

“EFECTOS LABORALES DE LA SUBCONTRATACIÓN DE ACTIVIDADES PRODUCTIVAS” *

Wilfredo Sanguineti Raymond
Profesor Titular y Catedrático Habilitado
Departamento de Derecho del Trabajo y
Trabajo Social
Universidad de Salamanca

Sumario: I. Premisa. II. El nuevo papel de la subcontratación dentro del modelo productivo emergente. III. Las indiscutibles repercusiones laborales de un fenómeno organizativo en principio puramente mercantil: la precariedad laboral y salarial como posibles secuelas de la operación descentralizadora. A. La sustitución del contrato de trabajo por formas externas de vinculación a los procesos productivos como premisa. B. Una forma sencilla de transformar puestos permanentes en temporales, eludir el marco normativo que les es aplicable y restar efectividad a los mecanismos de acción colectiva de los trabajadores. C. Una explicación de conjunto: la subcontratación como instrumento capaz de “poner entre paréntesis” la aplicación del Derecho del Trabajo y sus principios tutelares. IV. La respuesta del ordenamiento laboral peruano: una aproximación inicial tras la aprobación de la Ley 29245.

I. Premisa

Que el III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, dedicado monográficamente a una cuestión de patente actualidad como es la relativa a los “Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo”, nos proponga como primer tema para la reflexión el relativo a las “implicaciones de la subcontratación en las relaciones laborales” es expresivo, tanto de la importancia cada vez mayor que está adquiriendo este fenómeno entre nosotros, como de la convicción de sus organizadores en torno a la conveniencia de evaluar las repercusiones laborales del mismo, con el fin de estar en condiciones de aportar respuestas a los desafíos que, sin lugar a dudas, impone a nuestro sistema jurídico.

Este interés coincide, por lo demás, con el desarrollo de una intensa actividad por parte del legislador, que en el lapso de poco más de un año ha aprobado de manera sucesiva hasta cinco normas de distinto rango y contenido, todas ellas relacionadas, de manera directa o indirecta, con la subcontratación –o “tercerización”– de actividades productivas.

Es obvio que, en este contexto, resulta de la mayor importancia llevar a cabo una evaluación de los alcances de tan extenso como inusual paquete normativo. Esta

* Ponencia voluntaria presentada al III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a celebrarse en Chiclayo del 29 al 31 de octubre de 2008. Tema I: “Implicancias de la subcontratación en las relaciones laborales”.

evaluación no puede hacerse, sin embargo, exclusivamente desde el punto de vista técnico-jurídico. Es decir, examinando las normas introducidas con un criterio puramente lógico-formal, dirigido a desentrañar su sentido y examinar su coherencia. Ello, antes que por cualquier otra razón, porque la subcontratación es un fenómeno organizativo de carácter mercantil, que afecta a la manera como las empresas se organizan para llevar a cabo sus actividades productivas. Sus repercusiones sobre la aplicación de las normas laborales no son, por ello, como habrá ocasión de explicar con detalle más adelante, inmediatas y directas, sino en todo caso oblicuas e inducidas. No evidentes, por tanto.

Lo anterior supone que, para estar en condiciones de examinar la bondad o no de la intervención del legislador es preciso partir de un diagnóstico sobre las consecuencias que el recurso a este tipo de técnicas de gestión está en condiciones de desplegar sobre la aplicación de las normas laborales y los convenios colectivos, ya que solamente entonces se podrá determinar si la regulación introducida se compeadece o no con las necesidades reales surgidas a partir de la emergencia de este fenómeno. De allí el gran acierto de los organizadores de este Congreso de dedicar este primer tema, antes que directamente al estudio de la regulación “laboral” de la subcontratación, a sus repercusiones sobre nuestro sistema de relaciones laborales.

En consonancia con este enfoque, plenamente compartido por el autor, las páginas que siguen, que me permito presentar como ponencia voluntaria a nuestro Congreso Nacional, están dedicadas al diagnóstico de la repercusiones laborales de la subcontratación de actividades productivas. Su propósito es ofrecer una visión de conjunto de las mismas que ponga de manifiesto una constatación que, aunque circula con fluidez en círculos empresariales y sindicales, no ha terminado de calar dentro de nuestra doctrina: que los problemas que plantea esta técnica al sistema laboral no son solamente de responsabilidad —es decir de garantía del cumplimiento de las obligaciones laborales— sino que se vinculan principalmente con su potencial utilización como un mecanismo de degradación de la calidad del empleo y minoración de las condiciones de trabajo. Finalmente, aunque no es éste su propósito central, el texto concluirá con una sucinta apreciación de los alcances de las últimas normas introducidas desde esta perspectiva.

II. El nuevo papel de la subcontratación dentro del modelo productivo emergente

En poco menos de dos décadas, la subcontratación de las actividades empresariales ha pasado, de ser un componente ocasional y poco trascendente de los procesos de producción, destinado a satisfacer necesidades esporádicas de labores especializadas de escasa trascendencia o a cubrir parcelas muy limitadas de la actividad productiva, a convertirse en un componente estructural de los mismos.

En la base de este espectacular crecimiento de la importancia de la subcontratación se encuentran, como a estas alturas es de sobra conocido, los cambios experimentados en las últimas décadas en el entorno económico en el que deben desarrollar su actividad las empresas. Estos cambios, y en especial la necesidad de adaptar las estrategias de gestión empresarial a un contexto más inestable y competitivo que en el pasado, han conducido a la adopción de una nueva forma de organización basada en la segmentación de los procesos de producción y la colaboración entre organizaciones empresariales en principio independientes unas de las otras. Frente al tradicional predominio del modelo centralizado de empresa, basado en el control directo del entero ciclo de producción y su actuación autónoma respecto de las demás, se han

abierto camino en los últimos años, como una forma de dar respuesta a los retos impuestos por la nueva situación, modalidades de gestión de los procesos de producción desconocidas en el pasado, caracterizadas por una mayor especialización de las unidades productivas y el establecimiento de vínculos de cooperación más o menos estrechos entre sí, en un intento de obtener ventajas competitivas de la concentración de la actividad de las empresas en la realización de sus competencias centrales y la transferencia hacia el exterior de todas las demás. La empresa fordista característica del modelo de producción en serie va siendo así progresivamente sustituida por la actuación de conglomerados de empresas integradas unas con otras de muy diversas maneras, dando lugar a un nuevo paradigma organizativo: la *empresa red*¹.

Como salta a la vista, el funcionamiento de este nuevo modelo organizativo se basa en la interacción de dos elementos complementarios: la especialización de las distintas unidades productivas y la coordinación de sus aportaciones parciales para la consecución de los objetivos globales del proyecto empresarial. El relieve asumido en los últimos años por la subcontratación se debe a que constituye, precisamente, la forma principal, si bien no única, de hacer efectiva esa coordinación entre organizaciones productivas en principio independientes, sin la cual el funcionamiento integrado de las diversas actividades implicadas no sería posible. Ha de tenerse en cuenta que, si bien la empresa red es capaz de asumir formas distintas dependiendo de las peculiares características de los sectores y actividades a los que se aplique, sus principales manifestaciones se sirven de la subcontratación para conseguir la conjunción de los diferentes proyectos empresariales implicados. Este es el caso del denominado *modelo de empresa flexible*, propio de los grandes sectores industriales, que se caracteriza por incorporar al proceso productivo, al lado de la aportación central de un núcleo duro de trabajadores estables cada vez más reducido, las aportaciones parciales de numerosas empresas contratistas especializadas, con las que se establece un estrecho sistema de cooperación para garantizar el adecuado funcionamiento de las cadenas de producción. Y también del *modelo de empresa contratista*, típico de la construcción y otros sectores dedicados a la ejecución de obras o no sujetos a un ciclo productivo continuo, para el cual la subcontratación constituye una herramienta fundamental, al extremo de llegar a copar en algunos casos la integridad del desarrollo de las actividades productivas, pasando a ocuparse la empresa comitente casi de manera exclusiva del planeamiento y la coordinación general de las mismas. Más alejados de este paradigma se encuentran, en cambio, los distintos *modelos de red empresarial*, en los que la coordinación entre las entidades implicadas se lleva a cabo a través de mecanismos diferentes de la subcontratación, como la franquicia, o a partir de la esfera comercial, como ocurre por ejemplo en el caso de las grandes cadenas comerciales². Estos últimos asumen, sin embargo, un papel menos relevante que los

¹ De acuerdo con la terminología empleada por A. Recio, "Empresa red y relaciones laborales", en A. Dubois, J. L. Millán y J. Roca (Coordinadores), **Capitalismo, desigualdades y degradación ambiental**, Barcelona, Icaria, 2001, pág. 213 y sigs.

² Para hacer esta descripción se ha seguido la enumeración, no necesariamente exhaustiva, de distintas formas de estructuración de la empresa red propuesta por A. Recio, op. cit., págs. 220-224. Como apunta este autor, op. cit., pág. 220, el denominado modelo de empresa red no es en realidad "un modelo común de empresa, en la medida en que cada sector y actividad tiene unas características propias –tecnológicas, de ciclo productivo, etc.– que condicionan su desarrollo. Se trata más bien de un conjunto de modelos organizativos que tienen en común unos elementos característicos" entre los cuales destaca el hecho de que la empresa deje de ser concebida "como un conjunto de actividades integradas" y pase a constituirse en "un complejo entramado de unidades empresariales que tienen un conjunto de nexos de conexión entre sí, una red de relaciones bien definida en las que la gran empresa actúa como elemento central de la red, como la instancia que le da sentido". Estas características básicas se encuentran presentes en los cuatro modelos de empresa red a los que se ha hecho alusión en el

dos modelos anteriores, que operan en la práctica como las formas de expresión por excelencia del nuevo modelo de organización reticular de las actividades productivas.

Es importante advertir, en cualquier caso, que la subcontratación que se sitúa en la base del modelo productivo emergente se distingue claramente, tanto por su papel como por su configuración interna, de la contratación mercantil tradicional. De lo que se trata ahora no es ya, como ocurría en el pasado, de adquirir de forma ocasional bienes o servicios producidos de forma independiente por terceros para el mercado, sino más bien de comprometer su colaboración estable para el desarrollo de un proyecto empresarial propio. En función de ello, la prestación del contratista no se lleva a cabo aquí de manera singular o aislada, sino como un componente más de la actividad de la empresa comitente, a la cual se encuentra estratégicamente vinculada mediante la estipulación de un programa negocial, el cual debe ser cumplido en sus propios términos si se quiere conseguir el funcionamiento integrado del ciclo productivo³. La subcontratación opera en estos casos, así pues, como un medio para conseguir mantener, pese a la transferencia hacia el exterior de tareas o funciones concretas, el control global del proceso de producción⁴. El instrumento para ello está constituido por el establecimiento, a través del aludido programa negocial, de unas pautas precisas a las que deben ceñir su actuación las empresas contratistas. Se obtienen con ello resultados muy similares a los derivados de la organización y dirección del trabajo ajeno, pero sin dar lugar a un vínculo de subordinación jurídica.

De allí que, más que de subcontratación a secas, se prefiera hablar en estos casos de *descentralización productiva* u *outsourcing*, con el fin de destacar cómo la misma actúa como una herramienta el servicio de una estrategia global de gestión de los procesos productivos caracterizada por el recurso por parte de la empresa que asume el control de los mismos a empresas especializadas o colaboradores externos para la realización de algunas —y eventualmente todas o la mayor parte— las fases o actividades que forman parte de los mismos, en lugar de llevarlas a cabo de forma directa, mediante la contratación de personal sujeto a una relación de dependencia. La descentralización productiva constituye, de tal forma, una estrategia de gestión empresarial basada en la combinación de tres elementos: a) la fragmentación y externalización de las actividades que integran un único ciclo de producción; b) el empleo de empresas especializadas y proveedores externos, normalmente en régimen de subcontratación, para su atención; y c) la coordinación global de las actividad de estos últimos por parte de la empresa principal, que mantiene así el control del entero proceso de producción pese a su disgregación⁵. Esta estrategia se sitúa en la base de los dos principales modelos de empresa red a los que se ha hecho referencia antes: el de empresa flexible y el de empresa contratista, en la medida en que ambos se sirven de la subcontratación como forma privilegiada de vinculación de las aportaciones par-

texto, por más que la técnica de conexión utilizada no sea, como se ha podido comprobar, siempre la misma.

³ Como apuntara hace ya bastante tiempo A. Martín Valverde, “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en AA.VV., **Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo**, Madrid, MTSS, 1990, pág. 225.

⁴ Conforme observa J. Raso Delgue, “Outsourcing”, en AA.VV., **Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial y Derecho del Trabajo**, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, pág. 38.

⁵ Para una aproximación general a la descentralización productiva como fenómeno organizativo y estrategia empresarial, vid. W. Sanguinetti Raymond, “Descentralización productiva”, **Portal Derecho. Programa de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social** (<http://www.iustel.com>), así como la bibliografía allí citada.

ciales de las diferentes organizaciones que forman parte de la red empresarial a la dirección y objetivos globales de aquella que se sitúa al frente de la misma. De allí que su importancia –y, con ella, la de la técnica contractual de la que normalmente se sirven– corra paralela al peso cada vez mayor que vienen adquiriendo esta clase de organizaciones en la actualidad.

Todo lo anterior nos permite apreciar hasta qué punto la subcontratación de actividades productivas ha pasado en pocos años, de situarse en la periferia de los procesos de producción, a integrarse en el núcleo de las estrategias empresariales de estructuración de los mismos. Ello nos induce a interrogarnos por las repercusiones laborales de tan espectacular transformación.

III. Las profundas repercusiones laborales de un fenómeno organizativo en principio puramente mercantil: la precariedad laboral y salarial como posibles secuelas de la operación descentralizadora

En principio, 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 nucleares⁶. Paralelamente, a través de ellas se buscaría también aprovechar la mayor capacidad de respuesta de las pequeñas y medianas empresas al cambio económico y tecnológico, sirviéndose de su actividad como eficaz complemento de la que se ha decidido ejecutar de forma directa. La consecución de objetivos en el plano laboral se sitúa, desde esta perspectiva, fuera del ámbito de la fundamentación nuclear de la conveniencia del recurso a la descentralización productiva.

Esta apreciación guarda coherencia, al menos desde el punto de vista formal, con la configuración técnica de este instrumento. En efecto, al basarse en la subcontratación de las actividades productivas, que pasan a ser realizadas por colaboradores externos o empresarios independientes contando con sus propios medios y personal, el *outsourcing* se configura como una técnica de gestión de los procesos productivos de naturaleza y alcances puramente mercantiles, sin incidencia directa sobre la aplicación de las normas laborales. Éste se sitúa, como se ha observado, en estadio previo a dicha aplicación, como es el de la estructuración de las actividades empresariales⁷, y no es capaz, por tanto, de ejercer influencia sobre ella.

A pesar de ello, son abrumadoras las evidencias que ponen de manifiesto cómo el encargo a terceros de parcelas la actividad productiva es percibido, en la práctica, esencialmente como un instrumento dirigido a conseguir una flexibilización notable de las formas de uso de la fuerza de trabajo y un ahorro significativo de los costes salariales a ellas asociados, soslayando los límites impuestos a estas operaciones por la legislación laboral vigente y los convenios colectivos de aplicación a la empresa⁸.

⁶ Como apunta F. Casani Fernández de Navarrete, “La descentralización productiva y la realidad económica”, en L. Gil Suárez (Director), **Descentralización productiva**, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pág. 199, “la principal fundamentación de las ventajas del *outsourcing* estratégico se basa en la importancia de concentrar los esfuerzos de la empresa en el mantenimiento y desarrollo de sus competencias nucleares (...). De esta forma se libera a la estructura de la empresa del resto de las actividades que son realizadas por especialistas externos y se mantiene una organización muy ágil y ligera, centrada en las actividades que sustentan su núcleo de competencias”.

⁷ Así, J. Cruz Villalón, “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, **Revista de Trabajo**, 1994, núm. 13, pág. 22.

⁸ En este sentido, nuevamente F. Casani Fernández de Navarrete, op. cit., pág. 200.

¿Cómo es posible que el mero encargo a un tercero de una actividad productiva en principio semejante a la que debería realizar por sí mismo el empresario principal sea capaz de producir efectos tan corrosivos sobre la aplicación de las normas laborales?

La explicación se encuentra, aunque a primera vista pueda parecer paradójico, en la propia técnica empleada para hacer efectivo dicho encargo. Es decir, en el recurso a la tantas veces mencionada subcontratación de actividades productivas. A continuación habrá ocasión de comprobarlo pasando revista a las consecuencias que la aplicación de este instrumento es capaz de generar sobre las relaciones laborales a las que afecta.

A. La sustitución del contrato de trabajo por formas externas de vinculación a los procesos productivos como premisa

El efecto más notorio de dicha opción es, como resulta fácil de aventurar, una masiva sustitución de relaciones de trabajo dependiente prestado de forma directa y regular por formas externas de relación con terceros para la realización de la misma actividad productiva.

En principio, la vinculación de la aportación de terceros al proceso productivo puede tener lugar de dos maneras distintas: bien mediante la contratación de colaboradores externos, los cuales desarrollan sus tareas de forma personal y directa contando con medios materiales propios, o bien a través del establecimiento de relaciones de colaboración con empresas auxiliares, que ejecutan la parcela de actividad que les ha sido encomendada con su propio personal. En el primer caso, la transferencia al exterior de la actividad se traduce en el reemplazo de la prestación de trabajo dependiente de los trabajadores de la empresa principal por formas de trabajo autónomo coordinado de acuerdo a las necesidades de la misma. En cambio, cuando se opta por el recurso a sociedades contratistas, la descentralización introduce una división del trabajo entre empresas en principio distintas ⁹, en tanto que cada una cuenta con su propia organización de medios y su propio personal, pero dentro de la cual aquella que es titular del proceso global de producción asume por lo general una posición de dominio de hecho o de derecho sobre las auxiliares con el fin de asegurarse la consecución de sus objetivos estratégicos. En los dos supuestos el efecto perseguido es, sin embargo, en última instancia el mismo: la sustitución del poder de dirección por otras formas de organización de la actividad ajena a través de las cuales se elude la configuración de un vínculo laboral con quienes atienden la actividad productiva, pero sin renunciar al control global de los procesos de producción, que se intenta mantener por otras vías.

Esta extensión del espacio de la contratación extralaboral conlleva, por lo demás, una ampliación de la zona fronteriza entre el trabajo subordinado, sujeto al Derecho del Trabajo, y el trabajo autónomo, excluido de él; así como entre los supuestos de externalización legítima, admitida de forma implícita por la mayor parte de ordenamientos, y los de mera interposición en la posición del empleador, prohibidos de manera prácticamente unánime ¹⁰. Es así como, frente a la tradicional dicotomía tra-

⁹ J. Rivero Lamas, "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo", en AEDTSS, **Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo**, Madrid, MTAS, 2000, pág. 80),

¹⁰ Vid., respectivamente, J. Cruz Villalón, "Descentralización productiva ...", cit., pág. 18; y F. Navarro Nieto, "Descentralización productiva y relaciones laborales", **Documentación Laboral**, 2004, núm. 71, págs. 46-48

bajo subordinado-trabajo autónomo hace su aparición una franja o categoría intermedia de sujetos, formalmente autónomos pero materialmente dependientes de la empresa comitente, cuyo encuadramiento en función de los criterios tradicionales resulta las más de las veces sumamente complejo, cuando no insatisfactorio en cuanto a sus resultados ¹¹. De igual forma, la clásica alternativa empresario real-empresario ficticio se ve también puesta a prueba por la emergencia de un nuevo tipo de empresa “dependiente”, funcionalmente subordinada a los designios de aquella que controla el proceso global de producción y dependiente además de ella desde el punto de vista económico, cuyo encaje en una u otra opción plantea dudas más que razonables.

A esta mayor dificultad calificatoria se añade, finalmente, la evidente posibilidad de utilización de estas nuevas modalidades de inserción en la actividad ajena como meras formas de encubrimiento de la existencia de relaciones de trabajo en régimen de dependencia en provecho de la empresa principal. Una posibilidad que se incrementa de forma notable como consecuencia de la evolución de las técnicas contractuales y la tendencia a asegurar a través de ellas resultados en última instancia semejantes a los que hasta el momento se habían venido garantizando mediante el poder de dirección. Las figuras del falso trabajador autónomo, así como de la empresa “pantalla” o interpuesta entre los trabajadores y aquella que organiza y dirige realmente su actividad, adquieren a partir de estos fenómenos mayores posibilidades de plasmación que en el pasado.

La utilización masiva de la subcontratación entraña, así pues, un primer riesgo para la aplicación de las normas laborales: el de su progresiva pérdida de virtualidad, como consecuencia de la creciente sustitución del contrato de trabajo por otras formas de vinculación del esfuerzo ajeno a los procesos productivos, todas ellas caracterizadas por combinar la independencia, al menos formal, en cuanto a la realización material de la actividad, con unos niveles más o menos intensos de sometimiento a los objetivos estratégicos de las empresas a las que se atiende.

B. Una forma sencilla de transformar puestos permanentes en temporales, eludir el marco normativo que les es aplicable y restar efectividad a los mecanismos de acción colectiva de los trabajadores

Pero la descentralización productiva no es solamente un mecanismo capaz de hacer posible la expulsión del ámbito de la laboralidad de determinadas relaciones. Más relevantes aún, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, son las consecuencias que se encuentra en condiciones de desplegar sobre aquellas las relaciones de trabajo que, permaneciendo dentro del espacio de aplicación de las normas laborales, se ven afectadas por ella. En estos casos, como apuntan con insistencia quienes en los últimos años vienen prestando atención a estos procesos, la externalización contribuye a reducir la seguridad, la estabilidad y las garantías que dichas normas han venido asegurando en el pasado a los trabajadores sujetos a una relación de dependencia ¹². El trabajo pierde, así, aquellas garantías básicas que contribuyen a transformar su calidad, tornándose “precario e inseguro” ¹³.

¹¹ Sobre el particular, vid. W. Sanguinetti Raymond, “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿Un criterio en crisis?”, **Temas Laborales**, 1996, núm. 40, págs. 59-68.

¹² En este sentido, expresamente J. Rivero Lamas, “La descentralización productiva ...”, cit., pág. 33.

¹³ J. Raso Delgue, “Outsourcing”, cit., pág. 43.

El mecanismo a través del cual se consigue esta reducción de garantías es bastante simple. Consiste en la elusión, mediante el recurso a empresas auxiliares o colaboradores externos, del presupuesto sobre el que se sustenta la aplicación de las mismas: la existencia de una relación directa entre la empresa titular de la actividad productiva y los trabajadores que se encargan de atenderla. Este hecho, en principio formalmente intrascendente, como se dijo, abre la posibilidad de una intensa precarización de las relaciones de trabajo de dichos trabajadores, así como de una minoración significativa de sus condiciones de trabajo. Unos efectos, ambos, imposibles de conseguir de mantenerse las tareas expulsadas en el ámbito de la empresa principal. Esto es así en la medida en que, al evitarse la configuración de dicha relación, la duración de las relaciones de trabajo, lo mismo que las retribuciones y demás beneficios del personal que lleva a cabo las labores exteriorizadas, dejan de estar vinculadas a las condiciones de desarrollo de la actividad por parte de la empresa principal, en cuyo ciclo productivo se encuentran en última instancia integrados, para pasar a depender de las del contratista. Se posibilita con ello esa transferencia de riesgos al exterior y conversión de los costes fijos de la empresa principal en variables que normalmente se encuentran en la base del recurso a estas técnicas.

Dicha operación tiene consecuencias, antes que nada, sobre la aplicación del principio de estabilidad en el empleo. Para tomar cuenta de ello basta con reparar en que, como consecuencia de la misma, la vigencia de las relaciones de trabajo del personal al servicio de la empresa contratistas deja de estar sujeta exclusivamente a las vicisitudes del desenvolvimiento de la actividad productiva de la empresa principal, a la que finalmente sirven, como ocurre de ordinario, para vincularse también a las de la relación entre su empleador y la misma. El fin de la contrata se convierte, de este modo, en un motivo susceptible de ser alegado para la extinción de estos contratos, así la actividad que realizan sigan siendo necesaria para la empresa principal. En tanto que la presunta imposibilidad de garantizar el empleo más allá del plazo del encargo deviene en causa capaz de ser utilizada como fundamento para la celebración de contratos de trabajo de duración determinada por tal período, incluso cuando a través de ellos se satisfagan necesidades ordinarias y permanentes de la empresa principal, que ella debería cubrir, de asumir directamente su realización, por medio de contratos por tiempo indefinido.

Lo anterior supone que mediante la externalización, no sujeto a ninguna exigencia causal, es posible fundamentar la conversión de puestos permanentes en temporales. Y también justificar su extinción por causas ajenas al funcionamiento de la actividad productiva a la que sirven. Todo ello, naturalmente, a falta de una intervención normativa o jurisprudencial que, trascendiendo los aspectos formales de la contratación, atienda al elemento sustancial de la persistencia de la necesidad de fuerza de trabajo que se atiende a pesar de los avatares de las relaciones entre la empresa comitente y contratista. De allí que se suele identificar a la sustitución de empleo fijo por temporal como uno de los principales efectos de la descentralización productiva y se ponga el acento en la precariedad como uno de los rasgos más característicos de la condición de los trabajadores que laboran para estas empresas.

A este efecto precarizador se añaden las consecuencias degradatorias que la operación externalizadora está en condiciones de desplegar sobre los salarios y las demás condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas contratistas. Ha de tenerse en cuenta que, al no poseer vínculo alguno con la empresa principal, dichas condiciones no han de adecuarse ya a los módulos uniformes aplicables al personal interno de ésta, sino que pasan a depender de la contratista. Una contratista creada por lo general para atender las necesidades de la mayor, de la que depende, y que debe ofrecer el

servicio a ésta en unas condiciones que hagan más provechoso recurrir a ella que contratar personal de forma directa. La respuesta previsible a esta tensión no es otra que la devaluación de las condiciones de trabajo del personal de contrata respecto del interno de la empresa principal. Una devaluación que viene facilitada por la no aplicación a dicho personal del convenio al que se encuentran sujetos los trabajadores de la empresa principal, bien por ser éste uno de empresa, o bien por situarse la empresa contratista, debido a su especialización, fuera de su ámbito funcional de aplicación, cuando se trata de un convenio sectorial. Ello abre la puerta a la posibilidad de sustituir dicho convenio por otro menos garantista, negociado con el propósito de favorecer un empobrecimiento de los derechos reconocidos a los trabajadores de las empresas contratistas comparados con los de los trabajadores de la principal, cuando no a la fijación unilateral de las condiciones de trabajo ¹⁴.

Es más, las consecuencias de esta operación pueden llegar a alcanzar a la elusión de la aplicación de la legislación laboral del país en el que se sitúa la empresa principal, cuando ésta opte por recurrir a la subcontratación de la actividad productiva con empresas situadas fuera del territorio nacional ¹⁵. Entonces, por aplicación del principio de territorialidad consagrado por la mayor parte de las legislaciones nacionales y los convenios internacionales sobre la materia, resultan de aplicación las normas laborales y convenios colectivos vigentes en el país en el que se realiza la prestación laboral y no en aquél en el que se aprovechan sus resultados. El recurso a la subcontratación permite, de tal manera, a las empresas comitentes la contratación del trabajo al precio del Estado menos protector, sin que la distancia sea un inconveniente decisivo para ello, dada la reducción de los costes de transporte y las facilidades que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones ofrecen para la coordinación global desde destinos remotos de los procesos de producción ¹⁶.

Algo semejante ocurre también, aunque desde una perspectiva distinta, cuando la externalización tiene como destinatarios a trabajadores autónomos, ya que entonces la exclusión no afecta solamente a la aplicación de lo previsto en los convenios colectivos aplicables a la empresa principal sino a la legislación laboral misma. Estos trabajadores se ven privados, por la propia naturaleza del vínculo que los une a la empresa principal, de los más elementales derechos laborales, debiendo asumir las condiciones previstas en sus respectivos contratos, de naturaleza no laboral, sin importar si éstas son superiores, inferiores o distintas a las que la empresa comitente ofrece a su personal.

¹⁴ Sobre estos procesos, vid. R. Escudero Rodríguez, “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, en R. Escudero Rodríguez (Coordinador), **Observatorio de la negociación colectiva**, Madrid, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 2002, págs. 45 y sigs. Como apunta este autor, op. cit., pág. 50, en los últimos años asistimos a un proceso de “deliberada elusión de aquellos convenios caracterizados por dispensar un mayor nivel de protección de los derechos de los trabajadores a favor de otros nuevos —o de algunos ya existentes, convenientemente modificados en sus ámbitos funcionales— que tienen un contenido más débil desde el punto de vista de las condiciones laborales que ellos garantizan”, estando los primeros “reservados, a modo de coto cerrado, a los trabajadores contratados por las empresas principales”, en tanto que “los segundos pasan a ser de aplicación a los de las empresas contratistas”.

¹⁵ La transnacionalización de las empresas puede ser considerada, desde esta perspectiva, conforme observa A. Recio, “Empresa red ..”, cit., pág. 228, como “una de las fórmulas que adquiere este proceso, en la medida en que les permite diferenciar sus pagos salariales en función de las condiciones sociales (leyes, presencia sindical, convenciones ...) existentes en cada país”.

¹⁶ Sobre este fenómeno, con especial atención al trabajo a distancia habilitado por el uso de dichas tecnologías, vid. W. Sanguinetti Raymond, **Teletrabajo y globalización**, Madrid, MTAS, 2003, passim.

Puede afirmarse, en consecuencia, que la decisión de proceder a la segmentación del proceso productivo constituye también en un instrumento capaz de permitir a quienes optan por ella una fácil elusión del convenio colectivo que les es aplicable. E incluso de la propia legislación laboral. Estas pueden, como resultado de su empleo, ver significativamente reducida su estructura de costes, al poder disponer a través de las empresas subcontratistas de prestaciones llevadas a cabo por trabajadores sujetos a unas condiciones de trabajo bastante inferiores que las que les corresponderían si estuviesen insertos dentro de su plantilla. A la posible precariedad laboral se añade, de este modo, una paralela degradación salarial. Una degradación salarial cuyo único límite se encuentra, cuando las relaciones de trabajo continúan estando regidas por la legislación laboral, por el salario mínimo interprofesional. Pero que no encuentra cortapisa alguna de situarse la fuera de su ámbito de aplicación.

De lo que expuesto se desprende que la generalización de las estrategias descentralizadoras entraña un segundo y muy importante riesgo para el Derecho del Trabajo, que se añade al de su potencial pérdida de virtualidad: el de la degradación de la función protectora y homogeneizadora de las condiciones de trabajo que tradicionalmente han venido desempeñando las normas laborales, tanto de origen legal como convencional, como resultado del auge de modalidades precarias de contratación para la atención de todo tipo de necesidades productivas, sujetas además por lo general a convenios colectivos de mínimos, al menos frente a aquellos que resultarían de aplicación de no optarse por este tipo de soluciones, cuando no al puro imperio de la autonomía individual.

La descentralización productiva posee, de este modo, un inquietante efecto dualizador sobre el mercado de trabajo ¹⁷, en la medida en que alienta el desequilibrio entre trabajadores integrados en los mismos procesos productivos ¹⁸, en función de una opción puramente organizativa, como es la de proceder o no a su disgregación. Esto nos sitúa delante de un modelo de empresa no sólo “escueta” ¹⁹, 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 ²⁰.

Naturalmente, frente a ello existe siempre la posibilidad de recurrir a los mecanismos tradicionalmente empleados para compensar la desigualdad de posiciones en el ámbito de las relaciones laborales: la acción sindical y la negociación colectiva. No debe perderse de vista, no obstante, que las propias características de los procesos descentralizadores contribuyen igualmente a reducir el espacio de actuación y la efectividad de estos instrumentos. En este sentido, la descentralización productiva no sólo acentúa las dificultades de sindicación de los trabajadores a los que afecta, sino que obstaculiza la articulación de los intereses profesionales a niveles superiores. Las razones de este doble efecto hay que buscarlas, tanto en la minoración de las dimensiones de las empresas y el incremento de la precariedad laboral que suelen acompañar

¹⁷ Como apunta F. Valdés Dal-Ré, “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, **Relaciones Laborales**, 2001, núm. 20, pág. 8.

¹⁸ J. Raso Delgue, “Outsourcing”, cit., p 43.

¹⁹ En palabras de J. Rivero Lamas, “La descentralización productiva ...”, cit., pág. 22.

²⁰ Nuevamente, F. Valdés Dal-Ré, op. cit., pág. 7.

a este tipo de fenómenos, como en el paralelo ensanchamiento del espacio para la individualización que a partir de ello se genera ²¹.

Esto se refleja en la negociación colectiva. A la inviabilidad de la empresa como unidad de negociación, que no es más que una consecuencia de su atomización, se suma una paralela dificultad para llevar a cabo una negociación razonablemente equilibrada a nivel sectorial, dada la reducida base organizativa y de representación de la se parte, así como las limitaciones de la posición de las empresas negociadoras, vista su dependencia respecto de las que les proveen de encargos. El resultado de todo esto no es otro, como se ha apuntado, que la suscripción de convenios colectivos de mínimos, incapaces de aproximarse a los aplicables a los trabajadores de la empresa principal.

C. Una explicación de conjunto: la subcontratación como instrumento capaz de “poner entre paréntesis” la aplicación del Derecho del Trabajo y sus principios tutelares

De lo hasta aquí expuesto no es difícil concluir que mediante el recurso a la externalización de actividades es posible conseguir unos niveles de flexibilidad en la utilización de la fuerza de trabajo y una reducción de costos salariales impensables por la vía de una reforma de la legislación laboral. Una legislación laboral que, al fin y al cabo, deberá seguir estando basada en una serie de principios básicos que a través de este tipo de estrategias se consigue eludir sin gran 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 tendencialmente 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 éstas y su personal. Es más, como se ha podido apreciar también, estos efectos pueden ser conseguidos sin que ello tenga que suponer necesariamente una renuncia al control global del ciclo de producción, que puede ser mantenido a pesar de todo mediante el recurso a técnicas de naturaleza contractual o societaria capaces de relativizar la radicalidad de la distinción entre esferas jurídicas que sirve de fundamento su consecución.

A la luz de estas consideraciones no es posible sino coincidir con quienes consideran que el problema de fondo que plantea la descentralización de actividades productivas no es tanto uno de garantía del cumplimiento de las obligaciones laborales, como se ha venido entendiendo hasta el momento, sino más bien de degradación de la calidad del empleo, derivado de su potencial “utilización para reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación” de la misma. ²²

Naturalmente, vistas las cosas desde esta perspectiva, no parece que pueda extrañar que el debate en torno a la necesidad de “flexibilizar” las normas e instituciones laborales, que ocupó un lugar privilegiado en décadas pasadas, haya terminado por languidecer. Ello no se debe, al menos en opinión de quien esto escribe, tanto a que se haya alcanzado en la mayor parte de ordenamientos el “grado óptimo” de flexibilidad demandando por el sector empresarial, como al hecho de que el recurso a estas técnicas permite a quienes deciden servirse de ellas obtener un resultado bastante más favorable que el que se conseguiría con una presunta reforma en clave flexibilizadora de la legislación laboral, pero sin tener que afrontar los obstáculos po-

²¹ J. Cruz Villalón, “Descentralización productiva ...”, cit., pág. 20.

²² J. RIVERO LAMAS, “La descentralización productiva ...”, cit., pág. 81.

líticos que supondría su aprobación. Simplemente, dicha legislación y sus instituciones básicas sigue estando vigentes, pero su aplicación se ve convenientemente “puesta entre paréntesis” o –si se nos permite la expresión– “puenteada”²³ mediante la colocación de la “barrera” de la personalidad jurídica diferenciada entre la empresa “madre” y los trabajadores que laboran para cada una de las sociedades que integran la red que la alimenta. El desplazamiento hacia el exterior de la determinación de la duración de los contratos de trabajo y el contenido de las condiciones laborales, con la consiguiente posibilidad de degradación de las mismas, no son sino una consecuencia “natural” de ello.

Con lo anterior no se pretende insinuar que toda externalización genere necesariamente esos efectos. Ni tampoco que la utilización de este mecanismo responda siempre a ese propósito. Por el contrario, no es difícil pensar en multitud de supuestos en los que el recurso a la misma no sólo se encuentra plenamente justificado, sino que constituye la estrategia más adecuada para satisfacer las necesidades empresariales, en especial debido a su carácter especializado, estando en condiciones además de reportar beneficios laborales superiores a los trabajadores que en él intervienen.²⁴ Lo que no parece que pueda negarse es que, cada vez que se aspire a alcanzar ese tipo de resultados, la técnica aludida se sitúa en condiciones de permitir a quienes recurran a ella su consecución. Esto hace posible que las operaciones de descentralización de actividades productivas basadas en razones técnicas, organizativas o productivas convivan con otras cuyo único propósito es conseguir una degradación de las condiciones de trabajo. E incluso que las primeras, que en principio deberían producirse en cualquier caso, puedan añadir a su finalidad originaria ese efecto. Con ello se crean las condiciones para la progresiva desvirtuación de este mecanismo y su transformación en un simple pero eficaz instrumento al servicio de una política de abaratamiento abusivo de los costos laborales.

Si el panorama que acaba de ser descrito se aproxima a la realidad, no parece descabellado considerar como uno de los desafíos más importantes –sino el que más– a los que se enfrenta actualmente el Derecho del Trabajo el de tratar de articular algún tipo de respuesta frente a estos fenómenos organizativos. No con el objeto de prohibirlos, naturalmente, sino de rescatar su empleo como una herramienta útil para la mejora de la calidad, la eficiencia y la competitividad empresarial, cerrando el paso a otros usos socialmente menos recomendables y a la larga promotores de su desvirtuación y de la ineficacia del sistema productivo. Es decir, de lo que se trata no es tanto de impedir o limitar el derecho de los empresarios a organizar sus actividades recurriendo a esta clase de técnicas, que es expresión de la libertad de empresa garantizada por todos los ordenamientos democráticos, como de propiciar la consecución de un equilibrio –de momento inexistente– entre la flexibilidad que éstas proporcionan, imprescindible dentro del mundo en el que nos movemos, y la tutela de la posición jurídica de los trabajadores implicados en ellas.²⁵

²³ J. RASO DELGUE, “Outsourcing”, cit., pág. 44, que emplea entrecomillado el anglicismo “*bypass*”.

²⁴ Precisamente, como anota A. RECIO, “Empresa red ...”, cit., pág. 228, “la diferenciación de espacios contractuales” que posibilita el empleo de esta técnica “permite actuar tanto a la baja, favoreciendo el abaratamiento de los salarios de las personas con menor poder negociador, como al alza, al favorecer la introducción de esquemas retributivos que mejoran las rentas de los grupos situados en niveles clave de la actividad empresarial”.

²⁵ Según propondría ya a principios de la década pasada J. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva ...”, cit., pág. 23.

IV. La respuesta del ordenamiento laboral peruano: una aproximación inicial tras la aprobación de la Ley 29245

En contra de lo que en principio pudiera pensarse, la problemática recién descrita, no afecta solamente —y quizá ni siquiera principalmente— a las economías avanzadas. Antes bien, existen evidencias que la situación resulta similar, sino incluso más preocupante, tratándose de países de economías en transición, como es el caso del nuestro, donde la aplicación de las estrategias descentralizadoras viene avanzando de forma acelerada en los últimos años en determinados sectores productivos.

Aunque no existen estadísticas que permitan cuantificar la magnitud que el fenómeno puede tener en nuestro país, si se dispone al menos de algunos datos referenciales capaces de aportarnos una idea aproximada de sus alcances y línea de evolución. Así, ya en el año 2004 se estimaba que nada menos que el 30 % de las operaciones empresariales se encontrarían en el Perú “tercerizadas”, principalmente en los sectores minero y petrolero, afectando el fenómeno a alrededor de 600,000 personas²⁶.

Este llamativo dato, sin embargo, termina por parecer conservador si se lo pone en contacto con informaciones más recientes en torno al volumen que habría alcanzado la subcontratación de actividades productivas en el sector minero. Un sector, por cierto, en pleno auge en la actualidad en nuestro país. Así, datos del año 2006 nos ofrecen evidencias de un nivel de “tercerización” de la fuerza de trabajo minera francamente alarmante: de los aproximadamente 109,000 trabajadores del sector, son “de contrata” casi 72,000 (es decir, el 65 %), mientras que los que trabajan directamente para las empresas mineras sumarían solamente 37,000 (el 35 %). De este modo, por ejemplo en la Compañía Minera Casapalca, de los 1,900 trabajadores que operan en la mina, sólo 200 aparecen en la planilla de la empresa. La explicación de esta elevadísima tasa de externalización no parece encontrarse en la existencia de razones técnicas, productivas o de especialización, sino en motivos de índole más primaria. En especial, en la diferenciación de condiciones de trabajo que por esta vía es posible obtener. Una diferenciación que puede llegar alcanzar en algunos casos el 100 %, como ocurre por ejemplo con la Compañía Minera Shougan, donde un trabajador en planilla ganaba en 2006 alrededor de 47 soles diarios, mientras que otro de contrata podía aspirar a un salario diario de apenas 23²⁷.

Pese a la impactante dimensión que han venido asumiendo estas prácticas en algunos de los sectores más importantes de nuestra economía, la falta de atención a estos fenómenos por parte del ordenamiento laboral peruano ha sido clamorosa.

En efecto, hasta fechas muy recientes no ha existido en el Perú norma alguna que se ocupase de regular las consecuencias laborales de la subcontratación de obras o servicios. En su momento la aprobación de la Ley 27626, denominada de Intermediación Laboral, generó una cierta expectativa de limitación del empleo de este tipo de mecanismos, al regular bajo este común paraguas conceptual supuestos de intermediación laboral propiamente dichos (la prestación de servicios “temporales”, bajo el poder de dirección de las empresas usuarias, por parte de trabajadores de las denominadas “empresas de servicios temporales”) conjuntamente con otros más próximos a la subcontratación de obras o servicios (la prestación de servicios “com-

²⁶ Pueden verse en este sentido las declaraciones del director de la Sociedad Overall Bussiness, aparecidas en el **Diario Gestión** el viernes 18 de junio de 2004, pág. V.

²⁷ Todos los datos provienen del especial dedicado a la minería peruana publicado por la revista **Bajo la lupa**, septiembre de 2007, núm. 1, pág. 21.

plementarios” y “especializados” por personal dependiente de empresas dedicadas exclusivamente a este tipo de actividades). Este hecho, unido a la expresa indicación por parte de la propia Ley de que el “destaque” de personal en los centros de trabajo u operaciones de las empresas usuarias se encontraba permitido únicamente en los tres supuestos recién mencionados, inducía a pensar que la opción de la norma había sido la de limitar la subcontratación, cuando las labores debían llevarse a cabo en las instalaciones de la empresa principal, a la prestación de los mencionados servicios complementarios y especializados, con exclusión de cualesquiera otros.

Esta presunta opción normativa, más próxima a la prohibición de la descentralización productiva que a su regulación, sin embargo, sería rápidamente puesta en cuestión por la aprobación del Decreto Supremo 003-2002-TR, cuyo artículo 4 dispuso que “no constituyen intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193 ° de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o 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”.

Al margen del difícil encaje de esta previsión, al menos frente al tenor literal de la Ley antes aludida, lo que resulta patente es a través de ella se optó por el mantenimiento del estado de anomia normativa que caracterizó la situación precedente. Una respuesta que resulta, como es evidente, tanto o más insatisfactoria que aquella marcada por la muy limitada operatividad del fenómeno a la que se habría intentado dar lugar con la aprobación de la Ley.

Lo anterior supone que, dentro del ordenamiento laboral peruano, las opciones de tratamiento de la descentralización productiva han venido basculando en los últimos años entre la marginalización de su empleo y su legalización para todo tipo de supuestos y sin ninguna clase de garantías, pese a que ambas opciones son, en última instancia, igualmente insatisfactorias.

Este panorama se visto, sin embargo, bruscamente alterado a lo largo de los dos últimos años por la aprobación de diversas normas encaminadas, precisamente, a regular los efectos laborales de la “tercerización” de actividades. Entre ellas, señaladamente, el Decreto Supremo Núm. 020-2007-TR, publicado el 20 de septiembre de 2007, y la aún más reciente Ley 29245, que saldría a la luz el 24 de junio del presente año.

Aunque una valoración profunda y detenida de los alcances de estos instrumentos, y en particular de la Ley 29245, que aborda con vocación integral el tratamiento del fenómeno, precisaría de un espacio y sosiego superiores a los que permiten esta ponencia, intentaré llevar a cabo en los párrafos que siguen al menos una ponderación inicial de su potencial impacto sobre la punzante realidad que ha sido apuntada. Una realidad que seguramente se encuentra en la base de la decisión política de proceder a su aprobación, vistos los llamativos conflictos sociales que se generaron a partir de ella en diversos espacios de la geografía nacional especialmente a lo largo de la primera mitad del año 2006.

Es evidente que el propósito de la Ley 29245 es, a la vez, tanto reafirmar la legalidad del recurso a la subcontratación de actividades productivas, como establecer un conjunto de garantías capaces de limitar sus efectos laborales negativos. La conciencia de que la “tercerización” es capaz de desplegar consecuencias desfavorables sobre

los trabajadores afectados por ella recorre toda la norma, que se aboca de manera decidida a intentar establecer cautelas frente a ello. Dichas cautelas tienen, sin embargo, en su mayor parte, un carácter puramente declarativo, en la medida, o bien se concretan en afirmaciones de alcance general, carentes de la debida precisión y, por tanto, prescriptividad, o bien suponen solamente la reafirmación de la aplicación en estos casos de garantías existentes con anterioridad dentro de nuestro ordenamiento.

Ciertamente, puede ser interesante que el legislador proceda a indicar que “la aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores” (artículo 2), añadiendo que esta forma de organización de las actividades empresariales “no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical”, pudiendo en tales casos los afectados proceder a “impugnar las prácticas anti-sindicales” realizadas (artículo 7.3 y 4). Del mismo modo, tampoco puede negarse el interés de que la norma se ocupe de declarar el derecho de los afectados a recurrir a las instancias administrativas y judiciales con el fin de solicitar “la verificación de la naturaleza de los contratos sujetos a modalidad de acuerdo con la legislación laboral vigente” o “impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio de la libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación”, entre otros efectos (artículo 7.4). Poco hay, sin embargo, de novedoso en estas afirmaciones, ya que todos estos son efectos garantizados ya por la Constitución y las normas legales vigentes con anterioridad en nuestro país. La virtualidad de estos mandatos, sin ningún mecanismo de refuerzo o apuntalamiento de su efectividad, se queda por tanto en una mera declaración de intenciones, que es capaz de desplegar únicamente un efecto pedagógico, seguramente importante dados los antecedentes, pero sin duda insuficiente para hacer frente a la crudeza con la que se están viviendo estos fenómenos en determinados sectores productivos de nuestro país.

El mismo impacto relativo tienen previsiones como aquella que garantiza a los trabajadores implicados en estos procesos que laboren “bajo contrato de trabajo sujeto a modalidad (...) iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado”, máxime cuando se aclara que este derecho resulta aplicable en relación con el personal de “su empleador” y no el de la empresa principal (artículo 7.1). O la que dispone que “los trabajadores que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal (...) tienen respecto de su empleador todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa vigente” (artículo 7.2). Incluso la relevancia de una previsión como la contenida en el artículo 5, según el cual “los contratos de tercerización” que incumplan los requisitos previstos por la ley e “impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadoras tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal”, debe ser relativizada. La introducción de este mandato sería de la máxima relevancia si no fuese porque el descrito era ya un efecto previsto por la Ley de Intermediación Laboral. Nuevamente, pues, el impacto de la norma termina siendo más pedagógico que sustancial.

Con todo, la Ley incluye al menos tres garantías a favor de los trabajadores implicados en estos procesos cuya importancia no puede ser desdeñada. Éstas son las siguientes: a) la exigencia de forma escrita para sus contratos, con especificación de “cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza” (artículo 4); b) la introducción de la obligación de la “empresa tercerizadora” de “informar por escrito a los trabajadores encargados de

la ejecución de la obra o servicio, a sus representantes, así como a las organizaciones sindicales y a los trabajadores de la empresa principal”, sobre “la identidad” de esta última, “las actividades que son objeto del contrato (...) cuya ejecución se llevará a cabo en el centro de trabajo o de operaciones de la misma” y el “lugar donde se ejecutarán” éstas; y c) la consideración de la “empresa principal” como “solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados”, bien que solamente para los supuestos de “realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadoras” y “por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado” (artículo 9).

El potencial efecto positivo de estas garantías salta a la vista, no solamente en relación con el aseguramiento del pago de los créditos laborales en los casos de insolvencia del subcontratista, para el que la consideración de la principal como responsable solidaria constituye una garantía sumamente eficaz, sino también en relación con el aseguramiento del cumplimiento por parte de los contratistas de la legislación laboral. No se trata aquí solamente de que la forma escrita de los contratos y la introducción del antes descrito deber de información facilitan y favorecen un mayor control de estas empresas por parte de su personal, tanto a nivel individual como colectivo. En realidad es aquí donde despliega su auténtico efecto positivo la imposición de la responsabilidad solidaria de la empresa principal, en la medida en que su imposición se constituye en el mayor aliciente para que la misma no solamente busque entrar en contacto con entidades solventes y serias desde el punto de vista laboral, sino que ejerza un control efectivo del cumplimiento por parte de las mismas de sus obligaciones legales.

Con todo, y a despecho de estos indudables aciertos, no es posible encontrar dentro de la norma en cuestión ningún mecanismo capaz siquiera de apuntar vías para hacer frente al problema más acuciante planteado por la externalización de actividades empresariales de acuerdo con el diagnóstico llevado a cabo en los epígrafes anteriores. No otro, naturalmente, que el de su potencial uso como instrumento para la precarización del empleo y la degradación de las condiciones de trabajo.

Ésta es una tarea sumamente difícil. No obstante, durante la fase de discusión de la norma se pusieron sobre la mesa propuestas que, de haber sido acogidas, habrían contribuido a reducir el uso extensivo de los contratos de duración determinada que caracteriza a estas actividades en nuestro país. Del mismo modo, en el último período se vienen poniendo en marcha por parte de los trabajadores “de contrata” de determinados sectores productivos (en concreto, telecomunicaciones y minería) interesantes iniciativas dirigidas a reducir la distancia de sus condiciones de trabajo respecto de las que aplica la principal, basados en la formación de organizaciones sindicales de carácter “horizontal”, que agrupan a todos los trabajadores que laboran para los contratistas de una misma empresa, y la negociación conjunta –o, en todo caso, paralela– de ciertas condiciones de trabajo, contando con la participación de la matriz. La Ley hubiera podido al menos tomar nota de estas experiencias, allanando los obstáculos formales que a veces se oponen a este tipo de iniciativas (en particular, a los efectos del registro de la organización sindical) y ofreciendo su respaldo a los instrumentos, ciertamente atípicos, a los que esta peculiar negociación “a tres bandas” (sindicato, empresas contratistas, empresa principal) es capaz de dar lugar. Experiencias de este tipo, bien que también embrionarias, existen ya en otros países.

Así las cosas, aún siendo meritoria, la intervención del legislador termina por ser insuficiente. Naturalmente, dependiendo de la perspectiva que se adopte, la aprobación de la Ley 29245 puede ser vista, bien como una oportunidad perdida para afron-

tar las auténticas causas del problema, o bien como primer y muy importante paso en la delicada tarea de “encauzar” estos fenómenos organizativos. De la voluntad política de quienes rigen los destinos del país depende que finalmente su trascendencia sea una o la otra. Dos cosas deberían, en cualquier caso, tenerse claras. En primer lugar, que el fenómeno existe en nuestro país y tiene una magnitud suficiente como para reclamar una respuesta de aún mayor alcance que la actual. En segundo lugar, que de ella dependen en gran medida no sólo la estabilidad y el equilibrio futuro de nuestras relaciones laborales, sino también que la situación de bonanza extraordinaria que experimentan en la actualidad determinados sectores productivos en nuestro país sea capaz de redundar en provecho de todos los que contribuyen con su esfuerzo a su obtención.