



XVIII CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD

Paris, 5-8 de Septiembre de 2006

TEMA 2 DERECHO DEL TRABAJO (EN SUS DIMENSIONES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS) Y DECENTRALIZACION PRODUCTIVA

PERU

Luis VINATEA

lvinatea@mafirma.com.pe

INTRODUCCION

El modelo de producción *fordista* del siglo XX ha venido perdiendo terreno frente a una nueva forma de organización empresarial, que llamaremos *post-fordista*. Como la empresa fordista, la post-fordista conserva siempre su unidad estratégica. Sin embargo, allí donde la empresa fordista seguía una lógica de integración de sus distintas fases productivas y de comercialización la empresa post fordista basa su estrategia en la segmentación y fragmentación de sus diferentes operaciones. La empresa post-fordista define las actividades u operaciones que guarda bajo su control directo y subcontrata (descentraliza) todas las demás a otras empresas. Este proceso puede tomar diferentes formas; algunas, como las transferencias, fusiones o absorciones de empresas o partes de ellas son ya bien conocidas y sus efectos legales por lo general están bien tratados por la legislación laboral. Sin embargo, otras modalidades de descentralización se expresan bajo formas de arreglos que el derecho del trabajo o el derecho en general tienen mucho mayores dificultades para abordar. El trabajo en red (*networking*), el *outsourcing*, las sociedades *holding* o la franquicia (*franchising*) entran dentro de esta categoría. Los préstamos de mano de obra entre empresas jurídicamente diferenciadas, o el suministro

de mano de obra a través de empresas de trabajo temporal también pueden formar parte de la misma estrategia, como asimismo el uso de contratos civiles y comerciales para la ejecución de tareas o la prestación de servicios que en el modelo fordista eran normalmente ejecutados o prestados por trabajadores asalariados. El término *externalización de operaciones* puede ser utilizado para referirse a los arreglos de subcontratación/*outsourcing* entre empresas, mientras que el de *externalización de la mano de obra* se aplicaría al suministro de trabajo únicamente.

El término “descentralización productiva”, que también se puede llamar “descentralización organizacional de la empresa” cubre los fenómenos antedichos. Se propone discutir el impacto de las estrategias de descentralización productiva en las relaciones de trabajo individuales y colectivas.

Los problemas a examinar dentro de este marco son de dos tipos. En primer lugar se debería discutir la protección de los trabajadores de las empresas asociadas o subcontratistas (subsidiarias en algunos casos) de la casa matriz o empresa principal. Si bien éstos no son empleados de dicha empresa su seguridad del empleo y con frecuencia también sus términos y condiciones de empleo son afectados por las opciones estratégicas de la casa matriz. La ley y jurisprudencia de ciertos países han desarrollado el concepto del *grupo de las empresas*, a partir del cual ha sido posible definir el concepto legal de la *unidad de la empresa* cuando las relaciones entre la casa matriz y sus asociadas/subsidiarias son muy estrechas (por ejemplo cuando la primera ejerce el control real de las asociadas/subsidiarias). Este concepto, que por cierto no es universal, tiene sin embargo sus límites. Además sus efectos legales varían mucho según las diversas formas que puede tomar la relación entre la empresa matriz y sus asociadas/subsidiarias.

El segundo tipo de problema se relaciona con la organización de las relaciones colectivas de trabajo en el marco de una estrategia de descentralización productiva. Entre las preguntas a tratar aquí parece oportuno examinar cómo los sindicatos organizan su acción en relación a las empresas que adoptan una estrategia de descentralización productiva. ¿Pueden organizar al conjunto de la mano de obra empleada por las diversas asociadas/subsidiarias de la empresa matriz? ¿Pueden ser representados al nivel de la empresa matriz, y si lo pueden, a través de qué órganos y según qué reglas? ¿Cómo pueden organizar la negociación colectiva? ¿Pueden organizar acciones comunes frente a la empresa matriz y sus asociadas/subsidiarias?

RESPUESTAS AL CUESTIONARIO **REGULACIÓN LABORAL EN EL PERU¹**

1. Descentralización Productiva.-

- a. En nuestro país, las formas más comunes de descentralización productiva son, por un lado, la intermediación laboral (desarrollada en nuestro país por las empresas de servicios especiales “services” y cooperativas de trabajadores) y, además y especialmente el *outsourcing* o externalización de servicios laborales. La intermediación laboral cuenta con una regulación rígida y se limita a supuestos muy concretos. Por otro lado, la tercerización cuenta con una regulación escasa y genérica. He ahí la razón para que sea esta última la que más se utiliza con relación a la intermediación.
- b. Cuando se trata de una intermediación laboral lo que existe es el suministro de mano de obra por parte de la empresa especial de servicios. Los ejemplos típicos son limpieza, mantenimiento, reemplazos temporales, etc. Mientras que cuando estamos frente a un *outsourcing* o tercerización lo que existe es la prestación de un servicio integral y diferenciado bajo la forma de un contrato de locación de servicios u obra, cooperación, asociativos, comerciales, de representación, entre otros.
- c. Se aprecia una tendencia hacia la descentralización de servicios laborales no necesariamente fundada en una estrategia de negocios sino, por el contrario, en la única salida laboral sin afectar la planilla. Esto se da, por ejemplo, en aquellas empresas que cuentan con topes máximos de contratación.
- d. En referencia a las relaciones colectivas de trabajo, cabe señalar que la descentralización productiva, como medida adecuada para la pervivencia de la empresa, puede involucrar una causal de cese colectivo válida y en tal sentido, llevar a una reducción de la planilla.

2. Grupo de Empresas.-

Si bien el tema no tiene tratamiento legislativo, la jurisprudencia ha entendido que el grupo de empresas constituye un conjunto de sociedades independientes y autónomas que se encuentran sometidas a una dirección y a un control económico o financiero únicos.

En este sentido, un grupo de empresa se caracteriza por los siguientes elementos:

- Diversidad de empresas jurídicamente independientes.
- Dirección Unitaria

Ahora bien, en lo referente a la calificación del grupo de empresa como Empleador, la jurisprudencia ha entendido que la simple existencia de conexiones accionariales, económicas o financieras entre las empresas no basta para imputar al grupo de empresas, como unidad, la condición de Empleador salvo que medien algunos indicios

¹ Desarrollado por Luis Vinatea Recoba por encargo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

sobre la existencia de un fraude a la personería jurídica con el propósito de causar un perjuicio a los trabajadores.

Para la jurisprudencia, la sanción, ante estos indicios de fraude, no consiste en responsabilizar al grupo, como una unidad; sino, respetar la personalidad jurídica independiente de cada empresa y declararlas solidariamente responsables por cualquier adeudo laboral o previsional que pudieran reclamar los trabajadores.

3. Transferencia de empresas y otras modificaciones en la situación jurídica de una empresa o partes de ella.-

- a. Si bien en la legislación no existe una definición de la transferencia de empresa si lo hay de una figura similar, la fusión, que según la Ley General de Sociedades (LGS) se refiere a “la fusión es la reunión de dos o más sociedades para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley”. Puede adoptar una de las siguientes formas: (i) la fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante origina la extinción de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad y (ii) la absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad absorbida.²

La externalización de las actividades de la empresa no supone *per se* que se transfiera necesariamente la empresa o una parte de ella a un tercero sino lo que se hace es que se encargan actividades específicas del proceso productivo o empresarial sin que se vea afectado el patrimonio de la empresa.

- b. El artículo 344 -2) de la LGS señala que: “(...)la sociedad absorbente asume a título universal y en bloque los patrimonios de las absorbidas(...)”. La citada norma puede aplicarse al ámbito laboral en el sentido que las empresas absorbentes en una fusión responden por los créditos laborales de los trabajadores por los servicios prestados a la empresa absorbida.

Esto sumado al principio de continuidad laboral recogido por la doctrina y la jurisprudencia nacional hacen pensar que los trabajadores mantendrían íntegros sus derechos laborales frente a su nuevo empleador.

Una señal de que el principio de continuidad laboral se encuentra vigente lo constituye el artículo 43-e) de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (D. Ley 25593) cuando establece que la convención colectiva de trabajo “continuará en vigencia, hasta el vencimiento de su plazo, en caso de fusión traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares”.³

Sin embargo legalmente no existe norma laboral que señale algún tipo de solidaridad entre las empresas cedentes y cesionarias, de lo que finalmente se hace responsable únicamente a la empresa adquirente.

² Ley 26877 Ley General de Sociedades. Artículo 344 y ss.

³ MORALES CORRALES, Pedro. *Sucesión Empresarial En: Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004. pp.274 y 275.

- c. Las empresas no están obligadas a consultar, negociar ni informar a los representantes de los trabajadores ni siquiera a la autoridad administrativa en casos de transferencias de empresas.
- d. Dado que existe un vacío legal en materia laboral que regule especialmente esta figura, las relaciones entre ambas empresas se regulan bajo las normas del derecho civil y comercial.
- e. En aplicación del principio de continuidad laboral dichas relaciones se deberían mantener bajo las mismas condiciones en que se venían realizando antes de la transferencia de empresas, sin embargo sería posible que justificado en causas objetivas ante la autoridad administrativa se produzcan cambios esenciales en los deberes de la prestación laboral tales como jornadas, horario y remuneraciones.

Toda vez que por la transferencia de empresas una adquiere los activos y pasivos de la otra, todo el poder de dirección recae en la empresa absorbente, con lo que a pesar que la empresa cedente se mantenga en contacto con los trabajadores, la verdadera dirección y control de los mismos recae en la empresa cesionaria.

4. Situación de empleados de empresas contratistas con respecto a la empresa matriz.-

- a. Responsabilidad de empresa matriz por obligaciones de contratistas:
 - 1. Higiene, seguridad y riesgos ocupacionales: La empresa matriz no es responsable por la seguridad e higiene de los trabajadores de las empresas contratistas salvo que aquélla se dedique a la realización de determinadas actividades de riesgo tales como construcción civil, minería, sector energía, entre otras.
 - 2. Salarios y otras prestaciones debidas a los trabajadores: Debe diferenciarse 2 situaciones:
 - Si el vínculo entre la empresa matriz y la contratista es uno de intermediación laboral, ambas son consideradas como responsables solidarias por cualquier adeudo salarial o beneficio social que corresponda al trabajador siempre que éste no sea cubierto por el monto de la fianza establecida, conforme a ley, por la empresa contratista al momento de suscribir el contrato de intermediación laboral con la empresa matriz.
 - Si el vínculo entre ambas empresas obedece a una relación de tercerización o *outsourcing*, la empresa matriz no será responsable por ningún adeudo salarial o beneficio social que la empresa contratista deba al trabajador salvo que se determine algún vínculo patrimonial entre ambas (grupo de empresa) con intención fraudulenta. De darse este caso, ambas empresas serán solidariamente responsables por el pago de los Beneficios Sociales de los trabajadores.
 - 3. Cotizaciones a la Seguridad Social o fondos privados de pensiones: Respecto de este concepto se aplican las pautas precisadas en el punto anterior.

- b. La empresa contratista no está obligada a informar a sus trabajadores acerca de la identidad de la empresa matriz para la cual presta servicios.
- c. Conforme a la jurisprudencia –por ejemplo, sentencias No. 817-88-CD, 290-87 y 435-94-SL es posible entender la existencia de una relación laboral directa entre el trabajador de la empresa contratista y la empresa matriz. En estos casos, los efectos legales de estos pronunciamientos han devenido en la reposición del trabajador en la empresa matriz por cuanto al ser ésta la verdadera empleadora, las medidas adoptadas por la contratista no debería haber tenido efecto alguno –despido-.

5. Suministro de mano de obra.-

- a. El suministro de mano de obra entre empresas jurídicamente distintas es efectivamente posible; no obstante, el mismo se encuentra regulado y limitado a supuestos particulares. Las normas particulares del sector son Ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, y su Reglamento, Decreto Supremo N° 003-2002-TR.
- b. Regulación de empresas de servicios temporales (ETT):
 - 1. Mediante las ETT (intermediación laboral) se pueden realizar las siguientes actividades:
 - El desarrollo temporal de actividades principales: Son las actividades vinculadas, consustanciales al giro de negocio de la empresa siempre que puedan ser ejercidas temporalmente a través de la suscripción de contratos de trabajo sujetos a las modalidades de suplencia o de naturaleza ocasional.
 - El desarrollo de actividades complementarias o especializadas: Mientras las primeras consisten en los servicios que son calificados de accesorios, auxiliares o no vinculados con el desarrollo del giro principal de la empresa usuaria; las segundas implican la prestación de servicios que además de ser auxiliares o accesorios, exigen un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados.
 - 2. No hay actividades o industrias en las que se prohíbe el suministro de trabajadores temporales. Las ETT pueden ser empleadas en cualquier tipo de actividad o industria.
 - 3. Para poder operar las ETT, éstas deben estar inscritas previamente en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan Actividades de Intermediación Laboral a cargo del Ministerio de Trabajo. Para conseguir este Registro, la ETT deberá presentar la siguiente información:
 - Copia de la escritura de constitución inscrita en Registros Públicos
 - Copia del Registro Único de Contribuyentes
 - Copia del documento de identidad del representante legal
 - Constancia policial domiciliaria correspondiente al domicilio de la empresa.
 - Acreditar un capital suscrito y pagado no menor a S/. 148,500.00
 - 4. Entre la empresa usuaria y la ETT se celebra generalmente un contrato civil (locación o prestación de servicios). En cambio, entre la ETT y el trabajador, el contrato que

debe existir es uno de naturaleza laboral –no es posible la existencia de un contrato de locación de servicios o de modalidades formativas-.

5. Debe diferenciarse 2 supuestos:

- Si la labor a realizar constituye actividad principal de la empresa usuaria, ésta pueda ser ejercida sólo temporalmente: contrato ocasional –6 meses- o de suplencia – mientras la relación laboral del trabajador estable de la empresa usuaria se encuentre suspendida-.
- Si la labor a realizar constituye actividad complementaria o especializada, no hay límites en el tiempo para el suministro del trabajador.

6. Existen las siguientes restricciones:

- Para actividades principales, el número de trabajadores destacados no puede exceder del 20% de trabajadores de la empresa usuaria del servicio.
- Para actividades complementarias o especializadas, si la ETT no asume autonomía técnica y responsabilidad por el desarrollo de las actividades contratadas, se aplican los límites cuantitativos señalados (20% de trabajadores de la empresa usuaria). En cambio, si la ETT asume autonomía técnica y responsabilidad por el desarrollo de las actividades contratadas, no se aplican los límites cuantitativos.

7. Mientras dure el suministro de trabajadores de la ETT a la empresa usuaria, estos percibirán las mismas remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga, de manera general, a sus trabajadores.

Esta extensión de beneficios no es aplicable cuando las labores desarrolladas por los trabajadores destacados no son realizadas por ningún trabajador de la empresa usuaria.

8. La empresa usuaria será solidariamente responsable con la ETT sólo cuando la fianza otorgada por la ETT para cubrir sus obligaciones laborales y provisionales correspondientes a los trabajadores destacados a la empresa usuaria sea insuficiente.

Así, la empresa usuaria responderá solidariamente sólo por los adeudos laborales generados a favor de los trabajadores destacados durante el tiempo que prestaron servicios en ella.

9. En principio, en nuestro país no se ha evidenciado la presencia de sindicatos al interior de ninguna ETT; sin embargo nada obstaría para que ello suceda, puesto que es entre ésta y los trabajadores destacados que se configura la relación laboral, aún cuando en la práctica los mismos sean destacados a una tercera empresa usuaria.

De otro lado, entre la empresa usuaria y los trabajadores destacados a ella no existe una relación laboral ya que los mismos son destacados en virtud a una relación comercial entre la ETT y ella (contrato de locación de servicios). Por ello, no sería

posible la configuración de relaciones colectivas entre ésta y los trabajadores que le sean destacados.

10. Existen las siguientes sanciones legales:

- Laborales: Se considera la existencia de una relación laboral directa entre la empresa usuaria y los trabajadores destacados; de modo tal, que aquélla es responsable por el pago de remuneraciones y Beneficios Sociales desde el inicio del supuesto suministro.
- Administrativas: La empresa usuaria habría cometido 3 infracciones: (i) no pagar Beneficios Sociales de carácter irrenunciable a favor de estos trabajadores irregularmente destacados; (ii) no haber registrado en planillas a los referidos trabajadores y (iii) haber incurrido en un uso irregular del suministro de trabajadores mediante ETT.

Por cada una de estas infracciones, la empresa usuaria deberá pagar el 5, 10, 20, 30, 50, 80 o 100% de S/. 33, 000.00.

- Tributarias: La empresa usuaria habría cometido 3 infracciones: (i) no pagar la aportación al sistema de seguridad social por los trabajadores irregularmente destacados; (ii) no haber retenido la renta de quinta categoría a cargo de estos trabajadores; y (iii) presentar declaraciones anuales de Impuesto a la Renta de forma incompleta (no se consignaron las aportaciones a cargo del empleador, empresa usuaria).
- c. Efectivamente, existen decisiones judiciales que reconocen la existencia de una relación de trabajo directa entre una empresa usuaria y los trabajadores destacados, esto en la medida que se trataba de supuestos ilegales o irregulares. Así tenemos las sentencias No. 817-88-CD, 290-87 y 435-94-SL.

6. Franquicia

- a. Es un contrato por medio del cual el franquiciador otorga al franquiciado el derecho a ejercer determinadas actividades relacionadas con la producción de ciertos bienes y prestación de servicios mediante métodos y medios propios, a cambio de un canon inicial, más el pago de regalías que equivalen a un porcentaje de las ventas netas producidas.

Es un contrato consensual, atípico, bilateral múltiple, *intuitu personae*, de tracto sucesivo y continuo, con prestaciones recíprocas y oneroso. No existe norma legal que lo defina por lo que es de aplicación el artículo 1354 del Código Civil que señala: “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.⁴

- b. Dada la naturaleza del contrato en mención en el cual ambas partes negocian en igualdad de condiciones y tienen prestaciones recíprocas, por un lado brindar la asistencia técnica que permita implementar y expandir un determinado tipo de negocio a cambio de un pago fijo y otro variable de dinero, se busca la colaboración entre las

⁴ PEREZ ALBELA, Jorge. *Aspectos legales del Franchising*. En: Informativo de Gestión Contable. Lima: Diario Oficial El Peruano del 28.04.2003. p.17

partes, por lo que, en su forma ideal este tipo de contrato no presupone la figura de la subordinación, sin embargo en el país es posible que se utilice esta figura empresarial para encubrir una relación de dependencia.

- c. Los empleados deben ser trabajadores exclusivamente contratados por el franquiciado ya que es éste quien se va a encargar del desarrollo de una unidad completa de negocio bajo ciertos parámetros y “know how” que le será otorgado por el franquiciador, existiendo además la obligación y el interés de éste de colaborar con la formación del personal del franquiciado a efectos de contar con el personal idóneo y capaz que pueda mantener y elevar la productividad del negocio.

7. Acción y Negociación Colectiva en un contexto de Descentralización Productiva.-

- a. En estricto, no se ha expuesto o materializado una posición concreta de los sindicatos hacia la descentralización productiva. En la actualidad, la descentralización productiva se lleva a cabo sin mayor intervención de los sindicatos de empresas, salvo en el contexto de un cese colectivo por causas estructurales y, aún en este supuesto la negociación no es bastante reducida ya que de lo que se trata en el fondo es de convencer a la autoridad administrativa de la necesidad de la medida.
- b. No, en nuestro país los sindicatos pueden ser: (i) de nivel de empresa, con un solo empleador, (ii) de actividad, dos o más empresas de la misma rama de actividad, (iii) de gremio, trabajan para varias empresas, pero en lamisca especialidad, oficio o profesión y (iv) de varios oficios que trabajen par varias empresas cuando en determinado lugar no se alcance el número mínimo para su conformación.
- c. No. La representación sindical sólo se ejerce en los ámbitos expuestos en el punto precedente.
- d. No. La legislación no reconoce ni ampara este tipo de negociación sino sólo las establecidas en los niveles antes referidos.
- e. Hasta el momento no.

8. Otras cuestiones.-

Los temas relevantes han sido cubiertos por las preguntas del formulario.