

# La legislación laboral y la tercerización

Edgardo Balbín Torres

Profesor de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Sobre la tercerización y algunas de sus implicancias. III. Los problemas de la tercerización. IV. Sobre las acciones a nivel internacional para regular la tercerización. V. Las legislaciones nacionales y la responsabilidad solidaria.

## I. Introducción

Asistimos en la actualidad a un proceso de desajuste acelerado del equilibrio tradicionalmente establecido entre el capital y el trabajo, motivado por las mayores posibilidades de actuación y movimiento que la mundialización y la tecnología brindan al factor capital. Por cierto, el capital ha presentado desde siempre una tendencia natural a rehusar controles y cargas externas en el entendido que su libertad de actuación convierte en más eficiente su uso<sup>1</sup>. Pero, si bien las cargas y controles legales nunca han resultado del agrado de empresas y grandes corporaciones (que hoy impulsan su propio derecho a través de los “códigos de conducta”), la diferencia es que ahora cuentan con innumerables mecanismos para rehusarse sin incurrir en ilegalidades. Sin duda, la extrema movilidad de los capitales permite hoy a muchas empresas burlar los controles destinados a forjar una distribución equitativa de la renta empresarial -sectorial o nacional- y del bienestar en general.

Pues bien, aunque quizá no sea ese su propósito, ciertas formas de subcontratación o descentralización productiva han debilitado drásticamente la protección laboral y los efectos de dicho fenómeno se suman a otros factores similares que hacen a muchos identificar en el actual entorno el surgimiento de una “nueva cuestión social” distinta en matices, protagonistas y expresiones a la que más de cien años atrás motivó el surgimiento del derecho del trabajo. Y, es cierto, persisten y se agudizan graves desajustes en el sistema socioeconómico originados por severas desigualdades en cuanto a distribución o redistribución de derechos entre los ciudadanos. Como lo resume CASTEL, enfrentamos una nueva *dinámica desregulada de las desigualdades* que coloca en situación de riesgo al sistema<sup>2</sup>.

En gran número de países los efectos laborales de algún tipo de subcontratación laboral o descentralización

productiva han sido objeto de regulación legal de orientación protectora, normalmente destinada a garantizar los créditos laborales. En el Perú, la admisión de terceros en relaciones laborales tradicionalmente bipartitas ha sido prevista legalmente desde 1978 (con el Decreto Ley 22126) y a la fecha tenemos implementada una normativa compleja y rigurosa para la intermediación laboral (identificada normativamente como el destaque de trabajadores a la empresa usuraria para la prestación de servicios temporales, complementarios y especializados), sin que la tercerización (prestación autónoma de obras o servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas) haya sido objeto de norma alguna.

Aunque las iniciativas de regulación de los efectos laborales de la tercerización, que fijaban responsabilidad solidaria de las empresas implicadas, han sido múltiples y variadas, ninguna ha logrado cristalizarse aún y el apartado referido a este tema del Anteproyecto de Ley General del Trabajo tampoco logró consenso en las discusiones del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo. Los argumentos para esta inhibición legal respecto de la tercerización han consistido básicamente en reivindicar la libertad empresarial para organizar la producción en forma descentralizada sin que ello implique cargas, alegar la observancia de la regla cotidiana y jurídica de que cada empleador debe responder únicamente por sus trabajadores. Muchos entienden que una ley sobre la tercerización invade ilegítimamente la libertad de empresa y que es innecesario y absurdo que un empresario que usa servicios de otras empresas responda por los trabajadores de éstas.

A continuación, se ofrecen unas breves reflexiones acerca del fenómeno de la descentralización productiva o subcontratación laboral y de una de sus expresiones la tercerización- que carece de regulación legal en el Perú, y se aportan algunas ideas relativas a la necesidad de expedir una normativa sobre el tema.

<sup>(1)</sup> No es casual que las fuentes de derecho predominantes en las operaciones comerciales hayan sido la costumbre y los usos comerciales, esto es, prácticas generadas por las propias comunidades de comerciantes y que nuestra ley reguladora de las actividades comerciales (código de comercio) date de 1902 sin que su actualización motive gran interés.

<sup>(2)</sup> El desarrollo de este concepto puede verse en CASTEL, Robert. “Empleo, exclusión y nuevas cuestiones sociales”. En: *Desigualdad y globalización; cinco conferencias*. Compilador: Alain Touraine, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Sociales, 2001.

## II. Sobre la tercerización y algunas de sus implicancias.

La característica central del fenómeno de la subcontratación laboral o descentralización productiva es la enorme dificultad para aprehenderlo dadas las variadas expresiones que adopta, la variedad terminológica que presenta y su cada vez más rápida generalización en casi todas las unidades productivas, al margen del tamaño de la empresa o del sector de actividad. Por ejemplo, no obstante sus saltantes diferencias, constituyen supuestos de subcontratación o descentralización productiva la contrata, la intermediación laboral y el teletrabajo; en nuestro medio, el destaque de trabajadores de una empresa para prestar servicios en otra bajo mando de ésta (en la que lo que se subcontrata es la gestión del personal) se denomina intermediación laboral pero en Ecuador se conoce como tercerización; y, existe tercerización en la industria manufacturera, en el sector servicios y hasta en la Administración pública, cada una con una problemática específica. No obstante estas dificultades, con ayuda de valiosos trabajos sobre el particular, resaltaremos algunos aspectos del fenómeno.

Según CRUZ, la descentralización productiva puede ser entendida como una forma de organización del proceso de elaboración de bienes o servicios para el mercado final de consumo, en la que una empresa decide no asumir directamente ciertas fases del proceso productivo y las desplaza a terceras empresas o personas con quienes establece contratos<sup>3</sup>. La descentralización productiva involucra, entonces, una primera decisión empresarial de segmentar el proceso productivo y otras de externalizar e involucrar a terceros para que asuman alguna o algunas de las partes segmentadas de dicho proceso; ambas decisiones son perfectamente encuadrables dentro de las potestades empresariales de organización de la actividad productiva, núcleo duro de la libertad de empresa.

Esta última afirmación merece desde ya una precisión: si bien es innegable que la libertad de empresa fundamenta y legitima la decisión de descentralizar y definir los contornos de la organización, de esta afirmación no se desprende que dicha decisión deba mantenerse exenta de cargas legales o que la imposición de éstas resulte inconstitucional. La propia Constitución de 1993, al proclamar el modelo político de Estado social y democrático de derecho y el modelo económico de economía social de mercado, admite implícitamente intervenciones de corte social a la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libertad de contratar y contractual. Como lo ha señalado el TC, la cláusula de Estado social no sólo presenta una vertiente política,

sino también una vertiente jurídica que la conforma en "un criterio hermenéutico de las cláusulas constitucionales y del ordenamiento jurídico, en general; y (...) una institución determinante del contenido esencial de los derechos fundamentales". Agrega el TC que la cláusula de economía social de mercado impone al Estado un rol solidario que obliga a la intervención "cuando la realidad socioeconómica se haya desvinculado o, peor aún, contravenga directamente el bienestar social"<sup>4</sup>.

Definitivamente, innumerables son las intervenciones normativas que muchas áreas del derecho imponen a la libertad de empresa y a la libertad de contratar y contractual, pero debe observarse que el derecho del trabajo implica en sí mismo una intervención de la libertad de empresa, pues una de sus funciones centrales consiste justamente en racionalizar y con ello legitimar las potestades empresariales de dirección y control de los trabajadores en resguardo de su dignidad y para asegurar la continuidad del proceso productivo. En suma, como lo indica resumidamente SUPLOT en dos frases contundentes: "la libertad de empresa no se confunde con la libertad de los empresarios de hacer lo que quieran"<sup>5</sup>, porque "el reconocimiento jurídico de la empresa significa, al mismo tiempo, libertades y responsabilidades para los empresarios".

Perfilados y precisados el concepto y su fundamento habría que señalar a continuación que la descentralización productiva es un fenómeno que puede ser enfocado a nivel internacional o nacional. En tal sentido, podemos referirnos a una segmentación del proceso productivo internacional, cuya expresión son las multinacionales, y a una segmentación de alcance nacional, cuyas expresiones pueden ser múltiples pues, como lo indica CRUZ, abarcan la contrata y subcontrata, los grupos de empresa, la intermediación laboral, el trabajo autónomo, el teletrabajo o el trabajo a domicilio.

De hecho, el tema de las multinacionales o de la segmentación internacional de la producción se vincula al tema de la globalización o mundialización y plantea el problema, advertido por CARNOY, de la relación entre empresas poderosas (cuyo presupuesto supera en ocasiones el PBI de muchos países) y el poder regulador de los Estados, que en ocasiones se retrae ante estos insospechados "sujetos internacionales" con indiscutible poder económico y, muchas veces, político<sup>6</sup>. Justamente, la pérdida de control social sobre estas empresas ha afectado las competencias normativas de los Estados sobre el trabajo y los trabajadores y ha debilitado la función protectora de la normativa laboral estatal. Es en este contexto que, a modo de respuesta, se aprecian sostenidos esfuerzos por revalorizar el papel

<sup>3</sup>CRUZ VILLALON, Jesús: "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales". Madrid: *Revista de Trabajo y Seguridad Social* N° 13, 1994, pp. 8-9

<sup>4</sup>Fundamentos 42 y 44 de la STC recaída en el Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530

<sup>5</sup>SUPLOT, Alain. "Crítica del derecho del trabajo". Madrid: MTAS, 1996, pp. 206

<sup>6</sup>CARNOY, Martín. "El trabajo flexible en la era de la globalización". Madrid: *Alianza Editorial*, 2001, pp. 79 y ss.

de la normativa laboral internacional y, particularmente, de los convenios fundamentales de la OIT, procurando promover su ratificación y vigilar su aplicación efectiva. Junto con ello surgen también nuevos mecanismos autónomos de reglamentación como los códigos de conducta o las etiquetas laborales basados, antes que en la coacción estatal, en el autocontrol o control privado a través de la implicación de los sujetos alcanzados por dichas normas (stakeholders). Hay que ser concientes, como adverte ROMAGNIOLI, de que aún no es posible descifrar si este nuevo impulso al derecho laboral internacional o el recurso a normas en ocasiones libradas a la voluntad del sujeto obligado a cumplirlas como los códigos de conducta unilaterales- son parte de un proceso de adaptación trasnacional del derecho laboral orientado a conservar un núcleo duro de valores irrenunciables o, más bien, se trata de la progresiva reconducción de los derechos laborales estatales hacia la regulación de mínimos<sup>7</sup>. Definitivamente, y como lo advertía el autor antes citado, algunas experiencias nacionales demuestran que la noción de Estado puede quedar reducida a la expresión de intereses tolerables sólo en tanto no obstaculicen la libertad de circulación de mercancías y capitales<sup>8</sup>. No obstante la actualidad del tema de las multinacionales, nos enfocaremos en los supuestos de descentralización productiva a escala nacional.

La descentralización productiva o subcontratación a escala nacional es comúnmente considerada como una herramienta de adaptación empresarial al nuevo entorno competitivo. En tal sentido, puede cumplir una función de mecanismo de "flexibilización empresarial externa" que puede ser contrastada con los diversos mecanismos de "flexibilización empresarial interna" admitidos por cada legislación nacional.

Ciertamente, CRUZ establece un paralelo entre las formas de descentralización interempresarial o externa (tercerización en nuestros términos) y las formas de descentralización intraempresarial o interna, producto estas últimas de un proceso de flexibilización en la gestión facilitado por normas laborales que admiten al empresario múltiples posibilidades de contratación temporal, movilidad geográfica y funcional de los trabajadores y extinción de vínculos laborales. Según el citado autor, un modelo normativo con posibilidades de descentralización interna puede hacer innecesario recurrir a la descentralización externa o minimizar su uso<sup>9</sup>. La idea es que al contar con instrumentos de gestión flexible, que incluyen potestades de control directo de la actividad laboral (poder de dirección), el empresario podría no requerir de la descentralización externa que, si bien lo libera de la gestión administrativa del personal, debilita sus potestades de control sobre la actividad de los trabajadores (reduciéndola a la fijación

de controles y sanciones contractuales entre las empresas contratantes). Esta distinción es citada porque consideramos necesario advertir el significativo margen de flexibilidad para la gestión empresarial que se aprecia en nuestro medio.

En efecto, por un lado, la normativa nacional ofrece al empresario posibilidades amplias de descentralización interna en lo referido a contratación (al admitir la contratación temporal incluso en supuestos carentes de causalidad como el contrato por inicio o incremento de actividad o por exportaciones no tradicionales), gestión de la mano de obra (modificación unilateral del contrato de trabajo o *ius variandi*) y extinción indemnizada de contratos (aunque limitada por el TC en los supuestos en los que el amparo resulte un posible mecanismo de defensa); y, por otro, admite la descentralización productiva externa sin fijar un sistema de garantías mínimo para los trabajadores. Es innegable que en mercados dominados por una demanda variable deben realizarse esfuerzos por dotar de capacidad de reacción y de adaptación a las empresas, pero estos esfuerzos no pueden pasar por alto la necesidad de garantizar la protección de los derechos de los trabajadores y las posibilidades de que participen en la gestión empresarial a través de la acción colectiva. En suma, la potenciación de las facultades empresariales debe venir acompañada de una legislación que prevea garantías suficientes para resguardar los derechos de los trabajadores y una acción sindical que no encuentre freno en prácticas antisindicales impunes.

También es frecuente que la descentralización a escala nacional distinga entre formas de "subcontratación externa dependientes", con una empresa dominante que desgaja parcelas de producción a pequeñas empresas auxiliares ajenas al mercado, y "redes empresariales" locales, conformadas por una pluralidad de empresas que establecen entre ellas relaciones de cooperación<sup>10</sup>. La distinción también resulta relevante puesto que el grado de dependencia entre las empresas contratantes en ambos modelos de descentralización es diverso y puede que ello determine, a su vez, diferencias a considerar en cuanto a los potenciales supuestos de desprotección entre los trabajadores. A diferencia de las redes empresariales, los supuestos de subcontratación dependiente evidencian sobre todo la dependencia económica de los trabajadores de la unidad descentralizada respecto de la empresa dominante, y es muy frecuente que el incumplimiento de las obligaciones contractuales entre las empresas contratantes derive en un incumplimiento de las obligaciones salariales de los trabajadores de la empresa tercera.

Incluso, dentro del supuesto de la subcontratación

<sup>7</sup>ROMAGNIOLI, Umberto. "Globalización y Derecho del Trabajo". Albacete: *Revista de Derecho Social*, N.º. 5, Editorial Bomarzo, 1999, pp. 9 y ss.

<sup>8</sup>Ibid.

<sup>9</sup>CRUZ VILLALON, Jesús. *Op. Cit.*, pp. 10-11

<sup>10</sup>Ibid.

externa dependiente puede distinguirse el caso de la subcontratación que implica el traslado de trabajadores de la subcontratista a la empresa dominante, de aquellos casos en los que la fase del proceso productivo comprometido no hace necesario el destaque de trabajadores. Y aquí, las diferencias también pueden resultar sustanciales ya que el traslado del trabajador a una unidad productiva ajena cuestiona al menos la atribución de responsabilidad exclusiva en materia de salud y seguridad al empleador de los trabajadores destacados, pues ¿cómo podría el empleador de los trabajadores desplazados a otro centro de trabajo garantizar el cumplimiento de las obligaciones en materia de salud y seguridad de dichos trabajadores?

### III. Los problemas de la tercerización.-

Es cierto que toda esta complejidad podría dificultar el tratamiento normativo del tema, pero también es cierto que se trata de un fenómeno que objetivamente viene generando situaciones de desprotección que redundan en el menoscabo sustancial en el ejercicio efectivo de los derechos laborales. Al menos, es posible distinguir dos tipos de problemas que requieren de soluciones diversas.

En ocasiones, la subcontratación o descentralización es utilizada para ocultar relaciones laborales directas entre quien presta el servicio y quien lo aprovecha. En nuestro caso, el recurso fraudulento a las cooperativas de trabajadores y las contrataciones fantasmas, cuyo único propósito es ocultar la figura del verdadero empleador, han sido muestra clara de este fenómeno. Sin embargo, una medida normativa específica para remediar estos supuestos de fraude puede resultar innecesaria ya que este problema se inscribe dentro de la problemática general de la evasión de las normas laborales, cuya tutela corresponde a la inspección del trabajo<sup>11</sup>.

Pero, junto con estos problemas de fraude, comunes además a todas las normas laborales, también la tercerización legítimamente adoptada y aplicada ofrece problemas específicos.

Así, se ha señalado con frecuencia que la intervención de un tercero dificulta a los trabajadores la identificación del empleador, la determinación de sus derechos y merma el cumplimiento de las obligaciones laborales. Incluso, las formas de subcontratación que implican la intervención de cooperativas implican la expulsión de importantes grupos de trabajadores fuera del ámbito de aplicación de la normativa laboral, generando situaciones masivas de desprotección. Por otro lado, casi siempre la intervención de un tercero incide negativamente en el ejercicio del derecho de libertad sindical pues afecta la afiliación sindical al disminuir el

número potencial de trabajadores afiliados, induce a la dispersión de los trabajadores y de los empleadores en un mismo ámbito productivo dificultando la constitución de nuevas organizaciones sindicales o poniendo trabas a su subsistencia, fragmenta la negociación colectiva y disminuye su cobertura, etc. En todos estos casos, es posible que no exista fraude ni encubrimiento y que sin embargo se generen situaciones alarmantes de desprotección y precariedad<sup>12</sup>.

Como vemos, desde que la decisión legítima de tercerizar produce generalizados supuestos de desprotección y enerva en sí misma la efectividad de los derechos laborales fundamentales, una regulación que en la medida de lo indispensable busque reestablecer su efectividad se torna necesaria. Se trata, insistimos, de restituir el equilibrio desbordado mediante una intervención normativa limitada a lo imprescindible (y que no sustituya la labor que corresponde a los propios actores sociales), que mantenga las posibilidades de gestión empresarial, pero que a la vez asegure la dignidad de los trabajadores comprometidos en la actividad productiva.

### IV. Sobre las acciones a nivel internacional para regular la tercerización.-

En cumplimiento de su cometido de garantizar la efectividad de los principios y derechos fundamentales en el trabajo y promover el trabajo decente, la OIT ha mostrado un constante interés por la situación de los trabajadores subcontratados. No obstante, la actividad desplegada todavía no ha cristalizado un instrumento sobre este tema.

Debemos considerar previamente que algunos convenios resultan aplicables, directa o indirectamente, a este grupo de trabajadores, como sucede con el convenio num. 87 sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948), cuyo ámbito de aplicación incluye a los trabajadores sin ninguna distinción. Ello implica que las garantías del citado convenio resultan aplicables a todos los trabajadores, independientemente de si la prestación de servicios se lleva a cabo en virtud de un contrato laboral directo entre quien presta un servicio y quien lo aprovecha o si se articula bajo modalidades distintas que admitan la intervención de terceros. Otros convenios establecen disposiciones de aplicación directa al trabajo en régimen de subcontratación, como el Convenio núm. 167 sobre seguridad y salud en la construcción (1988), que contiene una disposición que trata en detalle el tema de la responsabilidad cuando dos o más empleadores realizan actividades de forma simultánea en la misma obra. De igual manera, las disposiciones del convenio num. 181 sobre agencias privadas de empleo pueden

<sup>(11)</sup> OIT: "El ámbito de la relación de trabajo"; Informe V sometido a la 91ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2003, p.11

<sup>(12)</sup> EGGGER, Philippe. "Trabajos en régimen de subcontratación y empleo: algunas propuestas iniciales". En OIT: *La subcontratación de mano de obra: algunas cuestiones*; serie: Educación Obrera, 1997/1-2, p. 4

resultar aplicables cuando dichas agencias emplean trabajadores con el fin de suministrarlos a una tercera empresa en circunstancias que, de acuerdo al convenio, califiquen como trabajo en régimen de subcontratación<sup>13</sup>.

Las discusiones dirigidas a conformar un instrumento que trate específicamente la situación de los trabajadores en régimen de subcontratación fue planteada por primera vez en 1997 y motivó la elaboración de un proyecto de convenio que abarcaba toda situación en la que el trabajo es ejecutado por una persona que no es trabajador del empleador, pero en condiciones de subordinación o dependencia muy próximas a las que se producen en un contrato de trabajo. Esto es, incluía las relaciones triangulares de trabajo en la que se involucra a una tercera parte que pone al trabajador a disposición de la empresa usuaria. El proyecto de convenio establecía que los Estados debían adoptar medidas para garantizar el pago de las sumas que se adeuden a los trabajadores en régimen de subcontratación por el trabajo realizado y las cotizaciones a la seguridad social, así como garantizar que se determinen claramente las responsabilidades relativas al cumplimiento de estas obligaciones económicas y el pago de indemnizaciones en caso de sufrir accidentes o enfermedades. El proyecto también imponía la obligación de promover la igualdad de trato entre los trabajadores en régimen de subcontratación y los trabajadores que tienen una relación de empleo reconocida, fomentar el derecho de sindicación y el derecho de negociación colectiva, el respeto de la edad mínima para admisión al empleo, la limitación del tiempo de trabajo y otras condiciones laborales.

Los trabajos realizados con posterioridad evidenciaron dificultades para determinar con claridad a los trabajadores necesitados de protección y definir los medios a emplear para procurarles una protección adecuada, y ello trasladó la discusión hacia el tema más genérico de la definición del ámbito de la relación de trabajo. En marzo de 2004, el Consejo de Administración decidió inscribir el tema en la orden del día de la 94ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, pero con vistas a la posible adopción de una recomendación internacional del trabajo. Hasta dicha fecha se ha elaborado y sometido a la Conferencia dos informes que, dentro de la problemática general de la relación de trabajo, tratan en forma específica el tema de las *relaciones de trabajo triangulares*, en las que los trabajadores de una empresa trabajan para una tercera persona a la cual su empleador ha acordado realizar un trabajo o prestar un servicio<sup>14</sup>.

Debe anotarse que las discusiones y trabajos llevados a cabo en el seno de la OIT nunca han desconocido los efectos nocivos que la tercerización produce sobre el ejercicio de ciertos derechos laborales. De hecho, todos los documentos llaman la atención sobre las dificultades de orden técnico que presentan las denominadas relaciones triangulares debido al hecho de que dos sujetos (empresa proveedora de los servicios y usuaria de los servicios) ejercen conjunta o separadamente las potestades que en circunstancias normales corresponden a un solo empleador. Igualmente, se ha puesto en evidencia las dudas que se generan sobre la identidad del verdadero empleador, y ha sido puesto en relieve el tema de los derechos de los trabajadores y la identidad del responsable por el cumplimiento de estos derechos. Por esta razón, la no cristalización de un convenio hasta la fecha no obedece, como a veces se piensa, al reconocimiento de que la decisión de subcontratar debe quedar librada de regulación y exenta de cargas, sino más bien a las dificultades que plantea la adopción de un instrumento internacional que debe mostrar aptitud para su ratificación por el mayor número de países.

En la última Conferencia Internacional del Trabajo (95.ª reunión, llevada a cabo entre el 31 de mayo y 16 de junio de 2006), se sometió a discusión un proyecto de Recomendación sobre la "relación de Trabajo" en cuyo punto 4º se establece que "*La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendentes: (...) c. establecer normas aplicables a las situaciones en las cuales un trabajador asalariado presta servicios en beneficio de una tercera persona, a fin de determinar con claridad quién es el empleador, cuáles son los derechos del trabajador y quién debe responder por ellos*". Luego de la discusión, el texto final del apartado de la Recomendación relativo al tema, aprobado por mayoría de los delegados, quedó como sigue: "*4º. La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a: d) Adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho*"<sup>15</sup>.

## V. Las legislaciones nacionales y la responsabilidad solidaria

En el campo de la legislación interna habría que anotar que en casi todos los países de la región andina la legislación laboral regula desde hace mucho tiempo la subcontratación de obras o servicios y, aunque con algunas limitaciones, las normas nacionales establecen la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las relaciones laborales de la contratista. En Bolivia, la

<sup>13</sup>EGGER, Philippe. *Op. Cit.*, p. 10

<sup>14</sup>El texto del último informe sobre "El ámbito de la relación de trabajo" puede ser consultado en la siguiente página web <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/reports.htm>

<sup>15</sup>Los delegados aprobaron la Recomendación sobre la relación de trabajo con 329 votos a favor, 94 en contra y 40 abstenciones.

responsabilidad solidaria alcanza solo al incumplimiento de la normativa sobre riesgos laborales, y en Colombia y Venezuela solo se activa si el contratista desarrolla actividades inherentes o conexas o que correspondan a actividades normales de la usuaria. Puede afirmarse, por tanto, que en estos países la legislación viene dando respuesta de alguna manera a la situación de desprotección que genera la tercerización. Sólo nuestro país adolece de regulación de rango legal para la subcontratación de obras o servicios, lo que no viene siendo entendido como una prohibición de recurrir a esta figura, sino más bien como la confirmación de que la organización del sistema productivo y el uso de los subcontratación dependen de la libre decisión del empleador, que no puede verse sujeta a limitaciones legales de ningún tipo.

Recordemos que sólo el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Intermediación laboral establecía que *“no constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas y subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación(...)”*.

Esta previsión, que motivó un intenso debate al considerarse que admitía formas de subcontratación que por su similitud con algunos supuestos de intermediación (servicios especializados y complementarios) podían ser usados para burlar los controles fijados para la intermediación laboral, fue finalmente materia de un proceso de acción popular en el que la judicatura peruana declaró la ilegalidad del artículo 4º por exceder las potestades reglamentarias.

Las perspectivas de reforma de nuestra legislación en lo que refiere a la tercerización se han centrado básicamente en dos proyectos de Ley. El primero, contenido en el texto del Anteproyecto del Ley General del Trabajo, propuesta de reforma integral de toda la legislación laboral peruana que incorpora dentro de sus disposiciones un apartado referido a la intermediación y tercerización. Recordemos que el Anteproyecto ha sido consensuado en un 72% por los actores sociales reunidos en el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, pero no obtuvo consenso en el Capítulo VII del Título I, relativo a la prestación de servicios con intervención de terceros.

El Anteproyecto señala que la prestación de servicios con intervención de terceros sólo es válida para los supuestos de subcontratación de personal para servicios temporales, servicios complementarios y en la subcontratación de obras y servicios, agregando que no

procede el destaque de personal para la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria, salvo que estos sean temporales. Agrega el Anteproyecto de LGT que en aplicación del principio de primacía de la realidad, la infracción a su normativa determina que los trabajadores destacados han tenido relación de trabajo con la empresa usuaria desde el inicio de su prestación de servicios y que es nula de pleno derecho la prestación de servicios con intervención de terceros cuando tenga por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores de la empresa usuaria o de las empresas prestadoras de servicios.

En cuanto a la subcontratación de obras o servicios, el proyecto señala que éstas serán admitidas siempre que la empresa contratista o subcontratista asuma las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, sea responsable por los resultados de sus actividades, y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. En este supuesto, se establece que la empresa que contrate o subcontrate con terceros la realización de obras o servicios correspondientes a su actividad principal es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social de los trabajadores de las contratistas y subcontratistas. La solidaridad se extiende por un año posterior a la terminación de las labores del trabajador en beneficio de la empresa contratante.

La segunda iniciativa fue presentada al Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo en el año 2004, a instancia de la representación gubernamental (MTPE). Los objetivos del proyecto eran cautelar la vida, salud y seguridad de trabajadores y disminuir conflictividad en importantes sectores de actividad estableciendo un sistema de controles previos y responsabilidades que garanticen el cumplimiento de obligaciones de pago. El proyecto de ley regulaba los contratos por los que una empresa contratista asume una parte del proceso productivo de otra o se compromete a ejecutar una obra o prestar un servicio en favor de otra empresa denominada principal, pero sólo cuando dichas actividades se desarrollasen en el centro de trabajo o de operaciones de la misma. Como mecanismo de protección, el proyecto establece responsabilidad solidaria de las empresas intervinientes en materia de salud y seguridad en el trabajo. Además, consagra el derecho de los trabajadores destacados a ser informados sobre la identidad de la empresa principal, las actividades a desarrollar, el lugar donde se prestarán los servicios y el número de trabajadores involucrados; e imponía a las empresas contratantes o usuarias la obligación de verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social y requerir el cumplimiento frente a cualquier denuncia. El incumplimiento de estas obligaciones formales genera responsabilidad solidaria en la empresa principal en

tanto que su cumplimiento generaba únicamente responsabilidad subsidiaria.

Como puede verse, las diferencias entre la propuesta contenida en el Anteproyecto de LGT y el proyecto del MTPE son variadas. El Anteproyecto no restringe expresamente la subcontratación de obras o servicios a aquellas formas que implican desplazamiento de trabajadores a la empresa usuaria y limita la responsabilidad solidaria a los supuestos en los que la contratista o subcontratista desempeñe la "actividad principal" (término cuyo contenido obliga a precisiones reglamentarias o jurisprudenciales). La propuesta del MTPE, en cambio, es expresa en regular únicamente los supuestos de subcontratación que involucraban el desplazamiento de trabajadores hacia la empresa usuaria y establece un régimen de responsabilidades basado en este hecho y no en el carácter principal o complementario de las actividades desarrolladas por la contratista.

Aunque con algunas diferencias, ambos proyectos intentan remediar el problema de la eventual desprotección de los créditos laborales recurriendo a la garantía de la responsabilidad solidaria o subsidiaria. El Anteproyecto de LGT atribuye responsabilidad solidaria a las empresas sin reparar en el tipo de beneficio adeudado, en tanto que el proyecto del MTPE limita la responsabilidad solidaria a las obligaciones en materia de salud y seguridad en el trabajo, reforzando la cobertura de otras disposiciones similares<sup>16</sup>. El proyecto el MTPE agrega el derecho de información para los trabajadores y el deber de control para el empresario, elementos indispensables para activar la tutela colectiva o hacer más efectiva la labor de control de la inspección del trabajo. En este extremo, el proyecto del MTPE condiciona la extensión de la responsabilidad solidaria al incumplimiento de estas garantías y señala que la empresa usuaria sólo podrá ser emplazada subsidiariamente de observarse las disposiciones del proyecto.

Como puede verse, ambas propuestas difieren y plantean un sistema de protección diverso: el Anteproyecto del LGT no extiende la cobertura de la responsabilidad solidaria a las contratistas o subcontratistas que desempeñen actividades especializadas que no constituyan actividad principal, aunque el servicio o la obra involucre el desplazamiento permanente de trabajadores a la usuaria; el proyecto del MTPE no extiende su régimen de responsabilidades (que incluye derecho de información para los trabajadores) a las contrataciones o subcontratas que, aunque sostengan la actividad principal de la usuaria, no implique el desplazamiento de trabajadores.

Al margen de estos aspectos, interesa señalar dos cosas que por su importancia merecen especial énfasis y que se desprenden de las legislaciones de los países andinos mencionados y los proyectos de ley reseñados. La primera es que, si bien los problemas específicos que genera la tercerización son múltiples, no todos son materia de una intervención normativa estatal. Por lo general, las legislaciones andinas y los proyectos de ley nacionales ponen especial atención en la eventual situación de desprotección que se origina cuando una obligación laboral, de salud y seguridad en el trabajo o de seguridad social queda sin sujeto obligado, sea porque se generan dudas sobre la figura del empleador y es difícil imputar las responsabilidades o porque el empleador formal no está en capacidad de afrontar su cumplimiento. Estas situaciones no son deseadas por el Derecho y menos aún por el derecho laboral, atendiendo a que muchas de las obligaciones a cargo de los empleadores satisfacen necesidades vitales de los trabajadores y realizan sus derechos fundamentales. Las afectaciones a la libertad sindical o las desigualdades salariales que se generan por efecto de la tercerización son materia, sólo en algunos casos, de menciones genéricas. En Venezuela, la legislación alude a la equiparación de beneficios entre los trabajadores de la subcontratista y los trabajadores de la usuaria; en Colombia se habla de no percibir un salario inferior del mínimo fijado para el sector y se señala que no se puede subcontratar para reemplazar a trabajadores en huelga. Por lo general, es la propia acción sindical y no la legislación- la que genera respuestas para afrontar estos problemas, sobre todo mediante la recuperación de la sindicación y negociación a nivel de rama o sector de actividad.

En segundo lugar, el objetivo de brindar cobertura a situaciones de desprotección originadas por la confusión acerca de la figura del empleador o su fragilidad económica es afrontado mediante el recurso a la responsabilidad solidaria y no rige la regla de que cada empresa responde únicamente por sus trabajadores. Ciertamente, la necesidad de recurrir a la solidaridad, y de imponerla legalmente, se justifica plenamente en los fines y funciones del derecho del trabajo en la situación de desprotección que genera la tercerización y en el beneficio directo que el empresario que recurre a la contrata obtiene del trabajo ajeno. Obligaciones menos vinculadas a la dignidad humana son materia de responsabilidad solidaria y de controles aún más intensos. En suma, aunque consideramos que la solidaridad en el ámbito laboral puede incluso deducirse, pues en el caso de la tercerización la figura se inscribe en un ordenamiento de lógica y principios diversos al derecho civil, su definición legal para los supuestos de tercerización resulta plenamente justificada y necesaria.

<sup>16</sup>El artículo 17° de la Decisión 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, establece la responsabilidad solidaria de la empresa principal por los incumplimientos de las empresas contratistas o subcontratistas en esta materia, siempre que éstos se hayan devengado durante la ejecución de las obras o los servicios contratados y afecten a los trabajadores que prestan servicios en su centro de trabajo o de operaciones. La misma responsabilidad cabe para las empresas contratistas que hayan subcontratado la realización de las obras o servicios contratados. Más recientemente, el Reglamento de Salud y Seguridad en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-TR, ha señalado que los trabajadores de contrataciones y subcontratas tienen derecho a través de sus empleadores al mismo nivel de protección (artículo 70).

En efecto, la doctrina civil señala que la responsabilidad solidaria pasiva es uno de los mecanismos más efectivos para garantizar la satisfacción de las deudas en obligaciones con pluralidad de sujetos deudores, pues cualquiera de ellos puede ser constreñido a garantizar el cumplimiento total de la deuda<sup>17</sup>. Sin duda, en el contrato de trabajo es necesario un sistema que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales a cargo del empleador, pues del cumplimiento de estas obligaciones depende la efectividad de derechos fundamentales como la salud y seguridad en el trabajo, el derecho a la seguridad social (puesto en juego con los aportes sociales), el derecho a la remuneración (que tiene carácter alimentario), etc. Por ello, decimos que la aplicación de un sistema de responsabilidades solidarias se justifica plenamente.

No obstante lo señalado, las características atribuidas a la institución por la doctrina civil plantean algunos obstáculos. Por un lado, se señala que la definición de responsabilidad solidaria supone que haya pluralidad de sujetos acreedores o deudores, lo que no ocurriría desde un punto de vista formal en el caso de la tercerización, puesto que en el contrato de trabajo de los trabajadores de la empresa tercera hay un sólo sujeto titular de derecho (el trabajador) y un solo sujeto obligado a cumplirlo (la empresa tercera). Es decir, desde un punto de vista formal, no hay pluralidad de sujetos deudores. Por otro lado, se señala que la responsabilidad solidaria no se presume y sólo puede venir fijada expresamente por ley y convenio, debido a que en la duda sobre el alcance de la responsabilidad debe favorecerse al deudor haciéndolo responsable solo de una parte de la deuda (si se trata de una obligación divisible) y no de la integridad de la misma<sup>18</sup>.

Sin embargo, toda esta construcción que acaba otorgando un carácter excepcional a la responsabilidad solidaria- se explica perfectamente desde la perspectiva del derecho civil, en la que se asume libertad e igualdad de las partes en el contrato. En el derecho del trabajo, la autolimitación de libertad para el trabajador que

entraña el contrato (agravada a veces por factores económicos y del mercado de trabajo) determina la articulación de una lógica de protección y de garantías, la cual viene respaldada por el artículo 23ª de la Constitución que señala que "*ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador*". Es bajo esta perspectiva, y con apoyo en este lineamiento constitucional, que debe redefinirse la función de la responsabilidad solidaria en el ámbito laboral. En tal sentido, la definición de si existen uno o varios sujetos deudores debe valerse no de la referencia contractual, sino de la determinación de quiénes resultan beneficiarios directos de la actividad laboral, y queda claro que en la tercerización resultan beneficiarios directos la empresa tercera y la usuaria. Por otro lado, y como sucede incluso en otros ordenamientos civiles como el italiano y el alemán<sup>19</sup>, la solidaridad puede constituir incluso la regla general y no la excepción ya que, tratándose del cumplimiento de obligaciones laborales y atendiendo al desequilibrio estructural que caracteriza al contrato de trabajo, la aplicación de reglas de favor para el deudor (en este caso el empleador y/o beneficiario directo de la actividad laboral) acentuarían su poder contractual en detrimento de ciertos derechos fundamentales de los trabajadores.

Finalmente, aunque el tema de la tercerización ha sido una constante en la agenda de los partidos políticos participantes del último proceso electoral y constituye una demanda constante de las organizaciones de trabajadores, los esfuerzos por aprobar una norma en esta materia no vienen dando fruto. La negativa de ciertos sectores a aceptar la intervención estatal en esta materia basada en el falso argumento de la afectación a la libertad de empresa- y el recurso a la tercerización para la reducción de costos laborales, vienen alimentado una visión patológica de la tercerización que desmerece su función económica y relega a las empresas tercerizadoras a la condición de empresas generadoras de poco valor agregado. Defender la ausencia de regulación no es sólo impulsar la precariedad del trabajo, sino, sobre todo, la precariedad de nuestro propio sistema productivo.

<sup>(17)</sup>OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario: *Tratado de las obligaciones*. Lima: Fondo Editorial PUCP, Tomo III, Vol. XVI, 1994, pp. 979 y ss.

<sup>(18)</sup>OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario: *Op. Cit.* pp. 214,

<sup>(19)</sup>Loc cit., p. 203