadores de que el empleador es irracional, abusivo, explotador, que no les quiere reconocer sus derechos y en consecuencia se produce un efecto contrario al indicado en líneas atrás, entonces la desmotivación de los trabajadores hace que trabajen desganados y que decaiga su productividad. Lógicamente, el actuar de los sindicatos debe ser racional y razonable, actuando dentro de los límites de su competencia, sin que se les pretenda reconocer un poder omnipotente por sobre la autonomía empresarial, ni mucho menos se puede permitir que bajo la pantalla de la protección de los derechos laborales cometan abusos y excesos.

Un ejemplo de estas situaciones en la cual el gremio sindical ostenta un poder inconmensurable y hasta arbitrario es el que refiere Alfredo Bullard¹⁶, quien compara a los sindicatos con **cárteles** al comentar la Resolución N° 0479-2014/SDC-INDECOPI, mediante la cual se multó al sindicato de Estibadores del Puerto de Salaverry, ya que no se limitó a negociar mejoras en las condiciones laborales sino que organizó deliberadamente una estrategia para impedir que la empresa capacitara a nuevos trabajadores portuarios, los registrara y los contratara para trabajar en el puerto, es decir, el sindicato, pretendía que se contratará solo a sus afiliados.

Para concluir este punto, es importante no perder de vista la trascendencia que tienen las disposiciones recogidas en los convenios de la OIT, por cuanto buscan tutelar a la libertad sindical, y dotar de independencia y autonomía a los gremios sindicales frente a determinadas conductas que eventualmente puedan realizar los empleadores a fin de menoscabar el ejercicio pleno de tales derechos.

Por otro lado, un análisis sistemático de estos dos convenios colectivos nos puede llevar a importantes consideraciones a efectos de enriquecer el debate en la presente investigación. En este sentido, si tenemos en cuenta que en virtud del convenio 87 se reconoce el derecho de los trabajadores a constituir gremios sindicales y de afiliarse a los ya constituidos y mediante el convenio 98 se proscribe todo acto discriminatorio que tenga como finalidad menoscabar los derechos sindicales; entonces, amparados en estas disposiciones de corte internacional¹⁷ válidamente se podría plantear que los trabajadores de las empresas tercerizadoras se puedan afiliar a los gremios sindicales ya constituidos (que no serían otros que los de las empresas principales), que les sean aplicables determinados derechos o beneficios contenidos en los convenios colectivos celebrados con la principal o que estos puedan acceder a otro nivel de negociación distinto al de empresa; esto por cuanto no podrían

¹⁶ Disponible en <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/sindicatos-carteles-alfredo-bullard-noticia-1774873#comentarios>, visitado por última vez el 19/02/2015.

¹⁷ No se debe perder de vista que de conformidad con la cuarta disposición transitoria y final de la Constitución, *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*.

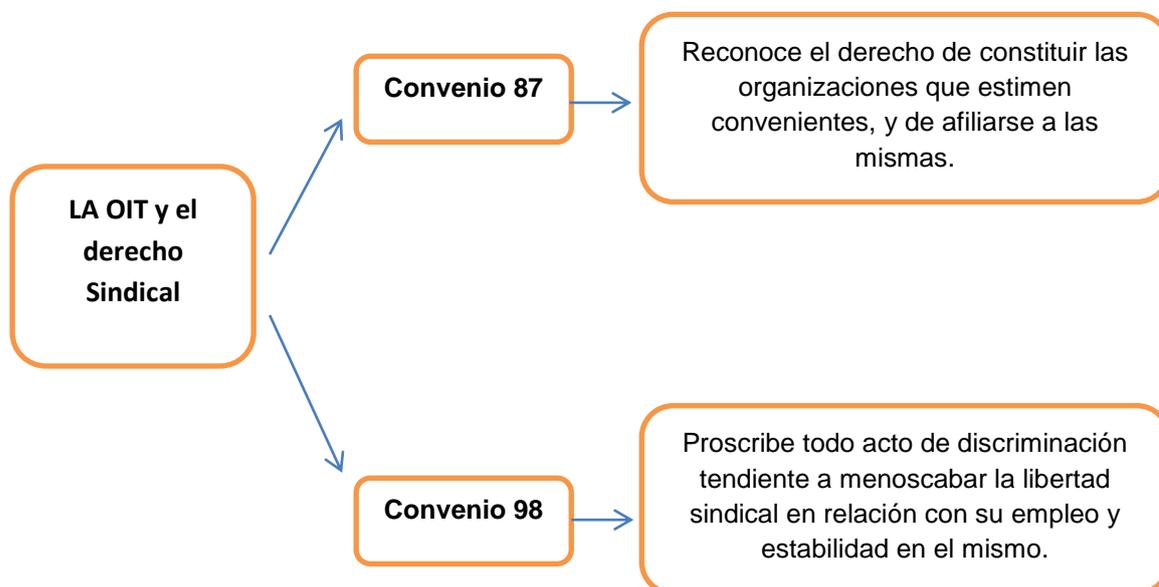
recibir un trato diferenciado no justificado frente a los trabajadores de la empresa principal. Recordemos que la ley de tercerización en el artículo 7 inc. 2), reconoce a los trabajadores desplazados todos los derechos individuales y colectivos establecidos en la normatividad vigente, es decir, los trabajadores desplazados tienen plena facultad para constituir sindicatos.

Sin embargo, la cuestión no es tanto de reconocimiento normativo sino de eficacia en la funcionalidad de tales derechos reconocidos, esto por cuanto en la práctica el mayor problema que enfrentan los trabajadores de las empresas tercerizadoras es la contratación temporal, es decir, son contratados solamente por determinado periodo, lo cual sin lugar a dudas debilita el poder sindical, ya que al dejar de ser parte de la empresa automáticamente dejan de pertenecer al sindicato a nivel de empresa. (Ermida Uriarte y Colotuzzo 2009, 6).

En este escenario, al evidenciarse que la negociación a nivel de sindicato de empresa resulta nociva y poco eficiente para la funcionalidad de los derechos de los trabajadores de las tercerizadoras, es necesario -tal como se desarrollará en el capítulo siguiente- que las negociaciones colectivas se lleven a cabo desde un nivel distinto, como puede ser una negociación desde el nivel de rama de actividad, en el cual participarían y se encontrarían representados todos los trabajadores que se dediquen a una misma actividad económica, y consecuentemente se verán favorecidos con los beneficios que se obtengan, independientemente de quienes sean sus empleadores o si mantengan o no vínculo laboral vigente con estos. Sin embargo, esta línea de acción no resulta pacífica ni de simple aplicación, pues nuestra constitución reconoce la iniciativa y libertad empresarial, además se debe tener en cuenta que de conformidad con el artículo 45 del D.S 010-2003-TR, las partes de común acuerdo decidirán el nivel de negociación y en caso de falta de acuerdo la negociación se llevará a nivel de empresa, con lo cual no resulta posible imponer la obligación a los empleadores a negociar a un nivel distinto del de empresa.

Los convenios de la OIT hasta acá analizados se pueden resumir en el siguiente esquema.

Esquema No. 02: LA OIT Y EL DERECHO SINDICAL.



I.2.2. Libertad Sindical en el Derecho Laboral Peruano.-

Nuestra Constitución reconoce en su artículo 28° los derechos de sindicalización, huelga y negociación colectiva, -los cuales son considerados los pilares del derecho colectivo-, con lo cual es evidente la importancia del derecho a la libertad sindical dentro de las relaciones laborales, pues como ya se ha dicho, el sindicato emerge como un mecanismo de protección y defensa de los derechos laborales contra el poder de dirección o *ius variandi* de los empleadores.

El texto Constitucional a tenor literal prescribe:

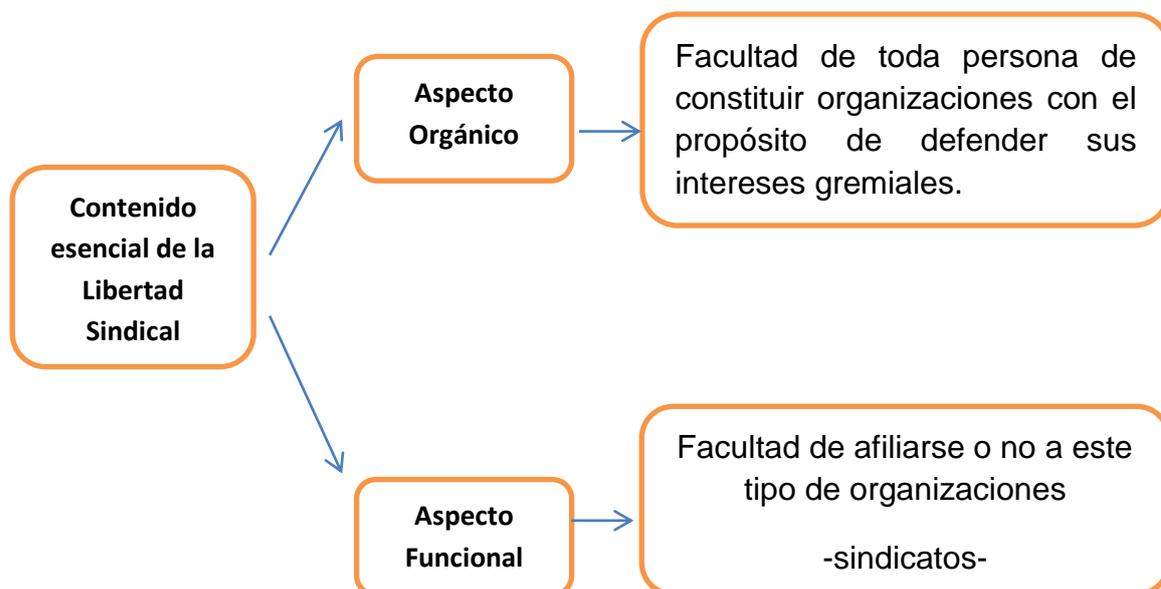
“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical, 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante 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.”

En ese punto cabe resaltar la importancia de la voluntad de los trabajadores para constituir o gestar un gremio sindical, ello en virtud a la denominada libertad sindical, es decir, cuando un número de 20 o más trabajadores se encuentren manifiestamente motivados a constituir un sindicato harán uso de dicha libertad y generaran el gremio. Sin embargo, esta libertad sindical es mucho más amplia que el solo hecho de constituir un gremio sindical, pues gracias a esta los trabajadores tienen la facultad de afiliarse o no a un sindicato y viceversa, de desafiliarse del mismo si así lo desean; en otras palabras, los dirigentes sindicales no pueden coaccionar a ningún trabajador para que se afilie a un determinado sindicato, y de otro lado, los empleadores no pueden amenazarlo o coaccionarlo a fin de que no se afilie al gremio sindical.

Además es menester indicar que el máximo intérprete de la Constitución se ha pronunciado al respecto en la sentencia recaída en el expediente N° 1124-2001-AA/TC, en la cual ha desarrollado los alcances de la referida libertad sindical. En ese sentido el Doctor Wilfredo Sanguinetti Raymond al comentar la sentencia precitada sostiene: *“El Tribunal Constitucional se ha encargado de precisar que la libertad sindical posee como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional, siendo que el primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales, mientras que el segundo se vincula con la facultad de afiliarse o no a este tipo de organizaciones”* (SANGUINETI 2007, 48).

Valga entonces resumir las consideraciones expuestas sobre la libertad sindical en el siguiente esquema:

Esquema No. 03: Contenidos de la Libertad Sindical según Sanguinetti al comentar la sentencia N° 1124-2001-AA/TC



Por otro lado, resulta muy ilustrativo lo esbozado por el mismo Tribunal constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0008-2005-AI/TC, en la cual menciona que la libertad sindical se manifiesta en dos planos: positivo y negativo. Así en su fundamento 27 se lee:

“ La libertad sindical intuitu persona plantea dos aspectos:

*- **Aspecto positivo:** Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical.*

*- **Aspecto negativo:** Comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical.*

La libertad sindical plural plantea tres aspectos:

- Ante el Estado: Comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical.

- Ante los empleadores: Comprende el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales.

- *Ante las otras organizaciones sindicales: Comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etc.*

La libertad sindical intuitu persona se encuentra amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28.º de la Constitución. Empero, una lectura integral de dicho texto demuestra que se encuentran excluidos de su goce los siguientes componentes del Estado peruano: - Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42.º de la Constitución). - Los miembros del Ministerio Público y del Órgano Judicial (artículo 153.º de la Constitución). - Los miembros de la Administración Pública, con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza o dirección (artículo 42.º de la Constitución)”

Según se advierte, el Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia constitucional ha instituido el derecho de los trabajadores en dos aspectos; el primero referido al derecho de constituir gremios sindicales o de afiliarse a los ya constituidos –lo que se denomina aspecto o plano positivo- y el segundo referido al derecho de no afiliarse o de desafiliarse cuando el trabajador así lo estime conveniente –denominado aspecto o plano negativo-. Independientemente de la nomenclatura o definición que tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se intente, tales derechos se agrupan en el artículo 28 de la constitución, pues el estado reconoce y garantiza la libertad sindical.

1.2.3 Tipos De Sindicatos:

Es importante mencionar que la legislación vigente contempla la posibilidad de formar o constituir diversos tipos de sindicatos. Así el Decreto Supremo N° 010-2003-TR –Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo-, prescribe en su artículo 5 que los sindicatos pueden ser: i) de empresa, ii) de rama de actividad, iii) de gremio, de oficios varios. Al respecto, el doctor Javier Arévalo Vela refiere:

“(…) los sindicatos de empresas agrupan a los trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que trabajan en común al servicio un mismo empleador; por otro lado, el sindicato de rama de actividad agrupa a trabajadores de diversos oficios o

profesiones que laboran para dos o más empresas de la misma actividad; mientras que el sindicato de gremio agrupa a trabajadores que pese a pertenecer a empresas distintas, que incluso puedan desarrollar actividades económicas distintas, ejercen una misma profesión, oficio, actividad al interior de las mismas; y por último el sindicato de oficios varios agrupa a trabajadores que realizan actividades diversas en distintas empresas o de actividades diferentes, cuando en un determinado ámbito geográfico no se den las condiciones de número que permitan constituir sindicatos de otro tipo” (AREVALO 2005, 33).

CUADRO No. 02: TIPOS DE SINDICATOS

DE EMPRESAS	DE ACTIVIDAD	DE GREMIO	DE OFICIOS VARIOS
agrupan a trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que trabajan en común al servicio un <u>mismo empleador</u>	agrupa a trabajadores de diversos oficios o profesiones que laboran para dos o más empresas de la <u>misma actividad</u>	agrupa a trabajadores que pese a pertenecer a empresas distintas, que incluso puedan desarrollar actividades económicas distintas, ejercen una <u>misma profesión</u> , oficio, actividad al interior de las mismas	agrupa a trabajadores que realizan actividades diversas en distintas empresas o de actividades diferentes, cuando en un determinado ámbito geográfico no se den las condiciones de número que permitan constituir sindicatos de otro grupo

*Elaboración Propia

El tipo de gremio sindical que elijan constituir los trabajadores obedecerá sin lugar a dudas a características especiales y propias de cada grupo de trabajadores, del o los empleador(es), de circunstancias exógenas a los anteriores, como la geografía por ejemplo. En una palabra, cada tipo de sindicato tiene características propias que brindaran protección más eficiente a determinado grupo de trabajadores.

1.2.4 Requisitos para la constitución de un Sindicato y para ser miembro del mismo

Como ya se ha indicado en líneas precedentes, para la conformación de un sindicato se requiere un mínimo de veinte trabajadores, quienes libre y voluntariamente agrupados hagan uso de su derecho de sindicalización y manifiesten su voluntad de constituir una organización sindical, ello en el caso de un sindicato de empresa; mientras que para la constitución de un sindicato de otro tipo (de actividad, de gremio o de oficios varios), se requiere no menos de cincuenta trabajadores, así lo prescribe el artículo 14 del D.S 010-2003-TR.

Sin embargo la sola voluntad no basta para la garantizar el éxito en la defensa de los derechos laborales, para lograr tal fin es necesario esfuerzo y sobre todo paciencia y perseverancia, pues luego de la constitución se ingresa a un terreno arduo: la negociación colectiva, la misma que de concluir de forma exitosa se traducirá en un convenio colectivo. Con respecto a las cualidades personales que deben reunir los trabajadores el profesor Francisco Gómez, refiere *“Es necesario además [de la voluntad] reunir ciertos requisitos personales y de orden profesional, todos ellos de orden público, sin los cuales la organización no sería autorizada”* (GOMEZ 2001, 208).

Para afiliarse a un sindicato ya constituido no resulta suficiente tener la intención de ello, es necesario reunir ciertos requisitos que dotaran de legitimidad a los trabajadores para su correspondiente afiliación. Para conocer cuáles resulta pertinente recurrir al Decreto Supremo N° 010-2003-TR, el cual recoge tales requisitos, veamos:

“Artículo 12.- Para ser miembro de un sindicato se requiere: a) Ser trabajador de la empresa, actividad, profesión u oficio según el tipo de sindicato.

b) No formar parte del personal de dirección o de confianza, salvo que el estatuto expresamente lo admita.

c) No estar afiliado a otro Sindicato del mismo ámbito.

Los trabajadores podrán afiliarse a un sindicato dentro del periodo de prueba”.

En este punto es importante realizar dos precisiones, i) en principio los trabajadores de dirección o confianza no pueden formar parte del sindicato, salvo autorización expresa del estatuto. Esta restricción se justifica por cuanto generalmente los trabajadores de dirección y/o confianza representan a los intereses de los empleadores, lo cual avizora un abierto, pero indeseado, conflicto de intereses entre estos y los trabajadores comunes al interior del fuero sindical, debilitando el poder sindical frente al empleador, y ii) por otro lado, aún en el periodo de prueba los trabajadores se pueden afiliar a un sindicato, sin embargo, la cuestión a determinar es ¿qué ocurre con los trabajadores sindicalizados que dentro del periodo de prueba son despedidos?. Para responder esta interrogante es necesario recordar que nuestro ordenamiento laboral sustantivo y procesal establece que para la efectiva protección de los derechos laborales –individuales y colectivos- se requiere que el trabajador haya sobre pasado el periodo de prueba de tres, seis o doce meses, en caso se trate de trabajadores comunes, de confianza o de dirección, respectivamente.

Una situación similar a la descrita en la parte final del párrafo precedente es la que atraviesan los trabajadores de las tercerizadoras, a quienes si bien normativamente se les reconoce el derecho de sindicalización no se pueden afiliar a los sindicatos de las empresas principales, pese a que del análisis sistemático de los convenios 87 y 98 de la OIT esta posibilidad si sería viable. Actualmente los trabajadores de las tercerizadoras solamente pueden afiliarse a los sindicatos que se constituyan al interior de su empleador, mas no al de las empresas principales, por la sencilla razón que no son trabajadores de esta última. Por este tipo de restricciones, entre otras, es necesario reformular la negociación colectiva y enfocarla no necesariamente desde un nivel de empresa, sino desde un nivel más amplio, de tal forma que salvando estas limitaciones se logre una mejor funcionalidad en el ejercicio de los derechos laborales, individuales y colectivos.

Ahora bien, una vez manifestada la voluntad de los trabajadores y verificado el cumplimiento de los requisitos personales de sus integrantes se requiere que tanto la constitución como el estatuto y la elección de la junta directiva se aprueben en asamblea general, la cual constara en acta debidamente certificada por notario público o por juez de paz. (Artículo 16 del D.S 010-2003-TR). Luego, para el reconocimiento legal y la consecuente dotación de personalidad jurídica es necesario que se registre ante la autoridad administrativa de trabajo, tal como lo prescribe el artículo 17, según el cual *"El sindicato debe inscribirse en el registro correspondiente a cargo de la Autoridad de Trabajo. El registro es un acto formal, no constitutivo, (...)"*.

Posteriormente, por el solo mérito de la resolución administrativa el sindicato se inscribirá ante registro de asociaciones de la Oficina Registral de Cajamarca, tal como se ha desarrollado en la RTR N° 2012-1642-SUNARP-TR-L de fecha 09/11/2012, *"(...) Asimismo, considerando que la inscripción en el libro de asociaciones es necesariamente un acto posterior a su inscripción en el registro a cargo de la Autoridad de Trabajo, deberá acreditarse ante el Registro la inscripción del sindicato en dicho registro administrativo (...)"*

Es importante asimismo destacar lo expuesto por el Tribunal Registral en el LXXX Pleno, de fecha 15 y 16 de diciembre de 2011, rectificado por Acuerdo del XCIV Pleno de fecha 10 de agosto de 2012, en los siguientes términos:

"PERSONAS JURÍDICAS INSCRITAS EN REGISTROS QUE NO INTEGRAN EL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS:

Procede registrar los actos de personas jurídicas inscritas en registros administrativos, salvo prohibición legal expresa. A efectos de inscribir, en el Registro de Personas Jurídicas, actos de personas jurídicas que también se inscriben en registros ajenos al Sistema Nacional de los Registros Públicos, constituye requisito la inscripción previa del acto en dicho registro, salvo norma expresa en contrario o que se trate de actos no registrables en aquellos registros. La calificación de actos de personas

jurídicas que, según ley, se realiza por el solo mérito de la resolución administrativa que los tiene por aprobados o reconocidos, recae sólo en dicha resolución.”

Cabe hacer la precisión que si bien el registro a nivel de SUNARP es meramente declarativo mas no constitutivo si resulta de importancia para la vida orgánica e institucional del gremio sindical, toda vez que con su ingreso se publicitara su estatuto, así como el nombre y periodo de vigencia de los directivos, permitiendo que tanto los afiliados como el empleador y terceros conozcan las normas y la representatividad del gremio. Finalmente, en caso se tenga que reemplazar a los directivos sindicales será necesario comunicar tal situación a la Autoridad Administrativa de Trabajo, tal como lo prescribe el artículo 10 del D.S 010-2003-TR.

SUB CAPITULO II

2. 1 FUNCIONALIDAD DE LOS DERECHOS –INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DE TRABAJADORES DE EMPRESAS TERCERIZADORAS.

2.1.1 Necesidad de una normatividad efectiva de los derechos laborales.

En nuestro país, dentro de los variados sistemas jurídicos que imperan en el mundo, se ha optado por el Romano Germánico. En este ocupa un lugar preponderante la ley, considerada por esta importancia como la fuente principal por sobre la jurisprudencia –que es la principal en el Sistema Anglosajon-, la doctrina, la costumbre jurídica y los principios generales del derecho.

No obstante la importancia de la ley en nuestro ordenamiento jurídico, en la práctica se evidencia muchos casos en los cuales no es posible aplicarla eficientemente para salvaguardar los derechos o intereses en ella prescritos. Nos encontramos entonces ante una suerte de derechos simbólicos, esto es, que están recogidos en determinado ordenamiento legal, pero que por diversas razones no pueden ser ejercitados eficientemente, afectando por tanto a su funcionalidad (en los términos que se ha definido para la presente tesis).

Parafraseando a Hassemer, citado por Zela Villegas, podemos denominar a un derecho como “simbólico” cuando en él predominan las funciones latentes sobre las manifiestas, es decir, que tal derecho no proporciona una protección real y efectiva –entiéndase eficiente- de los derechos e intereses de las personas. (Zela Villegas 2008, 28).

En una palabra, un derecho es simbólico cuando en la práctica no es posible su ejercicio o defensa eficiente. Es por ello que el profesor Cruz Villalón –con énfasis en el derecho laboral- sostiene: “(...) *no es un problema tanto de los derechos que pueden estar reconociendo las normas sino más bien el problema se centra en la dificultad de ejercerlos*” (Soluciones Laborales, 2009,33).

En la la misma línea del derecho laboral, podríamos complementar la idea de Cruz Villalón sobre la base del principio de la primacía de la realidad, según el cual debe preponderarse a la realidad fáctica por sobre la formal. Es decir, a los hechos sobre los documentos.

Entonces, las primeras e importantes conclusiones que se pueden ir obteniendo de lo anteriormente expuesto saltan a la vista, y es que no resulta suficiente con reconocer derechos en determinada ley, sino que es mucho más ventajoso para para la ciudadanía poder ejercerlos eficientemente. De esta forma se irán diluyendo los derechos simbólicos y se migrará hacia derechos eficientemente ejercitados.

Valga en este punto hacer una distinción entre ley y norma jurídica. La primera es general mientras que la segunda es más restringida, por lo cual podemos decir que entre ellas surge una relación de género- especie. Ergo toda ley es norma, así como también lo son la costumbre y la jurisprudencia, máxime si una ley puede contener varios preceptos normativos.

En palabras del profesor Marcial Rubio, *“La norma jurídica es un mandato de que a cierto supuesto debe seguir lógico jurídicamente una consecuencia, estando tal mandato respaldado por la fuerza del Estado, para el caso de su eventual incumplimiento”* (Rubio Correa 1993, 55).

Este alcance doctrinario de Rubio Correa sirve para –luego de la respectiva descomposición-, entender a la norma como un todo integrado de tres elementos fundamentales, a saber: hipótesis o supuesto normativo, nexos y consecuencia jurídica, con el agregado del *ius imperium* del Estado para obligar a su cumplimiento.

Dicho ello, otro aspecto que merece ser aclarado tiene que ver con diferenciar correctamente la *eficacia* de la norma jurídica con su *vigencia* y *válidez*, respectivamente. Para tal fin resulta muy ilustrativo lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC N° 010-2002-AI/TC, citamos literalmente:

*“Para que una norma jurídica se encuentre **vigente** solo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos*

*mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico y que haya sido aprobada por el órgano competente. En tanto que su **validez** depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso (formal y material) de su producción jurídica”*

No obstante lo desarrollado por el Tribunal Constitucional consideramos de suyo importante mencionar que la norma jurídica, y en general todas las leyes que se expidan en nuestro territorio, requieren para su vigencia ser publicadas en el diario oficial. Ello por cuanto de esta forma los ciudadanos podrán conocer cuáles son los derechos que se les reconocen y las obligaciones que se les imponen, tal como lo dispone el artículo 51 de la Constitución, que a tenor literal prescribe:

*“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. **La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.**”* (Negrita fuera del original).

Este precepto normativo además de consagrar en su primer párrafo el principio de constitucionalidad, impone el requisito de la publicidad de toda norma como requisito esencial para su vigencia. Lo cual significa en otras palabras que para que una norma sea vigente en nuestro ordenamiento jurídico se requiere de su socialización a través del diario oficial.

Asimismo, el artículo de la constitución precitado nos permite además dilucidar el concepto de validez de la norma jurídica. Así, en palabras del profesor Marcial Rubio, *“La validez de una norma inferior en rango depende de que tanto su forma como su contenido guarden una relación adecuada de subordinación con las normas de categoría superior”* (Rubio Correa, “La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 2007, 9).

Diremos entonces que la validez de las normas tiene que ver con la coherencia que estas deben guardar con el ordenamiento constitucional, es decir, que las

normas vigentes –correctamente emitidas- se incorporen pacíficamente en nuestro sistema normativo. Para ello es indispensable que se priorice el respeto de los principios de constitucionalidad, legalidad y a nivel macro el bloque de convencionalidad. Conviene citar en este sentido, los artículos 138 y 200 inc. 4 de la Constitución, los cuales desarrollan con mayor énfasis tales principios. Veamos:

*“**Artículo 138.-** La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.*

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.” (negrita fuera del original)

Por su parte el inciso 4 del artículo 200, que regula la acción de inconstitucionalidad prescribe:

“Son garantías constitucionales: (...)

*4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales **que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.*** (negrita fuera del original).

Consecuentemente, para que una norma sea vigente, al momento de su promulgación deberá cumplir con los requisitos y procedimientos legalmente previstos para ello, además deberá ser expedida por el órgano competente y comunicada a los pobladores mediante su publicación en el diario oficial. Será válida en la medida que guarde coherencia con las normas de superior jerarquía. Y finalmente, que una norma sea eficaz quiere decir –siguiendo a Rubio Correa- “ (...) que es de cumplimiento exigible, es decir, que se debe ser aplicada como un mandato dentro del derecho.” (Rubio Correa 1993, 122).

El concepto de eficacia sostenido por Rubio Correa reviste mucha utilidad para la presente investigación por cuanto nos permite determinar y analizar de mejor manera en qué situaciones los derechos reconocidos en la ley de tercerización de servicios son exigibles en la realidad y de esa forma colegir si son o no derechos meramente simbólicos y consecuentemente contrastar la hipótesis planteada.

Retomando el rumbo del argumento, no resulta suficiente entonces que la ley de tercerización reconozca formalmente algunos derechos “simbólicos” en favor de los trabajadores de las empresas tercerizadoras, sino que estos – además de guardar relación con el artículo 28 de la Constitución y con los convenios 87 y 98 de la OIT- deben ser pasibles de ejercicio eficiente en la práctica jurídica.

Resulta entonces, además de importante, interesante, el análisis de la ley de tercerización y los derechos que en ella se han prescrito para los trabajadores de las empresas tercerizadoras para intentar determinar si estos son meramente simbólicos o no. Analizar por ejemplo el derecho de sindicalización y si este es funcional -o eficiente, como se prefiera- en la realidad, teniendo en cuenta sobre todo la problemática de la contratación temporal.

Asimismo se deben analizar los requisitos y características propias de la tercerización en nuestro sistema normativo, y si con estas –tal como se recogen en la ley- se brinda una protección eficaz a los derechos laborales, teniendo como referencia la normatividad supra nacional. Se deberán analizar también, los requisitos que se exigen para que una empresa se constituya y sea autorizada para desempeñarse como una apta para brindar servicios de tercerización (contrastando esto con las exigencias que se les hacen a las empresas intermediadoras). Otro aspecto importante para desarrollar es el referido al registro administrativo reconocido por la ley y *flexibilizado* por el reglamento.

Este análisis partirá en todo momento teniendo como premisa la ley 29245, Ley que regula los servicios de Tercerización en nuestro país y su reglamento.

Para finalizar este sub capítulo conviene tener presente y dejar sentada una posición respecto al principio de jerárquica normativa, reconocido constitucionalmente en los artículos 51 y 138, y según el cual, las normas de inferior jerarquía no podrían ir en contra de las de mayor jerarquía, pues ello, además de atentar contra este principio constitucional, las convierte en inválidas dentro de nuestro ordenamiento.

Estos preceptos normativos, recogen con ciertos matices la tesis sostenida por Hans Kelsen sobre la pirámide jurídica. Kelsen postulaba que el ordenamiento jurídico es un sistema de normas dispuestas jerárquicamente entre sí, de modo que, realizando un parangón, se asemejaría a una pirámide formada por varios pisos organizados de forma jerárquica sobre la base de la producción y la aplicación de las normas. La tesis Kelseniana Parte del principio de **subordinación escalonada**, según el cual la norma de inferior jerarquía encuentra en la superior la razón de su validez, siempre que haya sido emitida por el órgano competente y mediante el procedimiento preestablecido. (Kelsen 1987, 88)

Consecuentemente, siguiendo la teoría de la subordinación escalonada sostenida por Kelsen, el reglamento –norma de desarrollo y de inferior jerarquía- no podría alterar el sentido ni contravenir a la ley –norma jerárquicamente superior-, pues ello sencillamente lo invalidaría.

En este sentido, la misma línea de razonamiento se ha incorporado en el artículo 118 inc. 8) de nuestra Constitución Política, según el cual:

*“Corresponde al Presidente de la República: (...) Ejercer la potestad de reglamentar las leyes **sin transgredirlas ni desnaturalizarlas**; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”. (negrita fuera del original).*

Esto significa que la reglamentación de las leyes que realice el presidente –a través de los Decretos Supremos- se debe encaminar a desarrollarlas en su contenido, siguiendo en todo momento la línea trazada por estas, mal se haría

en promulgar reglamentos que excedan, desnaturalicen o flexibilicen los preceptos legales de mayor jerarquía.

Con respecto a lo anteriormente expuesto es pertinente citar a Nino, para quien *“La producción de normas deja constancia del inseparable binomio poder-deber. El poder del legislador implica la facultad de crear, modificar, abrogar, etc, normas dentro de un Estado, siempre que se respeten las reglas para ello. El deber consiste en la atribución de dictar normas que permitan hacer cumplir, respetar o ejecutar los alcances de otras de mayor jerarquía”* (Nino 1987, 32).

Las ideas de Carlos Santiago Nino guardan coherencia con todo lo manifestado hasta este punto. Podemos decir entonces que no se trata solamente de un reconocimiento formal de los derechos a través de la emisión de frondosa y pomposa normatividad, sino que paralelamente se deben contemplar mecanismos para que tal regulación sea eficiente y dejen de ser meramente derechos simbólicos.

La problemática que motiva la presente investigación –así como todos los problemas que aquejan a nuestra sociedad en los tiempos modernos- no se solucionan con la emisión desmedida de normas dejando de lado los mecanismos para que estas sean eficaces en la realidad, pues esto en palabras de Federico Carpi –citado por Zela Villegas- constituye una “orgia legislativa”, por cuanto recurrir a excesivas reformas legislativas es equivalente a la solución de aquellos doctores que, para curar de la mejor manera posible a un enfermo grave, le suministran tal cantidad de medicinas que terminan por reducirle aún más la vida. (Zela Villegas 2008, 29).

Consecuentemente, en referencia a la normatividad sobre tercerización podemos sostener que resulta muy cuestionable, primero, que los derechos prescritos en ella sean de difícil ejecución por las circunstancias que ya se han adelantado y que se desarrollaran más a profundidad en el siguiente capítulo, y segundo por cuanto el reglamento lejos de desarrollarla ha generado un escenario de flexibilización y precarización de los derechos laborales.

CAPITULO III

CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS

INEFICACIA NORMATIVA DE LA LEGISLACION PERUANA SOBRE LA TERCERIZACION DE SERVICIOS

Para contrastar la hipótesis de la presente investigación abordaremos el análisis de la ley de la materia, haciendo uso de los métodos y técnicas propuestos. Este análisis, no solo incluirá a la Ley que regula los servicios de tercerización, su aclaratoria y su reglamento, sino que incluirá el análisis del proyecto de ley, con lo cual se intentará demostrar que la legislación que se aprobó no guarda relación con los fines que la inspiraron, que contiene insalvables defectos técnicos y que su reglamento la desnaturaliza, todo lo cual sin lugar a dudas afecta de forma negativa en la funcionalidad de los derechos laborales.

Haciendo nuestras las palabras Ángel Latorre, *“Un examen completo de las leyes no puede contentarse con conocer su superficie, sino que ha de calar más hondo e indagar las causas y factores reales que han concurrido en su formación, las fuerzas sociales que las han promovido y los fines y móviles que en ellas alientan”* (Latorre 1968, 56).

Por lo cual, -como ya se ha indicado en el párrafo precedente-, no es suficiente estudiar y analizar el texto normativo que contienen las leyes, sino que es más rico aún el análisis del contexto político, social, cultural, etc, en el cual se emitieron, pues ello nos permitirá conocer su “espíritu” y los fines que encierra y aspira alcanzar.

III.I Antecedentes fácticos previos a la regulación expresa. Primeros síntomas de deficiencia normativa.

Aterrizando estas ideas a la presente investigación tenemos que si bien a partir de la ley de tercerización recién se regula de forma expresa esta forma de

vinculación empresarial, lo cierto es que en la realidad desde los años 90 ya venía siendo utilizada por los empleadores con la finalidad de adaptarse de mejor manera a los cambios tecnológicos y obtener estabilidad productiva y económica en el mercado.

Recordemos que durante esos años el expresidente Fujimori introdujo todo un cambio en nuestra normatividad con la finalidad de incentivar a la inversión privada, y no tuvo mejor idea que “flexibilizar” el mercado laboral. Logrando migrar de un sistema rígido a uno flexible, el cual tenía –y sigue teniendo hasta la actualidad- como uno de sus pilares a la contratación temporal.

En esta línea, Gamarra Vilchez apunta, *“Esta temporalidad de la relación laboral, es entendida como precariedad en el empleo, tanto porque aumenta la incertidumbre en los trabajadores como porque introduce un elemento de ineficiencia en la relación laboral, ya que el trabajador empleará parte de su tiempo (y de su capacidad productiva) en protegerse ante una posible terminación del contrato (...)”* (Gamarra Vilchez 2008, 36)

Entonces, dado que recién en el año 2008 se vino a regular de forma expresa a la tercerización de servicios, hasta esta fecha por ausencia normativa, se aplicaba de forma supletoria la Ley de Intermediación Laboral; esta anómia ocasionaba el uso irresponsable de esta forma de contratación empresarial.

En palabras de Gamarra Vilchez, *“(...) el sistema de tercerización en la actividad laboral ha sido utilizado en una forma totalmente incorrecta, fraudulenta e incluso agravada por otros aspectos, como el uso indebido de los contratos de trabajo sujetos a modalidad, cuya modalidad se emplea con mucha frecuencia: “prestación de servicios con intervención de terceros”, con el claro propósito de burlar los derechos de los trabajadores e impidiendo básicamente sus derechos colectivos. Este es un indicador de la carencia de uniformidad interpretativa sobre los contornos mismos de la figura de la tercerización, a lo cual ha contribuido la ausencia de una oportuna jurisprudencia esclarecedora y, sobre todo, de una norma reguladora.* (Gamarra Vilchez 2008, 37)

Como ya hemos dicho la falta de norma expresa no impedía la utilización de la tercerización, siendo que para intentar definirla era necesario recurrir a la regulación indirecta¹⁸. Así el Decreto Supremo 003-2002-TR en el segundo párrafo de su Artículo 4, disponía:

*“Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades –de tercerización- 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”. (negrita y subrayado nuestros).*

Según se advierte, esta norma establecía de cierto modo garantías mínimas – definidas como elementos coadyuvantes- a fin de evitar la vulneración de los derechos de los trabajadores como consecuencia de la utilización fraudulenta de la tercerización. Se establecieron entonces como elementos coadyuvantes para determinar que una actividad se enmarca dentro de la tercerización y no de los alcances de la intermediación, que la empresa cuente con **pluralidad de clientes** y con **equipamiento propio**, lo cual significaba además un filtro para que aquellas empresas que pretendan brindar servicios de tercerización cumplan con exigencias mínimas tal como realizar la actividad encomendada con sus propios recursos y equipamiento.

Pese a que la regulación era insuficiente consideramos que al menos en este aspecto brindaba una mejor protección a los derechos laborales, pues era clara y no daba lugar a ambigüedades, reitetramos, al menos en este aspecto. Entonces la Ley 29245 y sobre todo su reglamento, introdujeron una mayor, pero no mejor regulación sobre tercerización de servicios, al menos no para los trabajadores. Veamos:

En este punto corresponde analizar la regulación que introdujeron la Ley 29245 y su reglamento, respecto a estos dos asuntos: el equipamiento propio y la

¹⁸ Tenemos: - Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Reglamento de la Ley que regula las actividades de las entidades que prestan servicios de intermediación laboral. y
- Decreto Supremo N° 020-2007-TR, que completa la norma anterior y permite la utilización de la tercerización desarrollada dentro y fuera de las instalaciones de la empresa principal.

pluralidad de clientes, pues tal como hemos indicado en el título, a nuestro parecer, constituirían los primeros síntomas de la deficiencia normativa que se ha postulado como hipótesis de investigación. Se tiene entonces que la ley de tercerización, al definir a esta forma de vinculación empresarial, disponía en su artículo 2 lo siguiente:

*“Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; **cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales**; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.*

*Constituyen elementos característicos de tales actividades, **entre otros**, la **pluralidad de clientes**, que cuente con **equipamiento**, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.*

La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.” (Negrita nuestra y subrayados nuestros).

Nos ocuparemos en primer orden del requisito del **equipamiento propio** exigido por la regulación indirecta para las empresas tercerizadoras tenemos que este se pierde –o al menos se confunde- en la nueva fórmula legislativa, esto por cuanto existe una técnica defectuosa y ambigua en la redacción del artículo 2. Así, en el primer párrafo se prescribe que las empresas de tercerización deben contar con sus **propios recursos financieros, técnicos o materiales**, lo cual hace suponer que se sigue la línea de la regulación indirecta y que las empresas que pretendan dedicarse a brindar servicios de tercerización deben contar con recursos propios (dentro de los cuales obviamente se encuentra su equipamiento). Sin embargo, seguidamente en el segundo párrafo se establecen los elementos característicos de la tercerización, siendo estos, entre otros, i) la pluralidad de clientes, ii) que cuente con **equipamiento**, iii) la inversión de capital y iv) la retribución por

obra. Nótese que la supresión de la palabra “propio” apertura la incertidumbre y la posibilidad de interpretar que la empresa tercerizadora puede desempeñar la labor encomendada con equipamiento que no sea de su propiedad sino que se encuentre bajo su dirección mediante cualquier forma de contratación (piénsese por ejemplo en alquiler o leasing), generándose un evidente conflicto con el primer párrafo.

La situación de incertidumbre y de deficiencia normativa se agrava cuando el Reglamento en su Artículo 4.3, en cuanto a los elementos característicos de la tercerización, prescribe:

“ (...)

4.3. Se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores **son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquélla.**

*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. (negrita y subrayado fuera del original)*

Si bien con la regulación del artículo 2 de la ley se había instalado la duda respecto a si la tercerizadora debía o no contar con equipamiento propio, con el reglamento estas han quedado disipadas, pues este pasa al otro extremo y admite que no solo los equipos sino también las herramientas y/o locales que utilice la tercerizadora en la ejecución del proceso productivo que le ha sido encomendado ya no sean estrictamente de su propiedad sino que se encuentren bajo su administración. Significa entonces que los recursos con los

cuales afronta la labor encomendada le pudieron ser conferidos bajo cualquier forma contractual que importe una posesión y administración sobre los mismos.

En consecuencia, tal como se ha evidenciado, la regulación sobre tercerización es defectuosa, no tanto porque sea contraria a la regulación indirecta, sino porque en el propio texto del artículo 2 se advierten diferencias insalvables, agregado a ello el hecho de que el reglamento fija una postura al respecto sin la correcta observación de la ley que es reglamentada. Todo lo cual, repercute de forma negativa en la defensa y funcionalidad de los derechos de los trabajadores, pues se flexibilizan los requisitos que deben cumplir las empresas para el desarrollo de las actividades de la tercerización, dándole una clase de pase libre.

Para evidenciar de mejor manera la situación de incertidumbre e ineficiencia veamos el siguiente cuadro:

CUADRO 3. EQUIPAMIENTO PROPIO

Regulación Indirecta (D.S 020-2007-TR)	Ley de Tercerización (Ley 29245)	Reglamento de la Ley (.D.S 006-2008-TR)
Artículo 4. Prescribe: son <i>elementos coadyuvantes</i> para la identificación de la tercerización, tanto la pluralidad de clientes, el <u>equipamiento propio</u> , así como la forma de retribución de la obra o servicio.	Artículo 2, primer párrafo. Prescribe que las empresas tercerizadoras deben contar con sus <u>propios recursos financieros, técnicos o materiales.</u> Artículo 2, segundo párrafo. Prescribe como elementos característicos, <u>entre otros</u> , la pluralidad de clientes, que cuente con <u>equipamiento</u> , la inversión de capital y la retribución por obra o servicio.	Artículo 4.3. Prescribe la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos <u>son de su propiedad o están bajo su administración.</u> Además admite la posibilidad que la empresa tercerizadora use equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración.

* Elaboración propia.

En el cuadro se observa que con la regulación indirecta se tenía claro –sin prestarse a ambigüedades o interpretaciones- que las empresas tercerizadoras debían contar con equipamiento propio para el ejercicio de sus actividades; sin embargo, la ley –con una regulación confusa- no deja claro este punto, dejando la puerta abierta para que de conformidad con el segundo párrafo de su artículo 2 se interprete a favor de que la empresa tercerizadora cuente con equipamiento que no sea de su propiedad. Para rematar, el reglamento -de forma expresa- prescribe que los recursos utilizados por la tercerizadora pueden o no ser de su propiedad, siendo suficiente que se encuentren bajo su administración. Esta deficiencia legislativa sin dudas afecta la funcionalidad de los derechos laborales, no tanto por la regulación en sí (equipamiento propio), sino por que la confusión dificulta su protección efectiva.

Es necesario concluir con estas ambigüedades y determinar con certeza y claridad los supuestos y requisitos aplicables a la tercerización, pues como sostuvo el profesor Neves Mujica: *“(…) Si la inexistencia de activos significara ausencia de bienes materiales, tendríamos que determinar si la empresa tercerizadora cuenta con recursos financieros o técnicos. Si careciera de todos ellos, incumpliría un elemento esencial y, por tanto, se desnaturalizaría la tercerización, con las consecuencias previstas por el ordenamiento. Pero dado que el artículo 2 de la ley 29245 utiliza el disyuntivo “o” y no el conjuntivo “y” bastaría que se contara con alguno de los recursos señalados en la ley para que se cumpliera el requisito exigido por ella, siempre que se pudiera probar la autonomía empresarial”* (Neves Mujica 2010, 2)

Por otro lado, en cuanto a la **pluralidad de clientes**, la situación no es distinta a la detallada sobre el equipamiento propio, es decir, se advierte un divorcio entre la regulación indirecta y la ley de tercerización, y en este caso, la participación del reglamento es más gravosa en perjuicio de la funcionalidad de los derechos de los trabajadores, pues según la ley una empresa que no cuente con pluralidad de clientes no podría prestar servicios de tercerización y si los prestara devendría en fraudulenta, generando como consecuencia que los trabajadores destacados pasen a planillas de la principal. Así de radical es la ley; sin embargo, el reglamento, contradiciendo y desnaturalizando sus

alcances, flexibiliza este requisito y lo considera solo como un **indicio de autonomía empresarial**, que debe analizarse con otros indicios en cada caso concreto.

La Ley 29245, en su artículo 5 prescribe en los siguientes términos los supuestos y consecuencias de que la tercerización sea utilizada fraudulentamente:

“Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y que 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, así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes.”

En caso no se cumpla con los requisitos prescritos en los artículos 2 y 3 de la Ley, la tercerización se desnaturaliza originando que los trabajadores de la tercerizadora pasen a planillas de la principal y la cancelación del registro (de esta última consecuencia nos ocuparemos más adelante).

El artículo 2 que ya hemos transcrito en líneas precedentes, define a la tercerización y menciona como sus elementos característicos a los siguientes: i) **la pluralidad de clientes**, ii) que cuente con equipamiento, iii) la inversión de capital y iv) la retribución por obra o servicio. Por su parte el artículo 3 prescribe los casos en los cuales procede tercerizar los servicios, siendo estos: i) los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, ii) los contratos de obra, iii) los procesos de tercerización externa, iv) los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo. Entonces, si no se cumple con cualquiera de estos requisitos –en los propios términos empleados por el artículo 2 de la Ley- la tercerización se desnaturaliza.

Ahora bien el reglamento en su artículo 4.1, respecto a los elementos característicos, prescribe lo siguiente:

*“**Los elementos propios de los servicios de tercerización que se encuentran regulados en el segundo párrafo artículo 2 de la Ley constituyen, entre otros, indicios de la existencia de autonomía empresarial, los cuales deben ser evaluados en cada caso concreto, considerando la 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 tercerizadora.**”*

Entonces, lo que para la ley era considerado como desnaturalización (no contar con pluralidad de clientes), para el reglamento se ha flexibilizado y ahora solo es un indicio de autonomía empresarial, el mismo que debe ser analizado caso a caso junto a otros indicios: actividad económica, antecedentes y el momento en el cual se iniciaron las actividades de la empresa tercerizadora.

Finalmente con relación a la pluralidad de clientes se ha criticado por ejemplo que las empresas, en especial las MYPES, cuando se crean muchas veces no cuentan con facilidad para cumplir con este requisito. (Parédes Neyra 2008, 79).

Esta supuesta deficiencia se ha visto superada con el artículo 1 del D. Leg. 1038, según el cual las empresas podrán adecuarse a la pluralidad de clientes en un plazo de un año a partir de la vigencia de la presente ley. De igual plazo dispondrán las empresas que recién se constituyan, el cual se computa desde el momento de su constitución. Con lo cual el argumento de que las empresas que recién ingresan al mercado se ven perjudicadas al no poder cumplir con la pluralidad de clientes, no resiste mayor debate.

CUADRO 4. PLURALIDAD DE CLIENTES

Regulación Indirecta (D.S 020-2007-TR)	Ley de Tercerización (Ley 29245)	Reglamento de la Ley (.D.S 006-2008-TR)
<p>Artículo 4. Prescribe: son <i>elementos coadyuvantes</i> para la identificación de la tercerización, tanto la <u>pluralidad de clientes</u>, el equipamiento propio, así como la forma de retribución de la obra o servicio.</p>	<p>Artículo 5. Prescribe que no cumplir con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la Ley, origina que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal.</p> <p>Artículo 2, segundo párrafo. Prescribe como elementos característicos, <u>entre otros, la pluralidad de clientes</u>, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio.</p>	<p>Artículo 4.1. Prescribe que los elementos de la tercerización regulados en el segundo párrafo artículo 2 de la Ley <u>constituyen, entre otros, indicios de la existencia de autonomía empresarial</u>, los cuales <i>deben ser evaluados en cada caso concreto, considerando la 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 tercerizadora.</i>”</p>

* Elaboración propia

Los defectos normativos saltan a la vista, al margen de la regulación indirecta, que como ya se ha indicado no ha sido tomada como argumento. En otros términos: la ley dispone que si no se cumple con la pluralidad de clientes el contrato de tercerización se desnaturaliza, mientras que el reglamento nuevamente con su afán flexibilizador dispone que la pluralidad de clientes constituye solo un indicio de autonomía empresarial más su incumplimiento no es suficiente para desnaturalizar a la tercerización, sino que debe analizarse en cada caso concreto.

III. 2. Origen de la Ley de Tercerización. El Remedio peor que la enfermedad.

Luego del periodo de anomia legislativa, con fecha 28 de mayo de 2008, se aprobó la Ley de Tercerización. El debate legislativo previo a la aprobación de la norma fue intenso por cuanto algunos legisladores sostuvieron que esta norma protegería a los trabajadores¹⁹. En este grupo podemos citar a Yonhy Lescano, quien sostuvo: *“La ley que se propone no tiene por objeto perjudicar la inversión de las empresas en el Perú ni restarles utilidades o rentabilidad, sino proteger y cautelar el derecho de sus trabajadores”*.

Otros argumentaron que esta ley solo generará desempleo e informalidad al asumir la empresa principal responsabilidad solidaria con las empresas tercerizadoras²⁰. En este grupo resaltan las palabras del en ese entonces congresista Rolando Souza, quien se cuestionaba: *“¿Con qué facultades fiscalizadoras se podría contar para que la tercerizadora pague puntualmente los beneficios sociales? O sea, ¿aquí estamos extendiendo una obligación legal y convencional de la empresa tercerizadora respecto de sus trabajadores en relación con un tercero?. **Mañana podría ser que la empresa principal también sea responsable por las deudas tributarias que deje de pagar la tercerizadora.**”* (negrita agregada)

Todo lo cual no hace sino dar cuenta de la importancia que encierra la ley de tercerización, pues desde su promulgación tuvo opiniones divididas, es por ello que consideramos que debe ser clara en sus presupuestos normativos (requisitos y casos concretos en los cuales procede este tipo de vinculación empresarial), para que de esta forma se logre tutelar de mejor manera los derechos de los trabajadores y en consecuencia se logre una mejor funcionalidad de los mismos.

Otro aspecto que debemos tener en cuenta es que el debate apresurado y la premura en la votación legislativa se debieron fundamentalmente a que estaba

¹⁹ En este grupo están los parlamentarios del APRA, Unión por el Perú (UPP) y parte del Partido Nacionalista del Perú (PNP).

²⁰ En este grupo estuvieron los parlamentarios de Unidad Nacional (UN), Alianza Parlamentaria (AP) y Alianza por el Futuro (AF)

en juego el Tratado de Libre Comercio con los EE.UU. De esto da cuenta el profesor Neves Mujica cuando sostiene: “(...) *puede que un interés puntual empuje a la formación de una ley, como ocurrió en el caso de la Ley de Tercerización, ya que de ello dependía la aprobación del TLC con EE.UU. Recuérdese que el congreso norteamericano, sobre todo el sector demócrata, exigió al Perú que eleve sus mínimos de protección legal en varias instituciones laborales*” (Neves Mujica, Javier; Arce Ortiz, Elmer 2011, 16).

Todos estos condimentos coadyuvaron para que de una u otra forma la legislación sobre tercerización sea ineficiente, aunque debemos reconocer que la intención era muy buena, pues se culminó un periodo de letargo ausencia normativa respecto a la tercerización y por primera vez se regulo sobre una problemática que cada vez iba teniendo mayor incidencia social. No se debe perder de vista que la norma –como toda actividad humana- es perfectible.

Entrando al análisis propiamente de la Ley, iremos detallando una a una las imprecisiones que a nuestro parecer adolece y que merecen ser revisadas y modificadas. Es importante resaltar que algunas ya fueron desarrolladas en el rubro anterior, referidas al equipamiento propio y a la pluralidad de clientes.

3.2.1. La inconsistencia del Registro Administrativo

Para comenzar con el análisis de los puntos ineficaces de la norma que consideramos de mayor relevancia tomaremos como punto de partida la inconsistencia normativa que existe respecto del denominado **registro administrativo**. La Ley prescribe en su artículo 8 que:

*“Para iniciar y desarrollar sus actividades, **las empresas tercerizadoras se inscriben en un Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras** a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, **en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución**. La inscripción en el Registro se realiza ante la Autoridad Administrativa de Trabajo competente del lugar donde la empresa desarrolla sus actividades, **quedando sujeta la***

vigencia de su autorización a la subsistencia de su registro.”(negrita fuera del original)

Entonces, en aplicación de esta norma, todas las empresas que pretendían brindar servicios de tercerización debían obligatoriamente -en un plazo de 30 días desde su constitución- inscribirse en el registro administrativo que estaba a cargo de la autoridad de trabajo del domicilio de la tercerizadora. La norma imponía incluso una suerte de condición: la vigencia de la autorización para prestar servicios de tercerización está condicionada a la subsistencia del registro administrativo.

Hasta este punto la legislación parecía ciertamente garantista de los derechos de los trabajadores, pues con el Registro de Empresas Tercerizadoras se facilitaría la fiscalización y control sobre las mismas, así como la eventual imposición de multas o sanciones.

El registro sería un símil del caso Mexicano, con la salvedad que en nuestro caso era físico virtual y en el Mexicano solo virtual, pero en ambos casos sirve de garantía para la protección del derecho de los trabajadores.

Esta aparente garantía para la defensa de los derechos de los trabajadores pronto daría un vuelco de 360 grados cuando el reglamento en su artículo 9, prescribe:

“Se consideran inscritas en el registro al que hace referencia el artículo 8 de la Ley **las empresas** tercerizadoras que, durante el período declarado, cumplen con **registrar el desplazamiento de su personal a empresas principales, en la planilla electrónica** que se encuentra regulada por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR y sus normas modificatorias y complementarias, con independencia de su fecha de constitución.

Cuando se verifique alguna de las situaciones descritas en el artículo 5 del presente reglamento, la inspección del trabajo propone la cancelación del registro, además de la imputación de relaciones laborales a la empresa principal, y la Autoridad

Administrativa de Trabajo en el procedimiento administrativo sancionador declara la cancelación del registro y las relaciones laborales existentes.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo elabora una lista pública de empresas tercerizadoras cuyo registro ha sido cancelado. Notificada la cancelación del registro la empresa de tercerización estará impedida de desplazar trabajadores. Publicada la cancelación del registro en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo la empresa principal deberá concluir el contrato con la empresa de tercerización.

En caso de cancelación del registro, las empresas principales disponen de un plazo de 30 (treinta) días calendario a fin de efectuar la adecuación correspondiente.”

Con el reglamento, la obligación que tenían las empresas de inscribirse en el registro administrativo se relativizó y flexibilizó, quedando tal obligación reducida a solo consignar en la planilla electrónica el desplazamiento de los trabajadores hacia el establecimiento de la principal, lo cual sin lugar a dudas genera desprotección hacia los trabajadores, toda vez que con el registro administrativo se tenía la posibilidad de contar con una lista detallada y actualizada de las empresas que se dedican a los servicios de tercerización, lo cual facilitaría la labor inspectora, fiscalizadora y de ser el caso sancionadora del Estado.

La situación de desventaja, precarización y desprotección introducida por el reglamento se vio institucionalizada cuando la propia Autoridad Administrativa de trabajo, mediante el oficio N° 873-2009-MTPE/2, de fecha 17 de marzo de 2009, estableció que en efecto el registro administrativo al que aludía la ley es de índole negativo. Instituyó además los lineamientos para el registro de empresas tercerizadoras, siendo estas las siguientes:

*El Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras (RNET) es de "carácter negativo", es decir, no implica una gestión especial ante el MTPE, lo cual supone que: i). **Las empresas tercerizadoras no necesitan inscribirse, por lo que los órganos competentes no expiden ninguna constancia de inscripción. La información que las empresas tercerizadoras proporcionan a través de la planilla electrónica es requisito suficiente para que sean consideradas como inscritas en el RNET.***

ii. Sólo se inscriben las empresas contratistas o subcontratistas a las cuales la Autoridad Administrativa de Trabajo, en el respectivo procedimiento sancionador, les haya cancelado el registro como consecuencia de haber sido declaradas infractoras a las normas de tercerización."

Increíblemente el reglamento y la Autoridad de Trabajo cambiaron el sentido del registro. La ley le confería una cualidad positiva, en el que debían inscribirse las empresas dentro de los 30 días como acto previo para recién brindar servicios de tercerización, mientras que con el reglamento y el oficio emitido por el Ministerio de Trabajo se prescribe que es suficiente la información que consigna en la planilla electrónica para que automáticamente se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, es más se menciona que al ser un registro negativo, las autoridades competentes no emiten una constancia de inscripción, sino que solo lo hacen cuando se cancele el registro.

Esta evidente situación de flexibilidad que influye negativamente en la funcionalidad de los derechos de los trabajadores la resumimos seguidamente:

CUADRO 5. REGISTRO ADMINISTRATIVO DE EMPRESAS TERCERIZADORAS

REGISTRO ADMINISTRATIVO DE EMPRESAS TERCERIZADORAS		
Ley 29245	Reglamento (D.S 006-2008-TR)	Oficio N° 873-2009-MTPE/2
Art. 8, prescribe que para iniciar y desarrollar sus actividades, las empresas tercerizadoras se inscriben en un Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución. Queda sujeta la vigencia de su autorización a la subsistencia de su registro.	Art. 9, prescribe que se consideran inscritas en el registro al que hace referencia el artículo 8 las empresas tercerizadoras que, durante el período declarado, cumplen con registrar el desplazamiento de su personal a empresas principales, en la planilla electrónica que se encuentra regulada por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR y sus normas modificatorias y complementarias, con independencia de su fecha de constitución.	El Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras (RNET) es de "carácter negativo", pues las empresas tercerizadoras no necesitan inscribirse, además los órganos competentes no expiden ninguna constancia de inscripción. La información que las empresas tercerizadoras proporcionan a través de la planilla electrónica es requisito suficiente para que sean consideradas como inscritas en el RNET.

Poniéndonos del lado del registro negativo, en el supuesto negado de pensar que con este se va a contribuir con el dinamismo económico y la generación de empleo, pues no se va a condicionar el desarrollo de las actividades de las tercerizadoras al trámite ante la autoridad administrativa para obtener el registro, sino que será suficiente consignar tal información en la planilla electrónica. Tenemos que tampoco se cumple con el rol protector por parte del estado, por cuanto en el segundo párrafo del artículo 9 del reglamento se establece que el Ministerio de Trabajo deberá elaborar y publicar en su sitio web una lista de empresas tercerizadoras cuyo registro ha sido cancelado. Asimismo, se establece que con la publicación de la lista la empresa principal deberá concluir el contrato con la empresa de tercerización. Revisado el portal

web del Ministerio de Trabajo no se ha identificado la publicación del listado de empresas tercerizadoras a las que se les ha cancelado el registro y que no deberían estar funcionando en el mercado, consecuentemente siguen desarrollando sus actividades pues no se tiene como saber de una forma efectiva que su registro ha sido cancelado.

Para desarrollar otro síntoma de deficiencia normativa en lo que al registro administrativo se refiere lo encontramos en el artículo 5 de la Ley, según el cual:

*“Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente ley y que 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, **así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes**”.*

Se establece que no cumplir con los requisitos para la configuración válida de la tercerización genera dos consecuencias: i) la vinculación laboral de los trabajadores de las tercerizadoras con la principal, con el reconocimiento retroactivo de sus derechos y beneficios laborales, y ii) la cancelación del registro administrativo.

Respecto a la segunda consecuencia nos preguntamos ¿Qué registro se va a cancelar si tanto el reglamento como el Ministerio de Trabajo han establecido que el registro es negativo, es decir que no se expiden constancias de inscripción?. La respuesta es muy complicada puesto que al establecerse que con la sola información que se consigne en las boletas será suficiente para que se encuentren inscritos, cualquier empresa podría dejar de consignar en las boletas esta información y de esta manera verse librada de la fiscalización y sanciones correspondientes. Otro aspecto que urge ser modificado a efectos de establecer con mayor claridad las funciones que cumple este registro y de esta manera permitir una protección más efectiva de los derechos laborales, tal

como ocurre por ejemplo en el caso de del registro impuesto para las empresas que prestan servicios de intermediación.

En este sentido, no obstante que va a ser desarrollado con amplitud posteriormente, por su vinculación con el asunto que se viene desarrollando adelantamos la diferencia de protección que se advierte al comparar el registro de las tercerizadoras y el de las empresas de intermediación. En el primero, según se ha ido desarrollando, al haberse establecido un registro negativo no se requiere de trámite administrativo alguno, pues los órganos competentes no proporcionan ninguna constancia de inscripción. Mientras que en el caso de las empresas de intermediación, para estas si se ha establecido de forma expresa que tienen la obligación de inscribirse en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan labores de intermediación Laboral (Art. 10 de la Ley 27626). Consecuentemente, en este aspecto la ley de intermediación brinda una protección más eficaz si se la compara con la que proporciona la de tercerización de servicios.

3.2.2. ¿Es posible tercerizar actividades principales?. Haciendo de la excepción una regla:

Un aspecto que sin duda merece especial atención y un profundo análisis es el referido a la posibilidad de tercerizar las actividades principales de la empresa usuaria y es que desde sus orígenes, la tercerización de servicios fue concebida como aquel mecanismo de gestión empresarial, predestinado fundamentalmente para que las empresas alcancen un mayor grado de competitividad dentro del mercado, lo cual desencadena una operación empresarial sencilla: reducir costos y aumentar utilidades. Este objetivo, visto desde un punto de vista meramente económico resulta altamente interesante, al menos para los empresarios, pues significa que “invirtiendo” menos obtendrán mayores utilidades.

Así las cosas, quienes defienden esta forma de contratación empresarial resaltan que su importancia radica en que al admitir el desplazamiento o traslado de determinadas actividades periféricas o secundarias del proceso de producción de la empresa principal a otras empresas especializadas se permite

que la principal se ocupe con mayor eficiencia al desarrollo de su *core bussines* o actividad principal.

En una palabra, mediante la tercerización de servicios una empresa (denominada principal o cliente) cede o transfiere una actividad periférica o secundaria de su proceso productivo a otra empresa especializada en tal actividad (denominada tercerizadora), a través de un contrato civil o comercial, logrando un doble efecto: reducir sus costos e incrementar sus utilidades.

Es en este escenario que surge el síntoma de ineficiencia que denunciarnos, puesto que nuestra normatividad es confusa al respecto, y de su lectura y análisis no fluye con claridad, la respuesta a la siguiente interrogante: ¿es posible tercerizar actividades principales?. Desde nuestro particular y humilde punto de vista, ello es inadmisibile, pues aparte de atentar contra los derechos fundamentales de los trabajadores, contravendría incluso la naturaleza y la génesis de la descentralización productiva.

Y la respuesta no es fácil ni pacífica por cuanto nuevamente se advierte la dicotomía existente entre la ley y el reglamento. La primera en el primer párrafo del artículo 2, dispone:

*“Se entiende por tercerización **la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras**, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. (...)”* (negrita y subrayado agregado)

La definición de tercerización que proporciona la ley, refiere en una palabra, que la empresa principal contrata a otra a efectos de que esta desarrolle actividades especializadas u obras. Es decir, la principal se despercude de las actividades secundarias y las encarga a empresas especialistas en ello, de tal forma que se pueda ocupar de sus actividades principales.

Seguidamente en el artículo 3 de la ley se lee:

*“Constituyen tercerización de servicios, entre otros, los **contratos de gerencia** conforme a la Ley General de Sociedades, **los contratos de obra**, los procesos de tercerización externa, **los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.**”* (negrita fuera del original)

Si bien la formula legislativa ha utilizado la palabra “entre otros”, con lo cual se deja abierta la posibilidad de que otros supuestos no contenidos en el artículo 3 sean considerados como tercerización de servicios, lo cierto es que ninguno de los supuestos expresamente prescritos da a entender que sea admisible delegar las actividades de la principal en favor de las tercerizadoras.

Inverosímilmente el reglamento en su artículo 1, define a la tercerización como:

*“(…) Una forma de organización empresarial por la que **una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal** a una o más empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma.”* (negrita fuera del original)

A diferencia de la ley, el reglamento redefiniendo y alterando el sentido de la ley admite de modo expreso que es factible que la empresa usuaria o principal delegue o encargue una o varias partes de su actividad principal a favor de las tercerizadoras, seguidamente se indica que estas últimas ofrecerán obras o servicios vinculados a la misma.

A efectos de brindar mayores alcances y a efectos de dilucidar de mejor manera la interrogante planteada hemos creído por conveniente acudir al origen de nuestra ley a efectos de conocer de fuente directa cuál fue la intensión legislativa. Así las cosas, de la revisión de la exposición de motivos del proyecto de ley N° 1696/2007-CR²¹, se desprende que *“Durante los últimos*

²¹ Propuesto por el grupo parlamentario a solicitud del congresista Isaac Fredy Serna Guzmán.

años el sistema de tercerización en la actividad laboral de nuestro país ha sido utilizado en una forma totalmente incorrecta, fraudulenta e incluso agravada por otros aspectos, como el uso indebido de los contratos de trabajo sujetos a modalidad, se emplea con mucha frecuencia esta modalidad de “Prestación de Servicios con Intervención de terceros” con el claro propósito de burlar los derechos de los trabajadores e impidiendo su derecho colectivo”

Posteriormente en el dictamen del proyecto de ley de fecha 05 de diciembre de 2007, elaborado por la Comisión de Trabajo presidida por el entonces congresista Fredy Serna Guzmán, se estableció²²:

“(…) b. La tercerización, cuando es producto de una relación mercantil legítima en términos de satisfacer las necesidades de la empresa contratante, al no estar esta capacitada para su autosatisfacción, es válida, pero si recurre a ella para privar a los trabajadores de derechos colectivos (sindicación, negociación colectiva y huelga), como de derechos individuales (utilidades, protección contra el despido arbitrario, etc.), entonces ya no es legítima.

C. La tercerización no puede ser ilimitada, a tal punto que las empresas no requieran de personal, más que el mínimo y solo para labores administrativas, y que toda su producción este a cargo de contratistas y sub contratistas.

D. Se debe recurrir a la tercerización para labores distintas de la actividad principal o esencial de la empresa contratante.”
(negrita fuera del original)

Según se advierte de estos pasajes del dictamen que se han citado, la intención de los legisladores fue la aspiración de un equilibrio entre la satisfacción de los intereses económicos de los empleadores y el de los trabajadores. Los primeros mediante la factibilidad de usar esta innovadora

²² Tomado del acápite 6. Análisis, punto 6.1. Aspectos conceptuales.

herramienta de triangulación de la relación laboral para alcanzar mayores ganancias y los segundos con el establecimiento de normas claras y específicas que regulen de modo inequívoco los supuestos en los que procede la tercerización y las consecuencias ante supuestos de contratación fraudulenta para el pleno respecto de sus derechos laborales, tanto individuales como colectivos.

Resulta sumamente relevante el punto “D” precitado, por cuanto la comisión entendiendo correctamente el concepto de tercerización de servicios, estableció que este mecanismo de vinculación empresarial no podría ser utilizado para la delegación de actividades neurálgicas o esenciales de la empresa principal, sino solo aspectos o actividades superficiales o secundarias. En consecuencia, si la intención de los legisladores fue proscribir la tercerización de servicios para aspectos esenciales de la empresa principal mal hace el reglamento en admitir tal posibilidad.

Una vez demostrado que la intención legislativa fue en todo momento admitir la tercerización solo para actividades secundarias, accesorias o complementarias, corresponde ahora un análisis doctrinario sobre el particular.

En este entendido, delimitando la respuesta a la interrogante planteada hacemos nuestras las palabras de Sanguineti Reymond, para quien *“el propósito declarado de la puesta en marcha de las estrategias de externalización de las actividades productivas es **incrementar la capacidad adaptativa de la empresa, haciéndola más ligera, ágil, eficiente, flexible y competitiva, al reducir sus dimensiones y concentrar su actividad en el desarrollo en lo que constituyen sus competencias básicas o nucleares.”*** (Negrita agregada) (SANGUINETI 2006, 2).

Del mismo parecer es el profesor Eduardo Benavides, quien manifiesta: *“La revolución del outsourcing derribó varios mitos. El primero fue aquel de que ciertas funciones debían mantenerse necesariamente dentro de la empresa (...), otro mito que fue descartado fue aquel que cuando uno mismo hace las cosas las hace mejor, porque mantiene todo bajo control. **El outsourcing***

permite a las empresas ocuparse de lo que saben hacer y dejarle los detalles a los especialistas". (Benavides Torres 1996. 55). (Negrita agregada)

Alejandro Castello, ensaya esta respuesta sobre el particular: *"Otro enfoque consiste en descartar el análisis general, basado en la naturaleza de la actividad considerada, y determinar (aplicando el criterio de razonabilidad) lo que en cada caso concreto puede ser externalizado en una empresa en particular. De esta forma podría entenderse que no solo corresponde tercerizar actividades periféricas o de servicios, sino también alguna parte del proceso productivo. **En esta hipótesis, el límite consiste en el mantenimiento de las actividades que conforman o configuran las características esenciales de la empresa principal, aunque este examen puede ser relativo y difuso.**"* (Castello, Responsabilidad Solidaria en el Derecho de Trabajo 2004, 36)

Por su parte LACITY, Mary C. y HIRSCHEIM, Rudy, citados por José Donayre, sostienen: *"Dentro de la jerga empresarial, el outsourcing aludía a fórmulas en virtud de las cuales empresas que no integraban los servicios informáticos dentro de lo que era el "corazón" de su negocio (core business), transferían tales funciones a otras empresas cuya especialidad era precisamente la informática. Así, la primera operación en ser denominada outsourcing por la industria, se produjo en 1989 cuando Kodak celebró acuerdos con IBM, Businessland y Digital Equipment Corporation (DEC), con un horizonte temporal de 5 a 10 años, para que se encarguen de toda su área informática."* (Donayre 1997, 13)

Respondiendo a nuestra interrogante, Juan Rivero Lamas argumenta: *"Una definición del outsourcing que tiene gran acogida en el Derecho comparado, es la que lo conceptúa como una estrategia empresarial que lleva a las empresas a fragmentar el ciclo productivo para centrarse en las que consideran, en su caso, competencias nucleares (core competences), contratando con proveedores externos actividades de la empresa que no se consideran competencias básicas de esta"*. (Rivero Lamas 1999, 23)

Una opinión similar se lee en una investigación realizada por el Instituto Sindical para América Central y el Caribe en el año 2011, en los siguientes

términos: *“La importancia de la tercerización, según sus defensores y promotores, radica en que ésta pretende **concentrar los esfuerzos de la compañía en las actividades principales del giro de negocios**. De esta manera, se pretende otorgar mayor valor agregado para los clientes y productos mediante agilidad y oportunidad en el manejo de los procesos transferidos, una reducción de los tiempos de procesamiento e inclusive, en la mayoría de los casos, una reducción de costos y de personal, así como una potencialización de los talentos humanos.* (Instituto Sindical para América Central y el Caribe 2011, 16) (negrita agregada).

Esta forma de entender a la tercerización resulta lógica si ponemos atención en su origen, ya que justamente se gestó con la finalidad de que la empresa principal o usuaria ocupe sus recursos de mejor manera en actividad principal y delegue ciertas actividades o etapas de su proceso productivo a otras empresas. De esta forma afrontarían de mejor manera a los cambios tecnológicos y a la globalización, siendo en consecuencia más eficientes en el mercado.

Esta eficiencia se logra desplegando las actividades periféricas y ocupándose de las principales, tal como lo sostiene Arturo Bronstein: *“Uno de los fundamentos que explican la recurrencia a la tercerización es la especialización, relacionada con la especialización que ha conocido los sistemas de organización empresarial, luego del abandono del modelo llamado fordista que se caracteriza por la concentración en la empresa de todas las funciones, en beneficio de otros modelos como el toyotista que tiende a **concentrar en la empresa lo que llamariamos sus actividades nucleares, externalizando aquellas que consideran periféricas, cuya comisión es encomendada a contratistas externos**(...)”* (Bronstein 2007, 21)(negrita fuera del original)

Esta misma hipótesis fue desarrollada por Ben Schneider y recogida por el Magistrado del Tribunal Constitucional Gerardo Eto Cruz, al dar su voto en discordia en la STC N° 02111-2010-AA en los siguientes términos: *“(...) La tercerización u outsourcing constituye una herramienta de gestión que **facilita a las empresas o instituciones centrar sus esfuerzos en sus actividades***

***distintivas, es decir aquellas que conforman su core business**, evitando el desperdicio de recursos y trabajo en aquellas actividades que siendo necesarias para el producto o servicio que se ofrece, no la distinguen de manera especial”* (negrita fuera del original).

Ahondado ahora en el aspecto jurisprudencial, tenemos que en la misma línea que el magistrado Eto se encuentra el pronunciamiento emitido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, al resolver el proceso de Acción Popular N° 764-2011-Lima de fecha 23/06/2011, estableció que: *“La tercerización, también denominada Outsourcing²³, es por definición, el proceso en el cual una firma identifica una porción de su proceso de negocio que podría ser desempeñada más eficientemente y/o más efectivamente por otra corporación, la cual es contratada para desarrollar esa porción de negocio. **Esta figura jurídica contractual se encuentra orientada a que la primera organización pueda enfocarse en la parte o función central de su negocio, de ahí que el Outsourcing o Tercerización, sea considerada como una herramienta que le permite a las empresas enfocarse en hacer lo que realmente hacen bien.**”* (negrita fuera del original).

La suprema, identifica claramente que son las labores periféricas las que se pueden tercerizar a fin de que sean desarrolladas de mejor manera por empresas especializadas en ello, de tal manera que la empresa principal pueda poner todos sus esfuerzos en el desarrollo de la parte central de su negocio, es decir, de sus actividades principales. Cabe en este punto precisar que en el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema en la sentencia popular N° 1607-2012 LIMA, de fecha veintitrés de mayo del dos mil trece (tercer considerando).

Finalmente es pertinente mencionar que esta incertidumbre jurídica y la falta de unicidad de criterios vinculantes al respecto crea un tufillo a inseguridad y da puerta abierta para que esta herramienta de gestión empresarial sea utilizada de forma fraudulenta por algunos –no todos- empleadores que pretenden satisfacer sus necesidades patrimoniales a toda costa, incluso de los derechos

²³ Véase el cuarto considerando de la sentencia.

laborales. Urge por tanto, no solo la unicidad de criterios a nivel jurisprudencial, sino la emisión de normas claras y que sean fácilmente entendibles y aplicables por todos los interesados.

Esto en la medida que tal como sostiene Wilfredo Sanguinetti: *“La tercerización en el fondo, mella al Derecho Laboral en su sentido primario, debido a que una legislación laboral que, al fin y al cabo, debería seguir basada en una serie de principios básicos que a través de este tipo de estrategias se consigue eludir sin dificultad, como son los de mantenimiento de la relación de trabajo en tanto persista la fuente que le dio origen o de asignación de beneficios tendenciosamente similares a todos los que participan en los mismos procesos de producción, los cuales no resultan de aplicación, como es evidente, a las relaciones entre sociedades mercantiles, sino entre cada una de estas y su personal”* (Sanguinetti Raymond, Efectos laborales en la subcontratación de actividades productivas 2010, 153).

3.2.3 De la posibilidad de “subtercerizar”

Otro aspecto de la normatividad que a nuestro parecer es ineficiente y no coadyuva la funcionalidad de los derechos de los trabajadores es el referido a la posibilidad de que las empresas tercerizadoras puedan delegar el proceso productivo encomendado, es decir, sub contratar a otra empresa de tercerización o lo que hemos denominado “sub tercerizar”.

Para ello brevemente analizaremos la ley, el proyecto y el respectivo dictamen. Nos remitimos entonces a la primera disposición complementaria y final de la Ley, según la cual:

*“Las empresas que presten servicios de tercerización, **podrán subcontratar** siempre y cuando el subcontratista cumpla con los requisitos establecidos en la presente Ley”.* (negrita fuera del original)

No obstante lo plasmado en la norma, de la revisión tanto del proyecto de ley como del dictamen fluye que esta no fue la real intención de legislador, toda vez que la redacción primigenia establecía cierto cerrojo de protección para los

derechos de los trabajadores. Para entender de mejor manera supongamos el siguiente caso lógico: Un trabajador de una tercerizadora tiene menos protección de sus derechos y beneficios labores en comparación con un trabajador contratado directamente por la tercerizadora. Entonces la protección que recibirá un trabajador contratado por una subtercerizadora será extremadamente precaria.

En armonía con lo anterior es importante y de suyo pertinente citar a Gamarra Vilchez, quien sobre el particular apunta, “(...) *el sistema de tercerización en la actividad laboral ha sido utilizado en una forma totalmente incorrecta, fraudulenta e incluso agravada por otros aspectos, como el uso indebido de los contratos de trabajo sujetos a modalidad, cuya modalidad se emplea con mucha frecuencia: “prestación de servicios con intervención de terceros”, con el claro propósito de burlar los derechos de los trabajadores e impidiendo básicamente sus derechos colectivos. Este es un indicador de la carencia de uniformidad interpretativa sobre los contornos mismos de la figura de la tercerización, a lo cual ha contribuido la ausencia de una oportuna jurisprudencia esclarecedora y, sobre todo, de una norma reguladora.* (Gamarra Vilchez 2008, 37).

Veamos ahora cuál fue el texto primigenio al que nos hemos referido líneas atrás, tomado del proyecto de ley y del dictamen elaborado por la Comisión de Trabajo del Congreso, en los siguientes términos:

“Las empresas que presten servicios de tercerización no podrán subcontratar a otras empresas que presten el mismo tipo de servicios” (negrita fuera del original)

El texto final recogido en la ley –distinto al proyecto y al dictamen- tuvo lugar cuando la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas-CONFIEP, mediante Oficio CONFIEP PRE-536/07 de fecha 30/10/2007, manifestó su opinión desfavorable al P.L 1696/2007-CR, entre otros argumentos, sosteniendo que:

“(...) b. No se puede impedir que la empresa contratada para prestar servicios tercerizados pueda, a su vez, subcontratar servicios, por cuanto se estaría interfiriendo el principio de libre contratación. El caso más típico es el de la construcción civil, sector donde resulta común y necesario contratar servicios, por ejemplo de empresas especializadas en acabados, sistemas eléctricos, etc. (...)”

En parte concordamos con lo expuesto por el gremio empresarial, por cuanto en el artículo 59²⁴ de la Constitución se garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, mientras que en el 62²⁵ establece la libertad de contratar, garantizando que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes, por lo cual preliminarmente se puede argumentar que no es admisible ninguna restricción a estos derechos constitucionales.

Sin embargo, dado que actualmente ningún derecho es absoluto, podemos sostener que el Estado amparado en su *ius imperium*, puede y debe promulgar normas claras que cautelen el correcto ejercicio de los derechos mencionados en líneas arriba, teniendo como política de estado un equilibrio normativo, de tal forma que no se vulneren ni los derechos de los empresarios ni los de los trabajadores. Garantizándoles a los primeros que sus intereses económicos no se verán afectados y a los segundos que sus derechos laborales serán tutelados y protegidos.

3.2.4 De la protección efectiva de los derechos laborales. Énfasis en los Derechos Sindicales.

Ya hemos citado al Dr. Cruz Villalón, cuando en relación a la eficacia de la ley laboral sostiene *“no es un problema tanto de los derechos que pueden estar*

²⁴ Art. 59 de la Constitución: “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 públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”

²⁵ Art. 62 de la Constitución: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...)”

reconociendo las normas sino más bien el problema se centra en la dificultad de ejercerlos”.

En consecuencia, bajo esta misma línea de razonamiento podríamos argumentar que por más buenas intenciones que se tenga a nivel legislativo y por más la ley reconozca infinitas ventajas o beneficios a determinados grupos de trabajadores, si es que estas no pueden materializarse en el terreno de la realidad, serán ineficientes y en consecuencia contribuirán a la afectación de la funcionalidad de los derechos laborales.

Bajo esta premisa corresponde ahora analizar el aspecto colectivo de los derechos laborales. Para ello citamos de modo literal el artículo 7 de la ley, que prescribe ciertas garantías de los derechos laborales en los siguientes términos:

“1. Los trabajadores bajo contrato de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización, respecto de su empleador.

2. Los trabajadores que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal en una tercerización, cualquiera fuese la modalidad de contratación laboral utilizada, como todo trabajador contratado a tiempo indeterminado o bajo modalidad, tiene respecto de su empleador todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa vigente; en consecuencia, los trabajadores no están sujetos a subordinación por parte de la empresa principal. (...)

La norma establece básicamente que los trabajadores contratados por las empresas tercerizadoras tienen iguales derechos que los trabajadores de las empresas principales, tanto en lo que se refiere al aspecto individual como colectivo, respecto a sus empleadores. Sin embargo, la duda que se instala es si ambos grupos de trabajadores reciben por parte del sistema iguales

herramientas para gozar de los mismos derechos u beneficios laborales. La respuesta cae de madura.

Ahora bien, no se debe perder de vista que un gran porcentaje -por no decir todos- de trabajadores de las tercerizadoras, por la naturaleza misma de la actividad, son contratados mediante contratos modales o a tiempo determinado, con lo cual se hace muy difícil que estos puedan acceder a las organizaciones sindicales que se hayan creado, esto les resta poder acción a estos gremios de trabajadores. Es por ello que el profesor Mario Pasco sostiene. *“(...) donde los sindicatos son de empresas, los trabajadores de services quedan al margen de una posibilidad cierta, viable y sobre todo eficaz de sindicación y negociación”*²⁶.

Ante esta innegable realidad, urge modificar la normatividad de la materia y no solo positivizar los derechos, sino que además es necesario establecer mecanismos legales y de garantía que aseguren una mejor respuesta de nuestro sistema jurídico a la protección de los trabajadores, toda vez que tal como lo sostiene el el Dr. Neves Mujica: *“(...) si existen sindicatos fuertes que puedan llegar a negociar en igualdad de condiciones las normas jurídicas laborales, existirán leyes más equilibradas. El conflicto social tendría una salida de consenso y seguramente repudiaría la imposición”* (Neves Mujica, Javier; Arce Ortiz, Elmer 2011, 17)

Volviendo a la contrastación de la hipótesis que nos ocupa en este apartado no se debe perder de vista que la presente investigación parte del presupuesto de que la ley de tercerización –en tanto ineficiente- es la causa por la cual los derechos laborales no se ejercen con eficiencia, es decir no son funcionales, tanto en el ámbito individual como colectivo.

En el plano individual -brevemente- diremos que los derechos de los trabajadores se ven perjudicados por cuanto los trabajadores de las tercerizadoras participan directamente en la cadena de producción de la empresa; sin embargo, no participan de los mismos beneficios que reciben los trabajadores de las empresas principales, pese a que como se ha indicado

²⁶ (Pasco Cosmópolis s.f.)

ambos intervienen en la gesta de utilidades por parte de la principal. No se debe perder de vista que la remuneración al tener carácter alimentario es de vital importancia para todo trabajador, pues de este depende su vida y el de toda su familia. En este escenario aparentemente se estaría contraviniendo el derecho a la igualdad, en la vertiente de que a igual trabajo y esfuerzo le corresponde igual remuneración.

Siendo que además se debe tener en cuenta lo prescrito por nuestra constitución política en su artículo 26, en los siguientes términos:

“En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

- 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.**
- 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.*
- 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma”. (negrita agregada)*

Esta innegable situación –con énfasis en el sector minero- se puede advertir más fácilmente de la lectura del **cuadro N° 01**, insertado en la justificación de la presente investigación y que para efectos didácticos reproducimos en los siguientes términos:

“A modo de guisa podemos citar –con información oficial- el caso de las empresas del rubro minero, en cuyo sector al año 2011, de los aproximadamente 177,431 trabajadores, el 63% fue contratado por empresas tercerizadoras (esto es 111,511 trabajadores), mientras que solo el 37% mantuvieron una relación laboral directa con determinada empresa minera (esto es 65,920 trabajadores). Si comparamos, estos resultados con los que se reflejaron en el 2010 podemos advertir que el número de trabajadores contratados de modo directo ha disminuido, pues en el año 2010 se registraron 67,575 trabajadores directos. Por el contrario el número de trabajadores contratados por las

tercerizadoras aumento en el año 2011, pues el año 2010 se registraron 97,956 trabajadores subcontratados.”²⁷

Cuadro 1

EMPLEADOR/ AÑO	2010	2011
Tercerizadora	97,956	111,511
Empresa principal	67,575	65,920
Total	165,531	177, 431

*Elaboración propia.

En consecuencia, cada vez se terceriza más, lo cual genera una necesidad de reformular la norma y proponer una que sea mucho más específica, que contemple supuestos más específicos de procedencia de la tercerización y de protección de los derechos laborales.

Entrando en materia diremos que en lo que al aspecto **colectivo se refiere**, tal como lo ha sostenido el profesor Pasco Cosmopolis, la tercerización precariza a la actividad sindical y le resta línea de acción, por cuanto a pesar que normativamente se les reconoce el derecho de sindicalización no se pueden afiliarse a los sindicatos de las empresas principales, -ya que generalmente al terminar la obra se prescinde de sus servicios-, ni mucho menos participar de los convenios colectivos que estas han celebrado con sus gremios sindicales. Consideramos que el problema se debe abordar desde la óptica de los convenios 87 y 98 de la OIT, de cuyo análisis sistemático surge una posibilidad distinta de resolver el problema.

Según la actual Ley de Relaciones colectivas, los trabajadores de las tercerizadoras solamente pueden afiliarse a los sindicatos que se constituyan al interior de su empleador, mas no al de las empresas principales, por la sencilla

²⁷ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. Anuario Minero 2011. MEM, Lima, 2012, p.91. Cfr. en el siguiente enlace: www.minem.gob.pe/publicacion.php?idSector=1&idPublicacion=426

razón que no son trabajadores de esta última. Por este tipo de restricciones, entre otras, es necesario reformular la negociación colectiva y enfocarla no necesariamente desde un nivel de empresa, sino desde un nivel más amplio, como puede ser un nivel de rama de actividad, de tal forma que salvando estas limitaciones se logre una mejor funcionalidad en el ejercicio de los derechos laborales, individuales y colectivos.

Otro aspecto a considerar es que los trabajadores de las empresas tercerizadoras muchas veces no se muestran entusiastas en la formación de un sindicato o en integrarse a uno, ello en la medida que han sido contratados mediante contratos a plazo determinado, al término del cual dejarán de pertenecer a la tercerizadora que los contrato y su interés de obtener mejores beneficios laborales será reemplazado por su intención de obtener una fuente de trabajo.

Tal como se indicó en el muestreo de la investigación, esta se desarrolló fundamentalmente sobre la base de la información y situación fáctica y jurídica de dos empresas mineras, a saber Minera Yanacocha SRL -MYSRL- y Gold Fields La Cima S.A –Gold Fields-, ya que hasta el momento de todas las empresas que sean instaladas en la Región solo estas dos empresas han suscrito convenios colectivos con sus respectivos sindicatos de trabajadores. De cuyo análisis se pueden extraer los siguientes resultados:

En el convenio colectivo suscrito entre MYSRL y su sindicato de trabajadores, suscrito el 24 de setiembre de 2010 y vigente desde el 01 de marzo del mismo año hasta el 28 de febrero de 2013, se advierte que se prescribe taxativamente en el capítulo I- Aspectos Generales, 1.1 Ámbito del Convenio, que ***“Están amparados y obligados por el convenio los trabajadores que tengan contrato de trabajo a la fecha de inicio de vigencia del Convenio (01 de marzo de 2010) y que tengan o adquieran la condición de afiliados al Sindicato, así como a quienes se incorporen a la Empresa con posterioridad a dicha fecha y se afilien al sindicato. Adicionalmente, en cualquier caso, para encontrarse regido por el convenio el trabajador deberá tener***

contrato vigente con la empresa a la fecha en que corresponda la aplicación de alguna de sus estipulaciones, así como tener a esa fecha la condición de afiliado”.

En tal sentido, tal convenio no puede ser aplicable a los trabajadores de las empresas tercerizadoras, puesto que por definición estos no son considerados trabajadores de la empresa principal, que vendría a ser MYSRL, sino que mantienen un vínculo contractual con la empresa tercerizadora.

Por otro lado, en el convenio colectivo celebrado entre Gold Fields y su sindicato en el mes de noviembre de 2010 y vigente desde la misma fecha hasta el mes de abril de 2015, se aprecia que en la parte introductoria se ha consignado que el convenio colectivo alcanza a los trabajadores que tienen un contrato de trabajo vigente a la fecha de suscripción del referido convenio, así como a todos aquellos que se incorporen con posterioridad a la empresa y que se afilien al sindicato, siéndoles aplicables las cláusulas del convenio desde que se afilian.

Como en el caso anterior, en este caso también los beneficios y condiciones que se desprenden del texto del convenio colectivo no les son aplicables a los trabajadores de las empresas tercerizadoras, puesto que mantiene un vínculo laboral con esta y no con la principal.

Estas dos experiencias se podrían resumir en el siguiente cuadro:

CUADRO N°. 06: APLICACIÓN DE LAS CLAUSULAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE MYSRL Y GOLD FIELDS A LOS TRABAJADORES DE LAS TERCERIZADORAS

¿Les son aplicables los beneficios de los convenios a los trabajadores de las tercerizadoras?

MYSRL	NO
GOLD FIELDS	NO

Interpretación del cuadro N° 06

Sobre la base del análisis de los convenios colectivos suscritos tanto por MYSRL como por Gold Fields y sus respectivos sindicatos de trabajadores, se colige que en ninguno de los dos casos los beneficios y mejores condiciones que emanan de los referidos convenios son de aplicación extensiva a los trabajadores de las empresas tercerizadoras, ello en la medida que se encuentra taxativamente prescrito en aquellos que solo serán beneficiados por los convenios los trabajadores afiliados al sindicato de las empresas con contrato vigente a la fecha de suscripción del convenio y los que con posterioridad se incorporen a la empresa y se afilien al sindicato.

En general no les son aplicables los beneficios de los convenios a los trabajadores de las tercerizadoras puesto que éstos no mantienen un vínculo laboral directo con la empresa principal –las mineras-, sino que más bien son contratados por la tercerizadora para desarrollar una determinada labor.

Si bien la autonomía empresarial y el carácter vinculante del convenio colectivo para las partes²⁸ hace difícil obligar a las empresas principales a hacer extensivos estos beneficios, consideramos que en aplicación del bloque de convencionalidad, conformado por los convenios de la OIT Ns 87²⁹ y 98³⁰, es posible que durante la negociación colectiva se aborde este tema, y porque no incluir determinadas cláusulas al respecto, regulando su utilización por parte de la empresa principal, dejamos constancia que ello dependerá de la negociación y el acuerdo al que arriben tanto empresa como sindicato, siendo estos autónomos para acoger tales acuerdos o no, en virtud del principio de negociación libre y voluntaria prescrito en el artículo 4 del propio convenio 98.

²⁸ Art. 42 del DS 010-2003, "La convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliqa a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza". (negrita y subrayado agregado).

²⁹ Desarrolla todo lo concerniente a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización. Mediante este convenio se reconoce el derecho -tanto para empleadores como para los trabajadores- de constituir las organizaciones que estimen convenientes en defensa de sus derechos e intereses, así como el de afiliarse a las mismas.

³⁰ Introduce a nuestro sistema jurídico laboral colectivo las pautas para la protección efectiva de los derechos de los trabajadores contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo y su estabilidad en el mismo.

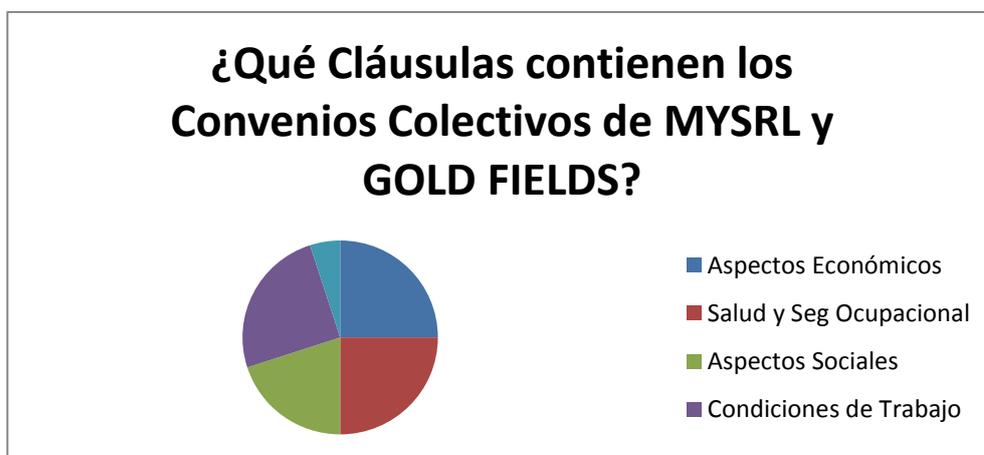
En este entendido, resulta necesario reconocer que la decisión de descentralizar una unidad productiva del iter de producción de la empresa principal finalmente recae en esta; en otras palabras el gremio sindical por más mayoritario y sólido que sea no puede confrontar ni obligar a la empresa principal para que no descentralice una unidad de producción, pues ello sencillamente sería inútil.

Muy por el contrario lo que puede hacer es utilizar el convenio colectivo –como herramienta legal- para prescribir una serie de límites y restricciones a la empresa principal para que se tomen en cuenta al momento de que decida tercerizar alguna unidad de su producción, por ejemplo un mínimo de trabajadores de empresas tercerizadoras, la prohibición de tercerizar determinadas unidades de producción, el traspaso de un trabajador de la empresa tercerizadora a la principal luego de cierto tiempo de labores, entre otros.

De la lectura de los convenios colectivos se resalta que los sindicatos han puesto mayor énfasis y fuerza en la obtención de mejores ventajas y beneficios económicos antes que en lograr imponer determinadas barreras o límites para que determinadas áreas se descentralicen.

Entrando al análisis de nuestra muestra tenemos que en los convenios colectivos de las empresas MYSRL y Gold Fields no existe ninguna cláusula que tenga por finalidad proteger a los trabajadores de las empresas tercerizadoras, es más no hay una sola clausula destinada a la tercerización de servicios, ello según se muestra en el siguiente gráfico:

GRAFICO NO. 01: CLAUSULAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE MYSRL Y GOLD FIELDS



Interpretación del Grafico 01

Según se desprende, resulta evidente que todas las cláusulas contenidas en los convenios colectivos tanto de Gold Fields como en el de MYSRL se refieren netamente a asuntos patrimoniales o económicos, vinculados con la mejora de condiciones y beneficios laborales; siendo que en ninguna de ellas se aborda el tema de tercerización de servicios. Por lo cual, estando a que la participación de sindicato se da mediante su intervención en la negociación del pliego de reclamos, colegimos que la participación de estos es nula en cuanto al tema de la tercerización de servicios.

Ahora bien un aspecto que no debe pasar desapercibido es el tipo de negociación que se viene utilizando para gestionar los pliegos de reclamos de los trabajadores y su vinculación con la funcionalidad de los derechos laborales. La gran mayoría de negociaciones se realizan desde un nivel de sindicato de empresa, en el cual como ya se ha indicado no están incorporados los trabajadores de las tercerizadoras, por ello resulta nocivo y poco eficiente para la funcionalidad de los derechos de estos trabajadores. Esta es la razón por la cual consideramos que se debe migrar hacia un tipo de negociación distinto, mediante el cual se busque una mejor protección de este sector de trabajadores, como puede ser una negociación desde el nivel de rama de actividad, en el cual participarían y se encontrarían representados todos los

trabajadores que se dediquen a una misma actividad económica, y consecuentemente se verán favorecidos con los beneficios que se obtengan, independientemente de quienes sean sus empleadores o si mantengan o no vínculo laboral vigente con estos.

Sin embargo, la negociación a nivel de rama de actividad depende de la voluntad que tengan en ello, la empresa principal y el respectivo gremio sindical, esto en virtud del principio de negociación libre y voluntaria.

Asimismo, no se debe perder de vista que de conformidad con el artículo 45 del D.S 010-2003-TR³¹, las partes de común acuerdo decidirán el nivel de negociación y en caso no medie acuerdo la negociación se llevará a nivel de empresa, con lo cual en un escenario de falta de acuerdo no resultará posible imponer la obligación a los empleadores a negociar a un nivel distinto del de empresa.

Cabe advertir que el Tribunal Constitucional en la STC N° 03561-2009-PA/TC de fecha 17 de agosto de 2009, ha insinuado, aunque sin pronunciamiento expreso, la inconstitucionalidad de la parte del artículo 45 que señala “A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa”, en los siguientes términos:

“Dicha frase resulta inconstitucional no solo porque contraviene la libertad para decidir el nivel de negociación sino porque lesiona el derecho de negociación colectiva, pues ninguna ley puede fijar imperativamente el nivel de negociación, tal como ocurre con la frase referida”

La negociación a nivel de rama de actividad en los casos de tercerización se viene fortaleciendo en nuestro medio, al extremo que la Autoridad de Trabajo, ha emitido un precedente vinculante sobre el particular. Se trata de la RD N° 021-2011/MTPE/2/14, suscrita por el Director General de Trabajo, Christian Sánchez Reyes, y mediante la cual se reconoce a los trabajadores de

³¹ Artículo 45.- Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa. (...)

contratistas el derecho de negociar colectivamente a nivel de rama de actividad **en el sector telecomunicaciones.**

De la lectura de este importante precedente administrativo se lee: *"Solo de esta manera será posible la existencia de un sistema de relaciones laborales democrático, pues mientras existe pleno reconocimiento de la libertad empresarial de escindir partes del proceso productivo, habrá 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",*

Se lee también que el artículo 5 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que establece el listado de tipos de sindicatos, ha quedado anacrónico: *"Como queda evidenciado, la LRCT en este punto ha quedado claramente desfasada, no preveyendo un supuesto de regulación absolutamente actual, cual es la negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva", refiere la norma suscrita por el director general de Trabajo."*

Esta disposición administrativa es de relevante trascendencia para la presente investigación por cuanto pretende establecer cierto equilibrio entre el derecho de las principales para que cuando lo consideren oportuno tercericen cierta unidad de su producción y el derecho sindical de los trabajadores. Al respecto el Dr. José Ignacio Castro refirió: *"La nueva interpretación adoptada por el MTPE, respecto al Art. 5 de la LRCT y la descentralización productiva, se encuentra acorde con el mandato constitucional de fomentar la negociación colectiva en el país"* agregó *"Esta decisión, en adelante, podrá ser extensiva también para contratistas de cualquier otro sector o actividad"*. (Avalos 2011, 15)

Para finalizar este acápite es importante decir que somos partícipes de que esta experiencia y precedente administrativo aprobado para el sector telecomunicaciones sea replicado por todos los trabajadores tercerizados de otros rubros, de tal forma que sus derechos sean protegidos más eficientemente, esto sin la afectación de los derechos patrimoniales de las empresas tercerizadoras y principales.

3.3 Intermediación v.s Tercerización: críticas desde los requisitos establecidos para su constitución y funcionamiento.

El último aspecto, no menos importante que los demás, que hemos considerado para contrastar nuestra hipótesis y demostrar que la ley de tercerización tiene influencia directa en la no funcionalidad de los derechos de los trabajadores tiene que ver con la protección que de los derechos laborales se realiza en la tercerización y en la intermediación, desde el punto de vista de los requisitos exigidos para su constitución y funcionamiento como tales.

Se ha tomado como referencia, la Ley de tercerización, su reglamento y la ley de intermediación laboral, de cuya contrastación se desprenden –a nuestro juicio- importantes diferencias en cuanto a los requisitos que les son exigibles a una y a otra para insertarse en el mercado y para desarrollar válidamente su objeto social dentro del mismo.

En el cuadro que presentamos a continuación hemos considerado cuatro variables o requisitos que van a servir para aterrizar en la diferenciación de estas instituciones jurídicas:

CUADRO 7. INTERMEDIACIÓN VS. TERCERIZACIÓN

REQUISITOS	TERCERIZACIÓN (Ley 29245 y su Rgto. D.S 006-2006-TR)	INTERMEDIACIÓN (Ley 27626)
Tipo societario	Es válido que se constituyan bajo cualquier tipo societario (incluida la E.I.R.L), pues la ley no prescribe nada al respecto.	Art. 2: Sólo podrá prestarse por sociedades constituidas de acuerdo a la Ley General de Sociedades o como Cooperativas. Se excluye a la E.I.R.L
Objeto social	La tercerizadora podrá dedicarse a varias actividades como objeto social, pues la ley no dice nada al respecto.	Art. 2: Tendrá como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral.
Capital mínimo	En tanto se permite que se constituya bajo cualquier tipo societario, será admisible que se pague como mínimo el 25% del capital.	Art. 14: Deberán acreditar un capital social suscrito y pagado no menor al valor de cuarenta y cinco (45) Unidades Impositivas Tributarias.
Del Registro Administrativo	Art. 9 del Rgto. Se tienen por inscritas en el registro las empresas tercerizadoras que registren el desplazamiento de su personal a empresas principales en su planilla electrónica.	Art. 13: La inscripción en el Registro es un requisito esencial para el inicio y desarrollo de las actividades, quedando sujeta la vigencia de su autorización a la subsistencia de su Registro. En el artículo 14 se establecen los requisitos a presentar para la obtención del registro.
Supuestos de procedencia	Art. 3. Se admite la tercerización, entre otros , los contratos de gerencia, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte del proceso productivo. La ley respecto a la tercerización de actividades principales no dice nada al respecto. Es el reglamento el que admite este supuesto.	Art. 3.- sólo procede en supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización. Los trabajadores destacados no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de la usuaria.

*Elaboración propia.

En cuanto al tipo societario tenemos que en el caso de la intermediación, estos servicios deberán ser prestados por empresas constituidas como personas jurídicas de acuerdo a la Ley General de Sociedades o como Cooperativas, con

lo se excluye como intermediadoras a aquellas empresas que se hayan constituido como E.I.R.L, esto en la medida que este régimen especial se regula por una ley propia y no se encuentra bajo los alcances de la Ley General de sociedades, mientras que en el caso de la tercerización no se ha hecho distingo alguno al respecto, siendo por tanto válido que una empresa constituida bajo el régimen E.I.R.L.

Con respecto al objeto social, las intermediadoras tienen como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral, es decir, no podrán incorporar dentro de su escritura pública de constitución actividades adicionales a las de intermediación. En el caso de la tercerización la norma no prescribió nada al respecto, admitiéndose por tanto que estas empresas si puedan incorporar actividades adicionales a la tercerización.

A las empresas de intermediación se les exigen un capital suscrito y **pagado** de por lo menos 45 UITs, mientras que en el caso de las tercerizadoras no existe artículo alguno que establezca un capital mínimo, en consecuencia, al haber establecido que se pueden constituir bajo cualquier forma societaria podrán suscribir el 100% de su capital social y solo tendrán la obligación de pagar el 25% del mismo, tal como lo dispone el artículo 52 de la Ley General de Sociedades.

Sin embargo, a pesar de que la ley establecía la creación de un registro administrativo en el cual las empresas tercerizadoras debían **obligatoriamente** inscribirse si decidían iniciar y desarrollar sus actividades dentro del rubro de la tercerización de servicios, nuevamente el reglamento en su afán “flexibilizador” prescribió que ya no era necesario tal registro administrativo a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, sino que solamente era suficiente que las empresas tercerizadoras registren el desplazamiento de sus trabajadores en la planilla electrónica, con lo cual se las tendrá como registradas y aptas para prestar servicios de tercerización de servicios. Tal como se advierte el reglamento, contraviniendo la propia ley pondera los derechos empresariales antes que los de los trabajadores.

En cuanto al registro administrativo, este aspecto ya ha sido ampliamente desarrollado en líneas precedentes, siendo importante solo mencionar que las empresas intermediadoras si tienen la obligación de inscribirse en él; en caso contrario no podrán funcionar como tal. Mientras que en el caso de la tercerización de servicios, el reglamento –contraviniendo el propio texto de la ley prescribe que el registro administrativo tiene carácter negativo.

Finalmente en cuanto a los supuestos de procedencia, la ley de intermediación ha establecido de forma clara, sin dar pie a interpretaciones y ambigüedades, que esta solo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad y especialidad, proscribiéndose que los trabajadores destacados **presten servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de la usuaria**. Mientras que en el caso de la tercerización del análisis de la ley no existe claro que se puedan tercerizar o no actividades principales, siendo que el reglamento dispone que si es factible que se tercericen las actividades principales, yendo incluso con la voluntad legislativa plasmada en el dictamen. Asimismo, en el artículo 2 de la Ley 28245 con la formula legislativa “entre otros” se ha dejado la puerta abierta para que cualquier empleador inescrupuloso utilice la tercerización como una forma de reducir costos a costa de los derechos laborales.

POSTERIORES:

Conclusiones

a) La primera conclusión a la que podemos arribar es que el derecho no puede estar ajeno a los cambios y avances sociales. De esta forma dado el contexto de globalización actual es necesario incorporar mecanismos jurídicos que de una u otra forma permitan que las empresas permanezcan en el mercado, siendo productivas y generando dinamismo económico y mayores puestos de trabajo.

b) La tercerización de servicios es una forma válida de cooperación empresarial que surge en este clima de adecuación a los cambios producidos por la globalización, y trae consigo la flexibilización y triangulación de las relaciones laborales; por lo cual urge una norma correctamente elaborada y eficaz en la protección tanto de los intereses de los empresarios como de los derechos –individuales y colectivos de los trabajadores-, logrando de esta forma un equilibrio normativo.

c) En nuestro país la normatividad (ley, ley aclaratoria y reglamento), sobre tercerización de servicios es ineficaz en la protección de los derechos laborales que la norma que la regula es deficiente tanto en la forma como en el fondo. En la forma en lo que se refiere a la ausencia de claridad para establecer los supuestos en los que procede (sin admitir interpretaciones antojadizas), y las características y elementos para su válida configuración; y en el fondo porque el reglamento (contraviniendo a la ley y sin observar el proyecto ni el dictamen) admite la posibilidad de que las actividades neurálgicas de la principal puedan ser tercerizadas, lo cual –a nuestro modo de ver- desnaturaliza esta forma de vinculación empresarial. Asimismo es ineficaz en el fondo por cuanto no prescribe herramientas suficientes para la protección efectiva de los derechos de los trabajadores.

d) La tercerización de servicios correctamente aplicada es saludable y no sería sensato pensar en proscribirla; sin embargo, lo que se cuestiona en la

presente investigación es que la ley en tanto ineficiente, facilita su utilización fraudulenta en perjuicio de los trabajadores.

Recomendaciones

- En la medida que se ha demostrado la ineficacia de la normatividad sobre tercerización en perjuicio de la funcionalidad de los derechos de los trabajadores, urge una modificación de la misma con la finalidad de regularla de mejor manera en búsqueda del equilibrio normativo para satisfacer tanto a los intereses y derechos de los empresarios como de los trabajadores. Para ello se deberá tener en cuenta los antecedentes legislativos en nuestro derecho interno, así como el tratamiento en el derecho comparado.

Cabe agregar que no se tiene que llegar a la rigidez prescrita en Ecuador al prohibir la tercerización de servicios o cualquier otra forma de descentralización productiva, sino que se debe pugnar por una norma moderna y que establezca garantías y candados a favor de los trabajadores, quienes históricamente son la parte más débil de la relación laboral. No se debe perder de vista que esta reforma legislativa que se recomienda es de vital importancia, pues se ha demostrado que la norma actual es ineficaz.

En consecuencia, dado que la reforma es necesaria no nos ubicamos en lo que Federico Carpi, denomina “orgia legislativa”, -recurrir a excesivas reformas legislativas es equivalente a la solución de aquellos doctores que, para curar de la mejor manera posible a un enfermo grave, le suministran tal cantidad de medicinas que terminan por reducirle aún más la vida-.

- Se ha establecido un precedente administrativo emitido por la autoridad de trabajo, mediante el cual se faculta a los trabajadores de las empresas tercerizadoras del rubro de telecomunicaciones para que negocien en nivel de rama de actividad.

Esta misma lógica se tendría que seguir en los demás casos de tercerización de servicios, dejando de lado el nivel de empresa –con el cual no tienen posibilidad de obtener beneficio alguno- y empezar a constituir sindicatos de rama de actividad, en los cuales participarían y se encontrarían representados todos los trabajadores que se dediquen a una misma actividad económica, y consecuentemente se verán favorecidos con los beneficios que se obtengan,

independientemente de quienes sean sus empleadores o si mantengan o no vinculo laboral vigente con estos.

Esta negociación sindical mediante nivel de rama de actividad, tendrá sustento además en los convenios 87 y 98 de la OIT, mediante los cuales se protege preferentemente a la libertad sindical y al derecho de sindicalización, además se pugna por la protección efectiva de los derechos de los trabajadores contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo y su estabilidad en el mismo. Los cuales forman parte del bloque de convencionalidad y según la cuarta disposición final y transitoria de nuestra constitución forman parte de nuestro derecho interno.

LISTA DE REFERENCIAS

- Arévalo Vela, Javier. *Derecho Colectivo del trabajo*. Lima : Grijley, 2005.
- Avalos, María. «MTPE. Sector Trabajo dicta importante precedente administrativo.» *El peruano*, 06 de Junio de 2011: 15.
- Benavides Torres, Eduardo. «“Contratación Moderna e Inversión Extranjera en el Perú” .» *Themis-Revista de Derecho*, nº 33 (1996): 45-56.
- Bronstein, Arturo. «La subcontratación Laboral.» *Cuadernos de Integración Andina N° 20*, 2007: 21.
- Castello, Alejandro. «La Subcontratación y las relaciones de trabajo en Uruguay .» *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2009: 53-87.
- . *Responsabilidad Solidaria en el Derecho de Trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2004.
- Comercio, Diario El. *El Comercio*. 2007. <http://elcomercio.pe/edicionimpresa/html/20070-07-14/imEcEconomia07538447.html>. (último acceso: 14 de mayo de 2011).
- Comercio, El. s.f.
- Cruz Villalón, Jesús. «La Sindicalización en los procesos de descentralización productiva.» *Soluciones Laborales N° 23*, 2009: 32-34.
- Donayre, José. «Outsourcing.» *Bussines. Negocios en el Perú N° 34*, 1997: 13-22.
- Ermida uriarte, Oscar. *Los Derechos Laborales ante la Tercerización*. Buenos Aires: Editorial Bomarzo-Latinoamericana, 2009.
- Ermida Uriarte, Oscar, y Natalia Colotuzzo. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. Uruguay: Organización Internacional de Trabajo, 2009.
- Gamarra Vilchez, Leopoldo. «Comentarios a la Ley que regula los servicios de tercerización y las razones que justifican su promulgación.» *Actualidad Jurídica*, 2008: 35-46.
- Gomez Valdez, Francisco. *Derecho del trabajo. Relaciones Colectivas del Trabajo* . Lima : San Marcos , 2001.
- Gómez Valdez, Francisco. «un breve comentario a la Ley que regula los servicios de Terceiación.» *Actualidad Juridica/Tomo 175*, 2008: 342-353.
- Gonzáles Hunt, César. «Reflexiones sobre la Intermediación Laboral y Tercerización en el Perú.» *CONADEL: Primer Congreso Nacional de Derecho Laboral y Procesal Laboral*. Chiclayo: Universidad Pedro Ruiz Gallo, 2008. 107-125.
- Instituto Sindical para América Central y el Caribe. *La Tercerización en el Empleo y propuestas para regularla*. Managua, Nicaragua: RL Soluciones , 2011.

- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1987.
- Laborales, Soluciones. «La Sindicalización en los procesos de Descentralización Productiva.» *Soluciones Laborales*, 2009: 32-33.
- Latorre, Angel. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Ariel, 1968.
- Mesinas Montero, Alvaro y Garcia Manrique, Federico. *Problemas y soluciones laborales*. Lima : Gaceta Juridica , 2008.
- Neves Mujica, Javier. «Consideraciones respecto a la Tercerización Laboral.» Cuestionario, 2010.
- Neves Mujica, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: Fondo Social de la PUCP, 2009.
- Neves Mujica, Javier; Arce Ortiz, Elmer. *La batalla de los Intereses y la Conquista de los objetivos en el Derecho Laboral Peruano. Lo que está detrás de la voluntad dlegislativa*. Lima: Palestra Editores S.A.C, 2011.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1987.
- Orsatti, Gerardo Castillo y Álvaro. *Enfoques sindicales sobre la contratación*. Madrid: Tecnos, 2008.
- Parédes Neyra, Iván. *La Ley que regula los servicios de Tercerización ¿El remedio peor que la enfermedad?* Lima: Gaceta Juridica, 2008.
- Pasco Cosmópolis, Mario. *Outsourcing, subcontratación e intemediación laboral*. s.f.
<http://sitios.poder-judicial.go.cr/sala-segunda/revistasalasegunda/articulo10rev-3.htm> (último acceso: 16 de abril de 2014).
- Rivero Lamas, Juan. «La descentralización productiva y las nuevas formas orgganizativas de trabajo.» *Ponencia General presentada en el X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Zaragoza: Sociedad Española de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, 1999. 22-35.
- Rodriguez Guerra, Luciana. *Observatorio Boliviano de Empleo y Seguridad Social*. 25 de febrero de 2010. <http://cedia.org/obess/node/2317>.
- Rodriguez, Americo Pla. *La Descentralización Empresarial y el Derecho de Trabajo*. Montevideo: FCU, 2000.
- Rubio Correa, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1993.
- Rubio Correa, Marcial. «La vigencia y validez de la normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.» *Themis*, 2007: 9.
- Sánchez Fierro, Julio. «El Fenomeno de la Descentralización Productiva.» *Cesión de Trabajadores. Empresas de tiempo Temporal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial Español, 1994. 10.

Sánchez-Castañeda, Alfredo. *La Subcontratación: Un fenómeno Global*. Mexico D.F: instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

Sanguinetti Raymond, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo* . Lima: Gaceta Jurídica , 2007.

Sanguinetti Raymond, Wilfredo. «Efectos laborales en la subcontratación de actividades productivas.» *Laborem*N° 09 SPDTSS, 2010: 153- 171.

— . *El Blog de Wilfredo Sanguinetti*. Noviembre de 2008.

<http://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2008/11/wsr-outsourcing-y-principios-dt-wsanguinetti-version-actualizada.pdf> (último acceso: 12 de junio de 2011).

— . *El Blog de Wilfredo Sanguinetti Raymond*. Setiembre de 2008.

<http://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2008/09/descentralizacion-productiva.pdf> (último acceso: 10 de junio de 2011).

Toyama, Jorge y Vinatea, Luis. *Los Convenios Colectivos en el Perú* . Lima: Gaceta Jurídica, 2009.

TRABAJO-GINEBRA, OFICINA INTERNACIONAL DE. «CONFERENCIA INTERAMERICANA DEL TRABAJO.» *LIBERTAD SINDICAL Y NEGOCIACION COLECTIVA*. GINEBRA: OIT, 1994. 37.

Zela Villegas, Aldo. *La tutela Preventiva de los Derechos*. Lima: Palestra Editores S.A.C, 2008.

ANEXOS

ANEXO 1: Informe del Dr. Neves Mujica respecto los elementos de la tercerización:

Lima, 18 de enero de 2010

Señores
Minera Yanacocha SRL
Presente.-

Atención: Doctor Raúl Valera

De mi consideración:

Es grato dirigirme a ustedes con la finalidad de absolver el cuestionario que han tenido a bien formularme. Transcribo primero las dos preguntas y seguidamente mi opinión al respecto.

1. *¿De acuerdo con las normas laborales, la sola falta de existencia de activos de propiedad de la tercerizadora (relacionados con la actividad que se desarrolla) determina que la tercerización se desnaturalice o es necesario analizar otros requisitos y características de la tercerización?*

1.1 El artículo 2 de la Ley 29245 establece –en mi concepto- dos tipos de elementos que permiten calificar una actividad como de tercerización: los esenciales y los característicos. A los primeros alude en el primer párrafo de dicho precepto. Son: 1) asumir los servicios por su cuenta y riesgo, 2) contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, 3) tener la responsabilidad por los resultados de sus actividades y 4) tener a sus trabajadores bajo su exclusiva subordinación. Todos ellos son configuradores de la autonomía empresarial, que es el factor que busca garantizar el ordenamiento. La enumeración es taxativa. Los cuatro elementos son, además, copulativos, como precisa el artículo 3 del Decreto Supremo 006-2008-TR, reglamento de la ley, por lo que la presencia simultánea de todos y cada uno de ellos –y, a la vez, solo de ellos- resulta indispensable para identificar cuándo estamos ante una tercerización. Si faltara alguno de ellos se produciría la desnaturalización de la tercerización y, de haber habido desplazamiento continuo de trabajadores de la empresa tercerizadora a la principal, se entendería que el vínculo laboral se ha entablado con esta y no con aquella (artículo 5 de la Ley 29245, artículo 3 del Decreto Legislativo 1038 y artículos 3 y 5 del Decreto Supremo 006-2008-TR).

1.2 Los segundos –los característicos- se encuentran mencionados en el segundo párrafo del artículo citado en el punto anterior. En este caso, a diferencia del analizado previamente, de un lado, la lista es abierta y, del otro, es relativa. Los elementos nombrados por el referido artículo 2 de la ley son: 1) tener pluralidad de clientes, 2) contar con equipamiento, 3) tener inversión de capital y 4) ser retribuido por obra o servicio. Sin embargo, el propio precepto los comprende en

una enumeración que se inicia con la frase “entre otros”, que resalta su carácter abierto. Otros elementos afines, encaminados a detectar la autonomía empresarial de la tercerizadora, podrían ser empleados por los organismos administrativos o jurisdiccionales en su evaluación de cada caso concreto. Asimismo, son elementos relativos porque el propio ordenamiento ha señalado que, en algunos casos, podrían ponderarse o incluso no considerarse: el elemento más extremo en este sentido es el de la pluralidad de clientes que el Decreto Legislativo permite no tomarlo en cuenta en las empresas que recién se constituyan y también en las más antiguas, “en casos excepcionales, por razones objetivas y demostrables” (artículo 1 del Decreto Legislativo 1038). Pero esta situación afecta a todos los elementos, en el tratamiento que les proporciona el reglamento en su artículo 4, que los califica como meros indicios.

1.3 Si la inexistencia de activos a que hace referencia su pregunta significara ausencia de bienes materiales, tendríamos que determinar si la empresa tercerizadora cuenta con recursos financieros o técnicos. Si careciera de todos ellos, incumpliría un elemento esencial y, por tanto, se desnaturalizaría la tercerización, con las consecuencias previstas por el ordenamiento, que ya hemos mencionado. Pero, dado que el artículo 2 de la Ley 29245 utiliza el conector disyuntivo “o” –y no el conjuntivo “y”-bastaría que se contara con alguno de los recursos señalados en la ley para que se cumpliera el requisito exigido por ella, siempre que se pudiera probar la autonomía empresarial.

1.4 Si, en cambio, la ausencia de activos fuera subsumible en los elementos característicos de equipamiento o inversión de capital, tendría que ser apreciada “considerando la 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 tercerizadora” (artículo 4 del Decreto Supremo 006-2008-TR).

2. Ha habido un acta de inspección laboral pues el Ministerio de Trabajo abrió una orden de inspección y antes de que se iniciara el proceso sancionador, los trabajadores –que promovieron la denuncia inspectiva- se desistieron y pidieron el archivamiento del caso, cosa que el Ministerio hizo (es decir no hubo proceso sancionador y el empleador no tuvo oportunidad para defenderse). Ante ello los trabajadores han iniciado procesos judiciales donde han presentado como prueba central esta acta de inspección. ¿Qué valor tiene en un proceso judicial esta acta?

2.1 La actuación inspectiva puede tener su origen, como en este caso, en una denuncia presentada por los que se consideren afectados (artículo 12, inciso c de la Ley 28806). Nada impediría que luego de interpuesta ella, se desistieran y se archivara el procedimiento.

2.2 Si el desestimiento ocurriera después de levantada el Acta de Infracción, pero antes de iniciado el procedimiento sancionador, las posibilidades de actuación del empleador en el procedimiento se verían evidentemente disminuidas, respecto del supuesto en que el procedimiento culminara. Ello porque el empleador no podría formular su descargo sobre las imputaciones que se le hubieran atribuido en el Acta de Infracción, como lo prevén los incisos b) y c)

del artículo 45 de la Ley 28806. Este derecho opera en instancia plural (artículo 49 de la Ley 28806).

- 2.3 El valor probatorio que podría tener en este caso la mencionada Acta de Infracción en un eventual proceso judicial posterior sería relativo, en primer lugar, porque si bien el empleador ha podido actuar en la primera etapa de investigación o comprobación, no ha podido hacerlo en la segunda, de sanción, lo que conlleva una importante limitación a su derecho de defensa. En segundo lugar, el propio desestimiento de los trabajadores podría configurar, especialmente si la denuncia hubiera sido interpuesta por la organización sindical, un indicio de que los denunciantes consideran que los hechos no revisten particular gravedad.
- 2.4 Según la Ley 26636 –la todavía vigente Ley Procesal del Trabajo- los medios probatorios buscan “acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los hechos controvertidos y fundamentar sus decisiones” (artículo 25). Para ello: “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada” (artículo 30). En este caso, pienso que la no culminación del procedimiento inspectivo, al haberse truncado la etapa sancionadora por el desestimiento de los trabajadores, ha privado al empleador del ejercicio pleno de su derecho de defensa y, con ello, ha restado fuerza probatoria al Acta de Infracción, que debería ser apreciada por el Juez considerando estos antecedentes y contexto.

A su disposición para cualquier precisión o ampliación, les saluda,

Atentamente


JAVIER NEVES MUJICA
ABOGADO
REG. C.A.L. 10457