

Mauro Ugaz Olivares^(*)

La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación

«UNA DE LAS CONSECUENCIAS DE LA SUBCONTRATACIÓN ES EL ALIGERAMIENTO DE LA NÓMINA DE LA EMPRESA PRINCIPAL, CON LO CUAL, LA LIBERTAD DE SINDICACIÓN EN TALES EMPRESAS SE VE GRAVEMENTE CONDICIONADA Y, EN OCASIONES, PIERDE PRESENCIA O EFICACIA. LA REBAJA DE LA POBLACIÓN DE UNA EMPRESA REDUCE LA EXPECTATIVA DE CONTAR CON UN ORGANISMO SINDICAL».

1. Introducción

La globalización del modelo capitalista tiene como característica fundamental que los sistemas financieros influyan sobre la regulación de los sistemas productivos y, con ello, se incida también sobre las formas de organización del trabajo, lo que a la larga ha venido produciendo una crisis en las regulaciones clásicas de las relaciones laborales.

Para ello, la globalización procuró la drástica disminución de la intervención estatal en las regulaciones de las actividades económicas, políticas y sociales. De ese modo, la denominada “integración económica” propuesta a nivel mundial por parte de la globalización plantea la desregulación o una nueva regulación de las estructuras productivas y, con ello, de las relaciones laborales, procurando que éstas se adapten a sus postulados.

De esa manera, dicho fenómeno trajo como consecuencia que la actuación y regulación estatal se sintiera más alejada de las relaciones laborales, brindando a la autonomía privada un ámbito mayor en la intervención de las reglas que rigen a los actores del contrato de trabajo.

Es, en dicho contexto, donde la presencia de las organizaciones de trabajadores y sus manifestaciones (sindicación, negociación colectiva y huelga) debieron tener especial relevancia a fin de compensar la huída de la intervención estatal en el esquema de las relaciones laborales.

Sin embargo, la actuación estatal -como sucedió en nuestro país- evitó fomentar y/o consolidar las actuaciones emanadas de la autonomía

(*) Abogado de Miranda & Amado Abogados. Miembro de la Asociación Civil **ius et veritas**.

colectiva; es decir, no sólo huyó el Estado del panorama laboral sino que a dicho escape debemos agregar el desinterés por fortalecer las relaciones colectivas de trabajo⁽¹⁾, lo que ocasionó la ausencia de negociaciones colectivas y de la actividad gremial, mermando el movimiento sindical.

Esto puede ser fácilmente advertido, en el caso peruano, con la reducción del número de organismos sindicales que se constituyeron, la aminoración de los convenios colectivos suscritos y la merma de las huelgas producidas si comparamos las décadas del ochenta y noventa.

Como es obvio, una desregulación o flexibilización laboral traducida en formas de contratación temporales más condescendientes, en la finalización de vínculos labores reparados únicamente con la indemnización, en la preferencia de la negociación colectiva a nivel de empresa, en la utilización del destaque de mano de obra sin límites cualitativos; trajo como consecuencia la reducción del movimiento sindical y, con ello, la ausencia de sus manifestaciones exteriores más evidentes (negociación colectiva y huelga).

La secuela más saltante de lo acabado de señalar es la aparición de la empresa como una unidad exclusiva de producción de directivas laborales: ausente la regulación heterónoma y la autónoma colectiva, la empresa pasó a ser el centro de la producción de las reglas sobre las relaciones de trabajo.

En ese sentido, debido a la desigualdad entre los actores laborales (trabajadores y empleadores) y a la poca actividad sindical o colectiva que logre aminorar tales desigualdades, empiezan a surgir reglas emanadas de manera unilateral por parte del empleador, que tienen como característica ser un poder único sin ningún tipo de limitaciones estatales ni de la autonomía colectiva.

Precisamente, en el escenario antes descrito, se interiorizó unilateralmente la necesidad de flexibilizar los sistemas productivos en aras de mejorar su adaptación ante las

«UNA POSIBILIDAD DE AGRUPAR LOS ESFUERZOS DE LOS TRABAJADORES DE LOS CONTRATISTAS QUE BRINDEN SERVICIOS A UNA DETERMINADA EMPRESA PRINCIPAL ES FORMALIZANDO UN ENTE GREMIAL ÚNICO QUE LOS REPRESENTA A TODOS. ES DECIR, LOS TRABAJADORES DE LOS CONTRATISTAS SE CONCENTRARÍAN EN UN MISMO ENTE GREMIAL QUE CANALICE SUS PROBLEMAS FRENTE A SUS EMPLEADORES Y A LA EMPRESA PRINCIPAL».

constantes variantes del mercado, razón por la cual, se propone que la original estructura empresarial que concentraba todos los sistemas productivos en una gran unidad sea sustituida por un sistema que permita descentralizar las etapas de la operación.

Así, aparece el fenómeno mediante el cual las empresas empiezan a desprenderse de partes de su unidad productiva y encargarlas a terceros, lo que ha sido denominado de manera indistinta como *outsourcing*, “externalización”, “tercerización” o “descentralización productiva”.

Como consecuencia de la ausencia de la regulación estatal propuesta por la globalización, estos fenómenos repercutieron en las relaciones laborales de manera directa y sin ningún tipo de freno⁽²⁾, situación que poco

(1) En efecto, las reformas laborales que inciden en América Latina demuestran como éstas muchas veces debilitaron la autonomía colectiva. Sobre dichas reformas recomendamos ver Vega Ruiz, María Luz. *La Reforma Laboral en América Latina*. Oficina Internacional del Trabajo. Lima. 2001. pp. 248.

(2) Tomando en cuenta, además, la poca o nula resistencia de los trabajadores por no mantener dentro de los centros de trabajo una presencia sindical.

Mauro Ugaz Olivares

a poco fue acentuando sus consecuencias extremas en los vínculos de trabajo, sobretodo en los derechos colectivos de los trabajadores. Precisamente, tal situación desencadenó la necesidad de regular esta institución, lo que en mayor o menor medida ha sido asumido por los distintos Estados⁽³⁾.

En lo que respecta al presente trabajo, éste tiene por finalidad analizar las repercusiones que se derivan de la subcontratación⁽⁴⁾ y su influencia en las relaciones colectivas de trabajo, en particular de la libertad de sindicación.

Para ello, partimos de las siguientes pautas:

- a) Nuestro análisis se centra únicamente en aquellas subcontrataciones legítimas. Las subcontrataciones inválidas, es decir, aquellas que únicamente representan un suministro de mano de obra o que son una mera apariencia, no son parte de nuestro estudio ya que la intención de éste es poner énfasis en las repercusiones del fenómeno cuando carece de una motivación antilaboral o antisindical y, más bien, responda a una real necesidad empresarial, la que como es obvio, también merece reconocimiento y protección.
- b) El presente trabajo se va a enfocar en aquellas subcontrataciones que impliquen un destaque de personal ya que en tales supuestos es donde se puede apreciar con mayor detenimiento la poca eficacia de los derechos colectivos de trabajo tal y como aparecen en nuestro actual ordenamiento laboral.

2. Concepto de subcontratación

El fenómeno de la descentralización productiva tiene como principal premisa el abandono de la empresa tradicional que concentraba toda la actividad productiva en una sola unidad.

Precisamente, las nuevas exigencias de los mercados han acentuado la necesidad de contar con organizaciones flexibles y pequeñas, que centren toda su atención en aquellas actividades que consideren más nucleares.

La descentralización productiva, pues, consiste en una forma de "(...) organización del proceso de elaboración de bienes y o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo"⁽⁵⁾.

Conforme a lo anterior, cuando hablamos de descentralización productiva en realidad nos referimos a la colaboración empresarial que buscan o requieren ciertas entidades para afrontar de manera viable o más eficiente una determinada operación industrial. Así, la operación productiva se redefine de forma tal que aparecen en escena diversas empresas o personas naturales que coadyuvan a la realización de tales actividades.

De ese modo, dentro de las expresiones de colaboración empresarial presentes en los fenómenos de descentralización productiva podemos encontrar el suministro de personal para servicios temporales, los grupos de

(3) En el Perú no existe una regulación específica acerca de la descentralización productiva que integre todos sus fenómenos, aunque ha sido promulgada recientemente la Ley 29245 y su Reglamento que pretenden normar la subcontratación. De otro lado, figuras como el suministro de personal temporal o los servicios complementarios o especializados son regulados por la Ley de Intermediación Laboral (Ley 27626) aunque con una normativa confusa que no permite, en ocasiones, diferenciar de manera clara la diferencia de ambos institutos.

(4) En el siguiente punto definimos qué es la subcontratación como parte de una de las manifestaciones de la descentralización productiva.

(5) CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales*. Revista de Trabajo y Seguridad Social Número 13, 1994. p. 8.

empresas, el trabajador autónomo, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y la subcontratación de obras o servicios⁽⁶⁾. Todos ellos forman parte del gran género denominado descentralización productiva.

Sin embargo, entre todas las especies nombradas, la que genera mayor tipo de polémicas y que repercute de manera más evidente en los cimientos tradicionales del derecho laboral es, sin duda, la subcontratación. La subcontratación es la principal manifestación de los procesos de descentralización productiva, que tiene como principal ventaja constituir una fórmula idónea para desintegrar la producción de una empresa en diversas colaboraciones exteriores a ella, donde terceros (contratistas) asumen con sus propios recursos las labores encomendadas por la empresa principal.

De ahí que entendamos por subcontratación a la decisión de una empresa (denominada principal) de desprenderse de una parte de su unidad productiva a fin que sea asumida por un tercero (denominado contratista).

En esencia, este fenómeno tiene como premisa el desinterés de la principal de ocuparse de ciertas actividades porque existe una necesidad estructural detrás de tal decisión: es más eficiente delegar la labor a un contratista que cuente con experiencia y especialidad para ejercer el trabajo encomendado.

De ese modo, la subcontratación requiere que la empresa que asuma la actividad desprendida cuente con un soporte organizativo propio y con una infraestructura suficiente para desarrollar, sin inconvenientes, la actividad delegada; pudiendo ser la actividad encomendada al contratista un servicio o la producción de un bien determinado.

Como se puede apreciar, la subcontratación debería descartar la motivación laboral o el ahorro de los costos sociales como único referente para proceder a ejecutar dicho fenómeno. El aligeramiento de la planilla de la principal es muchas veces consecuencia directa de la participación de un contratista en una determinada actividad productiva, pero sin duda no es el propósito u objetivo primario que se busca a través de la subcontratación⁽⁷⁾.

De otro lado, no es necesario que el contratista tenga una participación activa desde el inicio de las operaciones de una empresa principal. Es decir, pueden existir válidamente subcontrataciones congénitas en una determinada actividad⁽⁸⁾ como también que sobrevienen⁽⁹⁾.

Tampoco interesa para la ejecución válida del fenómeno analizar la vinculación del accionariado entre las empresas participantes o si una mantiene una dependencia económica respecto de la otra: estos hechos no desvirtúan la subcontratación aunque son relevantes para investigar hasta qué punto el contratista es una real sociedad y no una mera apariencia.

Asimismo, debemos tener cuidado en no confundir la subcontratación con la simple provisión de personal. El suministro de personal es un fenómeno más de la descentralización productiva que únicamente implica que

(6) ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Colección Derecho PUCP, Serie Derecho Laboral. Lima: Palestra, 2006. p. 15.

(7) Si la motivación de la subcontratación es únicamente laboral, se podría suponer legítimamente que ésta no responde a una necesidad empresarial sino, mas bien, está orientada a la reducción de los derechos y beneficios de los trabajadores. Así lo ha entendido, además, nuestra jurisprudencia al señalar que en los casos donde el desprendimiento de una parte de la operación de una empresa no tenga una motivación distinta a la laboral se pone "(...) en total evidencia que, en efecto, entre las empresas (...) y existieron actos dirigidos a encubrir la real situación del actor (...) con la finalidad de reducir sus costos laborales vía desmedro de sus derechos" (sentencia emitida por el Décimo Juzgado de Trabajo de Lima referido al Expediente 001-2003).

(8) Por ejemplo, una empresa desde sus inicios decide trasladar toda la carga de la contabilidad a un tercero especializado.

(9) Piénsese en el caso de una empresa que luego de muchos años de funcionamiento decide contratar a una empresa especializada en la fuerza de ventas para que se encargue de posicionar sus productos en el mercado.

Mauro Ugaz Olivares

trabajadores que pertenecen formalmente a planilla de una determinada empresa sean utilizados por otra. Ello no ocurre en la subcontratación donde lo que se contrata es un servicio o la ejecución de una obra, razón por la cual, el personal involucrado en el servicio o en la obra se encuentra exclusivamente sujeto a las directivas y lineamientos del contratista.

Finalmente, la subcontratación puede ser configurada con el desplazamiento del personal del contratista hacia el centro de trabajo de la principal o sin él. El destaque de personal a un centro de trabajo no es determinante para verificar la configuración de una relación válida de subcontratación pero sí es causante de las más drásticas distorsiones a la relación de trabajo por lo que será el específico objeto del presente análisis.

3. Consecuencias de la subcontratación en los derechos de sindicación

3.1. Peculiaridades de la subcontratación

La subcontratación, legítimamente implementada, plantea ciertas dificultades para las relaciones laborales debido a que distorsiona el binomio inicial compuesto entre trabajadores y empleadores, en el cual, el esfuerzo del primero era exclusivamente disfrutado por el segundo.

De ese modo, como expresión fáctica, la subcontratación permite a la empresa principal beneficiarse con el servicio desplegado por el personal del contratista⁽¹⁰⁾ pese a que entre ellos no existe ningún tipo de vinculación. Como es fácil advertir, la original relación bilateral reconocida en el contrato de trabajo, pasa a convertirse en una relación triangular donde una persona distinta al empleador también goza de los beneficios ocasionados por el despliegue de los trabajadores involucrados en el servicio o en la obra.

Sin embargo, pese a que la presencia de los trabajadores de los contratistas es notoria para afianzar la rentabilidad y eficiencia de la empresa principal, éstos no participan de los ingresos a los cuales han contribuido de manera directa o indirecta.

En efecto, las utilidades generadas por la empresa principal no se comparten con los trabajadores del contratista quienes únicamente disfrutan lo que haya generado su empleador. Es más, la empresa principal muchas veces desconoce el nivel salarial del personal del contratista, aunque esa indiferencia no se presenta al momento de verificar la idoneidad del servicio u obra comprometida.

Lo anterior, fragmenta el esquema clásico del contrato de trabajo donde al trabajador se le reconoce el esfuerzo por haber contribuido a maximizar las rentas del empleador, ya sea a través de una mejora remunerativa o de la participación en las utilidades.

A esta anomalía hay que agregarle el hecho que, a consecuencia del desprendimiento de ciertas unidades productivas, la subcontratación importa una reducción de la nómina de la empresa principal o, en todo caso, el funcionamiento de tal empresa con una planilla reducida. La interrelación entre contratistas y la empresa principal permite que esta última opere con un número reducido de trabajadores, lo que alivia la administración de una planilla extensa y, de otro lado, focaliza la contratación de trabajadores calificados o de personal que a la principal le interesa mantener.

Precisamente, ese afán de preservar en su planilla a personal calificado, ha originado que la empresa principal les brinde condiciones laborales apreciables, lo que evidentemente no sucede con los contratistas, donde el nivel del personal tiene una rotación alta y su retribución es comprimida en comparación con las ventajas del personal de la principal. De esa manera, la conflictividad laboral es trasladada desde la empresa principal hasta la empresa

(10) CRUZ VILLALÓN, Jesús. Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratos y subcontratas. En: *Relaciones Laborales*. Año 1992, Tomo I. p. 118. Citado por ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. Cit.*; p. 18.

contratista, lo que protege a la primera ya que aleja el conflicto y alivia la carga que ello genera.

Por otro lado, este escenario de remuneración dispar entre el personal de la contratista y de la principal, usual en los esquemas de subcontratación, produce que en un mismo centro de trabajo confluyan dos tipos de trabajadores desde el punto de vista remunerativo: los privilegiados y los precarios⁽¹¹⁾.

Consecuente con lo expuesto, la precariedad del trabajo también se extiende hacia la modalidad de contratación ya que lo usual es que los contratistas contraten a sus trabajadores mediante vínculos temporales, sustentado dicho término contractual en la vigencia de la vinculación del contratista con la principal.

Finalmente, la subcontratación puede presentar un escenario donde el contratista no tenga un gran margen negocial con respecto a la empresa principal, ya sea porque depende económicamente de ella (por ejemplo, en caso sea su único cliente) o por la posición de dominio de la empresa principal en el mercado⁽¹²⁾.

Debemos tener en cuenta que en este último escenario no nos encontramos ante entidades fraudulentas sino ante contratistas que, teniendo una real vida societaria, presentan un margen de acción o negocial endeble en comparación con la empresa principal.

La empresa principal no altera la autonomía ni estructura interna del contratista pero, en cambio, tiene un poder económico que impone al momento de pactar la retribución del servicio que decididamente influye sobre las remuneraciones del personal de ésta. En estos casos nos encontramos ante una vinculación comercial netamente subordinada o jerarquizada, donde prima la voluntad de la principal.

Características de las relaciones laborales en las empresas contratistas	
Relación triangular	Quien se beneficia con el esfuerzo desplegado por los trabajadores de la contratista no es únicamente su empleador sino también la empresa principal.
Contratación	Los trabajadores del contratista pueden ser contratados mediante contratos temporales.
Remuneración	Los trabajadores del contratista pasan a percibir menores beneficios que los trabajadores de la empresa principal.
Planilla	Se reduce el número de trabajadores vinculados directamente con la empresa principal.
Poder negocial	Generalmente el contratista tiene un poder de negociación reducido respecto de la empresa principal.

3.2. Libertad de sindicación y subcontratación

Las singularidades que se perciben en el fenómeno de la subcontratación tienen consecuencias nocivas en la libertad sindical, sobretudo en lo que se refiere a la constitución de organismos sindicales o representación de los trabajadores⁽¹³⁾.

(11) MONEREO PÉREZ, José Luis. *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*. Madrid: Ibídem, 1994. pp. 27-28. Citado por ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. Cit.*; p. 20.

(12) Debe tenerse en cuenta que muchas veces la empresa principal es la única expuesta en el mercado debido a que la empresa contratista realiza una labor no exteriorizada, lo que de alguna manera la relega de la participación activa frente a la gran masa de consumidores.

(13) Nos referimos a la libertad sindical en sentido estricto, la que involucra una serie de derechos que pueden ser clasificados en cuatro categorías: (i) dependiendo de su titularidad –individual o colectiva- y (ii) dependiente de su contenido – orgánico o de actividad-. De ese modo, los derechos que se incluyen en la libertad sindical en sentido estricto son los siguientes: de sindicación, de afiliación positiva y negativa, de federación, de reglamentación, de representación, de disolución, de actividad sindical y de gestión. Al respecto, para un estudio más detallado es conveniente revisar VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú*. Lima: Organización Internacional del Trabajo, 1999.

Mauro Ugaz Olivares

En efecto, como ya hemos observado, una de las consecuencias de la subcontratación es el aligeramiento de la nómina de la empresa principal, con lo cual, la libertad de sindicación en tales empresas se ve gravemente condicionada y, en ocasiones, pierde presencia o eficacia. La rebaja de la población de una empresa reduce la expectativa de contar con un organismo sindical ya que quizá no exista la suficiente densidad laboral para formar un ente gremial.

A esto, debemos agregarle el hecho que usualmente la mano de obra mayor calificada es la que se mantiene en la principal acompañada de beneficios gratificantes, siendo ésta generalmente cercana a la dirección de la empresa y, por tanto, no mantiene ningún tipo de interés en la formación de un organismo sindical.

Lo expuesto se agrava en el caso que ya exista un ente gremial constituido y, como consecuencia de la subcontratación, éste pierda afiliados o termine con una masa sindical que no supere el mínimo previsto por Ley.

Este problema de disminución de la densidad sindical en el centro de trabajo de la principal se vuelve más preocupante cuando los trabajadores que mantienen su afiliación a un organismo gremial dentro de tal empresa, son involucrados en una labor que se pretende subcontratar, siendo desplazados o transferidos a una empresa contratista.

En nuestra coyuntura, para estos casos, se recurre a la renuncia e inmediata contratación del trabajador en la empresa principal y contratista respectivamente, cuando en realidad nos encontramos ante un mismo contrato de trabajo que únicamente ha mutado en la parte empresarial, manteniendo su continuidad.

Aquí, el contexto sindical sufre un duro revés debido a que el trabajador se instaura dentro de una organización que probablemente no tenga presencia sindical, perdiendo no sólo su afiliación original sino, además, a sus representantes gremiales y a los beneficios que tales representantes procuran para sus afiliados.

De ese modo, el fenómeno de la subcontratación, pese a no tener una motivación antisindical, produce de manera objetiva grietas en el movimiento gremial de las empresas principales ya que dificultan su aparición o merman su consolidación.

Del lado de las empresas contratistas, la situación tampoco es alentadora. En primer lugar, la posibilidad de formación de un sindicato, en ocasiones, se ve mermada por la presencia de la contratación temporal de los trabajadores, quienes temiendo una represalia del empleador procuran no constituir un organismo gremial. En efecto, los trabajadores de las empresas contratistas generalmente mantienen una vinculación temporal debido a que su vínculo se condiciona a la vigencia de la relación contractual del contratista con la empresa principal. Este panorama del trabajador contratado a un plazo determinado evidencia una precariedad en el puesto de trabajo, lo que sumado a la temporalidad del servicio del contratista desalienta la configuración de entidades gremiales.

Asimismo, en caso de que el personal de los contratistas decida constituir un organismo gremial, es probable que en la generalidad de los casos tal constitución no tenga el efecto deseado por los trabajadores: influenciar en la empresa principal.

El actual régimen recogido en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo únicamente reconoce -de manera expresa- la posibilidad que un organismo sindical tenga como contraparte a la empresa que congrega en su nómina a sus afiliados. Precisamente, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo tiene como premisa que los trabajadores prestan un servicio directo a determinados empleadores, a los cuales puede emplazar sin intermediarios a través de la acción sindical. Existe, pues, la manera de presionar sobre el empleador y tener un contacto inmediato con él a fin de plantear la reivindicación de intereses gremiales.

De esa manera, los sindicatos constituidos en el nivel negocial de empresa o al interior de ella (categoría o establecimiento) sólo

pueden negociar con el empleador de sus afiliados. De igual manera, los sindicatos que trascienden a la empresa (gremio o actividad) únicamente pueden vincularse con los empleadores del personal sindicalizado.

Pues bien, este esquema de modo alguno se adapta a las particularidades de la subcontratación, donde el trabajador es destacado a un centro de trabajo que no pertenece a su empleador y genera riqueza a favor de una persona distinta del contratista.

De esa manera, en caso los trabajadores tengan algún reclamo al propietario o administrador del centro de trabajo, las organizaciones sindicales no tendrán manera directa de emplazar a la empresa principal en defensa de sus afiliados ya que no mantienen ningún vínculo de carácter jurídico con ellos aunque sí fáctico.

También hemos podido notar que la subcontratación acarrea verdaderas dificultades al movimiento sindical cuando la empresa principal detenta un poder mayor sobre el contratista.

Si la formación de un sindicato tiene por objeto compensar la capacidad negocial entre empleadores y trabajadores ya que los primeros tienen la potestad de incidir sobre la regulación de sus contratos de trabajo, tal propósito se incumple cuando el contratista no tiene mayor margen retributivo que el impuesto por la principal.

Es decir, la retribución que pacte la principal con la contratista contempla un presupuesto que atañe a todos los gastos de la operación (entre ellos los referidos a las planillas de pago), en el cual se incluyen los ingresos de los trabajadores.

Pues bien, si los ingresos del contratista no pueden ser negociados y dependen de la decisión de la empresa principal, es poco probable que los trabajadores organizados puedan acceder a mayores beneficios si el otorgamiento de éstos no depende de su empleador sino de la principal, con la que no tienen la más mínima relación jurídica o contractual.

La subcontratación y su relación con la libertad de sindicación

Empresa principal	<ul style="list-style-type: none"> • La reducción de la nómina repercute desfavorablemente en la acción sindical. • La concentración de personal altamente calificado debilita las expectativas de formación de una entidad gremial. • El traspaso de personal evita el conflicto en la empresa principal e impide la permanencia de la afiliación.
Empresa contratista	<ul style="list-style-type: none"> • La contratación temporal impide la consolidación del movimiento sindical. • Las organizaciones de trabajadores de las empresas contratistas no incide sobre la empresa principal porque los afiliados no mantienen con ella alguna conexión jurídica sino simplemente de hecho.

3.3. Alternativas de la libertad de sindicación frente a la subcontratación

Las complicaciones que se presentan en la implementación de la subcontratación para los trabajadores u organismos sindicales, ha llevado a éstos a buscar soluciones que permitan hacer efectiva la acción sindical para el personal de los contratistas.

Es indudable que la primera respuesta de las consecuencias nocivas de la subcontratación tenía que provenir de los principales interesados o afectados⁽¹⁴⁾; existe por parte del personal de los contratistas la necesidad de interactuar con la empresa principal debido a que ésta tendría la posibilidad de mejorar ciertas condiciones laborales debido a la vinculación fáctica que los une o debido a la posición de dominio que ostentan dicha empresa con relación a los contratistas.

(14) Un ejemplo de ello sería la constitución de sindicatos de contratas, muestra inequívoca de las respuestas gremiales que hacen frente a las nuevas coyunturas que desencadena la subcontratación.

Mauro Ugaz Olivares

Sin embargo, la búsqueda no ha tenido únicamente un protagonista gremial: el Estado, consciente de las secuelas perniciosas de la figura, ha empezado por tener un activo interés a fin de afrontar tal tema.

Sin embargo, en nuestro país, la regulación de la subcontratación⁽¹⁵⁾ se ciñe casi exclusivamente a enumerar los requisitos necesarios para su configuración, establecer ciertas obligaciones para su contratación o para verificar el cumplimiento de las normas legales que posibilitan su existencia. Tal es el caso, por ejemplo, de las directivas emanadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo 001-2007/MTPE/2/11.4, 002-2007/MTPE/2/11.4 y 003-2007/MTPE/2/11.4, las mismas que ponen el énfasis en la verificación del cumplimiento de los presupuestos que ameritan la subcontratación de servicios u obras en las actividades de fiscalización laboral.

Por su parte, la Ley 29245, el Decreto Legislativo 1038 y el Decreto Supremo 006-2008-TR, también acentúa su preocupación en la definición de los fenómenos de subcontratación al disponer sus elementos y características esenciales. De ese modo, entienden al instituto como la contratación de empresas que desarrollan actividades especializadas o ejecuten obras, bajo su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, siendo responsables por los resultados de sus actividades, y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Asimismo, han contemplado una serie de deberes para aquellas subcontrataciones que involucran una actividad principal y un destaque continuo: solidaridad, derecho de información, registro de la empresa contratista, etcétera.

Como se puede apreciar, nuestras normas o proyectos normativos no hacen un esfuerzo por entender las situaciones o consecuencias que se pueden derivar de la subcontratación y que podrían afectar los derechos colectivos de los trabajadores. Parecen privilegiar la definición del instituto y velar el cumplimiento de los elementos esenciales que lo sustentan, en lugar de regular de manera precisa y contundente las consecuencias de la aplicación del mismo en las relaciones laborales.

Si bien es cierto que Ley 29245, el Decreto Legislativo 1038 y el Decreto Supremo 006-2008-TR contienen mandatos

que buscarían la defensa de los derechos sindicales, éstos pierden eficacia debido a las fórmulas generales y abiertas que los dispositivos prevén, lo que les resta total eficacia.

Así, por ejemplo, el artículo 7.3 de la Ley 29245 prevé que la tercerización de servicios no puede ser utilizada con la intención de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical. Como consta de una lectura inmediata de la norma, éste presume que la subcontratación puede tener un elemento volitivo contrario a los derechos colectivos de los trabajadores, con lo cual, regula una situación anómala y maligna de la figura, donde ésta tiene como eje principal dañar intencionalmente las estructuras sindicales de los trabajadores. En definitiva, el esquema propuesto por la Ley evade afrontar aquellas situaciones donde no existe el más mínimo interés en atropellar los derechos sindicales pero que presentan consecuencias funestas para la actividad sindical en la empresa principal como en la contrata.

Como se puede apreciar, los esfuerzos normativos de modo alguno regulan de manera efectiva o concreta las posibles alteraciones de los derechos sindicales, máxime si éstas pueden ocasionarse con prescindencia de la motivación antilaboral del empleador o de la empresa principal.

Frente al escenario normativo endeble que nuestro ordenamiento presenta para afrontar el tema de la subcontratación y sus efectos sobre el derecho de sindicación, existen formas de permitir la consolidación de un movimiento

(15) No entraremos a analizar los defectos de tal regulación en nuestro ordenamiento ya que involucra una materia ajena al objetivo del presente trabajo.

sindical efectivo por parte de los trabajadores que pertenecen al contratista y, con ello, lograr la efectividad de sus derechos colectivos.

Tales supuestos son los que pasamos a enumerar a continuación:

3.3.1. El sindicato de contratistas

Como ya hemos mencionado, las contratistas permiten a la empresa principal aliviar los conflictos que pudieran sucederse en su centro de trabajo a través de la dispersión de la densidad laboral hacia otros empleadores. Ello, naturalmente, impide que los trabajadores de los contratistas mantengan un esquema de interrelación con la empresa principal ya que formalmente no es su empleadora.

Incluso, en el caso que los trabajadores de un contratista decidieran formar un sindicato, la interacción con la empresa principal sería básicamente nula debido a que tal organismo gremial se concentraría en el empleador de los trabajadores, es decir, en el contratista.

Pues bien, una posibilidad de agrupar los esfuerzos de los trabajadores de los contratistas que brinden servicios a una determinada empresa principal es formalizando un ente gremial único que los represente a todos. Es decir, los trabajadores de los contratistas se concentrarían en un mismo ente gremial que canalice sus problemas frente a sus empleadores y a la empresa principal.

Esta entidad gremial combatiría la dispersión de la densidad laboral y propiciaría una unidad de tal magnitud que obligaría a los contratistas y a la empresa principal a coordinar estrategias de acción a fin de analizar sus reivindicaciones.

Claro está, que tal entidad debería tener una estructura singular que le permita la consecución de sus fines. En primer lugar, el sindicato de contratistas podría configurarse por locaciones geográficas o por centros de trabajo. Si la actuación de la empresa principal y de los contratistas se focaliza en un determinado ámbito geográfico, será ideal pensar en una entidad gremial que extienda su representación a una determinada localidad. De lo contrario, bastaría con focalizar

la representación en un determinado centro de trabajo donde concurren los trabajadores de la contratista a laborar.

En segundo lugar, debería únicamente afiliarse a los trabajadores que realizan sus servicios en los centros de trabajo de propiedad o bajo la administración de la empresa principal. En nuestra opinión, los trabajadores de las contratistas que no son destacados al centro de trabajo de la principal no tienen la necesidad de afiliarse a este organismo debido a que no mantienen ningún tipo de relación fáctica con la empresa principal. Precisamente, lo que se busca a través de este organismo es interactuar con la principal ya que los trabajadores brindan servicios en su centro de trabajo y podrían pretender obtener ciertas condiciones más favorables en el desarrollo de su labor.

En nuestro país, poco a poco, se empieza a reconocer los sindicatos de contratistas pese a que nuestra legislación no los prevé expresamente. En efecto, ninguno de los supuestos contemplados en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo encaja con la descripción del sindicato de contratista. Sin embargo, en muchas dependencias regionales los sindicatos de contratistas han sido asumidos como sindicatos de actividad y registrados bajo dicha tipología⁽¹⁶⁾.

3.3.2. Las secciones sindicales

Otra posibilidad de interrelación de los trabajadores pertenecientes a los contratistas con la empresa principal, sería la posibilidad de configurar en el centro de trabajo de la empresa principal secciones sindicales de los organismos gremiales constituidos en las contratistas.

En efecto, el artículo 9 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

(16) Ello ocurrió en la ciudad de Cerro de Pasco, por parte de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de tal localidad, referido al Expediente 019-2005-SDNCRG/PAS.

Mauro Ugaz Olivares

señala que “Tratándose de sindicatos de alcance local, regional o nacional, los trabajadores afiliados podrán constituir una sección sindical en el centro de trabajo en el que labore, la que ejercerá su representación al interior del mismo.”

Esta posibilidad tiene como premisa la existencia de un sindicato en el contratista de alcance local, regional o nacional, que representa a los afiliados que son desplazados al centro de trabajo de la empresa principal.

En dichas circunstancias será totalmente válida la constitución de una sección que tenga por objeto sensibilizar al ente gremial de grado superior de las vicisitudes de las tareas afrontadas en el centro de trabajo de la empresa principal. Quizá la sección no mantenga con la empresa principal una interacción intensa o constante pero sí con el órgano gremial que permitió su configuración, motivo por el cual, su principal papel será estar atenta a las necesidades que requieran satisfacer los afiliados en el desarrollo de sus actividades.

Ahora bien, para que las secciones sindicales puedan tener una actividad realmente relevante es necesario que la empresa principal le otorgue una serie de facilidades que permitan ejecutar sus propósitos. De ese modo, se podría facilitar el uso del local de la principal, del periódico mural, acceso a Internet y al correo electrónico, etcétera.

3.3.3. El desplazamiento de la representación a los sindicatos de la empresa principal⁽¹⁷⁾

Esta propuesta implica que los trabajadores de los contratistas carezcan de representación sindical y, por ello, quienes asumen el rol de representación en tales circunstancias sean los representantes gremiales de la empresa principal.

En otras palabras, “en los supuestos de que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas 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 [el] centro de trabajo”⁽¹⁸⁾.

Esta interesante posibilidad tiene recepción legislativa en el Estatuto de Trabajadores de España y tiene como premisa la existencia de un organismo gremial en el centro de trabajo de la principal y, además, una estrecha colaboración del sindicato de la principal con los trabajadores de los contratistas.

De ese modo, el sindicato de la empresa principal asume la defensa de las reivindicaciones de los trabajadores de los contratistas vinculados a las necesidades que aparezcan en el desarrollo de las actividades en el centro de trabajo.

3.3.4. Permanencia de la representación gremial en caso de sucesión de contratistas

Una opción que también es recogida por el Estatuto de Trabajadores de España es la continuidad de la representación sindical en los casos que exista un cambio en la titularidad del contratista o una transmisión de empresas que involucre a la contrata⁽¹⁹⁾.

Precisamente lo que se quiere evitar en estos casos es que el cambio de titularidad del empresario extinga los mandatos de los representantes gremiales de los trabajadores.

Para ello, se debe considerar que esta posibilidad en realidad contiene dos situaciones: (i) el derecho del colectivo de trabajadores a no verse afectado por la transmisión y, por ende, a conservar las instituciones representativas; y (ii) el derecho de los representantes de los trabajadores a no perder sus potestades ni medidas de protección con ocasión de la transmisión de la empresa.

Como se puede apreciar, esta posibilidad refuerza la representación de los trabajadores

(17) SORIANO CORTÉS, Dulce. *Las contrataciones en el derecho del trabajo y de la seguridad social*. Andalucía: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006. pp. 254-255.

(18) *Ibid.*; p. 254.

(19) *Ibid.*; p. 260.

ante un escenario de sucesión de contrata, la que no implicará de manera inmediata la pérdida de los representantes sindicales y, con ello, impedirá la merma de la actividad sindical ya ganada y consolidada en la anterior contrata.

3.3.4. Sindicación conjunta

Una alternativa de los trabajadores para afrontar las repercusiones de la subcontratación es la sindicación conjunta entre el personal de la empresa principal y los trabajadores de los contratistas. En efecto, esta opción tiene como peculiaridad la conformación de un sindicato donde los afiliados tengan en común desplegar un esfuerzo (directo o indirecto) a una o varias empresas principales, pese a que no todos mantienen una vinculación contractual directa con ella o ellas.

En este escenario el punto de eje para la sindicación no es la realización de una actividad similar por parte de los afiliados (sindicato de gremio), como tampoco que los empleadores realicen operaciones afines (sindicato de actividad). El interés común a los afiliados es, más bien, la ejecución de tareas a favor de una misma empresa principal o de varias de ellas.

Así, podríamos pensar en un sindicato que agrupe a los trabajadores de diversas empresas principales conjuntamente con las personas que pertenecen a los contratistas.

Al respecto, existe ya una experiencia producida en Colombia, donde la autoridad administrativa de tal país, denegó la inscripción de una organización que afiliaba simultáneamente a trabajadores de empresas farmacéuticas y a trabajadores de empresas temporales (*services*) debido a que los afiliados pertenecían a empresas que no realizan la misma actividad.

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical, en el Informe número 349, Caso número 2556

señaló que “los trabajadores (...) deberían gozar del derecho de constituir la organización de industria que consideren conveniente, desde el momento que todos ellos desempeñan sus labores en el seno de empresas farmacéuticas, independientemente del tipo de relación que los une a las mismas.” Agrega el Comité que “la naturaleza jurídica de la relación entre los trabajadores y el empleador no debería tener ningún efecto en el derecho a afiliarse a las organizaciones de trabajadores y participar en sus actividades”.

4. Conclusiones

- a) Nuestro ordenamiento no plantea una regulación integral a la problemática de las subcontrataciones. Simplemente regula esta materia tomando en consideración los elementos esenciales que conforman tal fenómeno y prevé algunas respuestas a las anomalías que se presentan en su implementación cuando ésta tiene una finalidad antisindical o antilaboral.
- b) En ningún momento se ha planteado la necesidad de regular este instituto tomando en consideración que su presencia no responde siempre a una intencionalidad nociva para los trabajadores. La subcontratación por sí sola acarrea consecuencias graves para las relaciones laborales -en particular los derechos de sindicación- con prescindencia de su motivación.
- c) Quizá la consecuencia más perjudicial de la subcontratación sea la rebaja de la planilla en la empresa principal, lo que irremediablemente quiebra la expectativa de un movimiento sindical consolidado dentro de ella.
- d) Por el lado de la contratista, la actividad sindical no alcanza a tener mayor influencia en la empresa principal debido a que nuestro esquema de sindicación no prevé como contraparte a un sujeto distinto al empleador.
- e) Existen medidas destinadas a permitir la interrelación entre los trabajadores de los contratistas y la empresa principal, pero éstas aún no tienen, en nuestro país, un eco legislativo ya que nuestro ordenamiento se ha centrado en regular las motivaciones ilegales de la subcontratación mas no las consecuencias graves que dicha figura tiene pese a que su implementación es legítima. ☺