

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**LA CLASIFICACIÓN DE ORGANIZACIONES SINDICALES EN EL PERÚ
Y SU REPERCUSIÓN EN LA LIBERTAD DE ORGANIZACIÓN
SINDICAL DE LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS DE
TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR

CARMEN CECILIA PANAQUE ARBULU

ASESOR

GUILLERMO ENRIQUE CHIRA RIVERO

<https://orcid.org/0000-0003-0948-5633>

Chiclayo, 2020

**LA CLASIFICACIÓN DE ORGANIZACIONES SINDICALES EN
EL PERÚ Y SU REPERCUSIÓN EN LA LIBERTAD DE
ORGANIZACIÓN SINDICAL DE LOS TRABAJADORES DE
LAS EMPRESAS DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS**

PRESENTADA POR:
CARMEN CECILIA PANAQUE ARBULU

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Javier Hildebrando Espinoza Escobar
PRESIDENTE

Manuel Francisco Porro Rivadeneira
SECRETARIO

Guillermo Enrique Chira Rivero
VOCAL

DEDICATORIA

Esta tesis la dedico con mucho cariño a mi madre Luz Angelica Arbulu Valdez, quien confió en mi desde el comienzo de mi carrera universitaria, a mi padre Víctor Panaque Cabrejos que es la fuerza que siempre me acompaña a cada paso que doy, a mi segundo padre José Castellanos Pérez por todo su sacrificio y esfuerzo a nuestra familia y a mi hermano Jean Pierre que con todas sus ocurrencias siempre pone la cuota de alegría a mi vida.

A mi amado esposo Alejandro Guevara Soriano por su paciencia y palabras de aliento que no me dejaban decaer y lograba que perseverara en mis ideales.

A mi adorada hija Valentina Alejandra, por ser la fuente de energía que me impulsa a ser mejor todos los días.

AGRADECIMIENTO

Por la culminación de esta tesis agradezco en primer lugar a Dios, sin él nada de esto sería posible.

Al Mstro. Guillermo Chira Rivero por su valiosa ayuda y tiempo para la elaboración de esta tesis.

CONTENIDO

Resumen.....	8
Abstract.....	9
Introducción.....	10
Capítulo I: La libertad sindical	14
1.1. El contenido de la libertad sindical.....	15
1.1.1. Libertad Sindical Individual	17
A) Libertad Sindical Positiva	17
a.1) Derecho de libre constitución de organizaciones sindicales.....	17
a.2) Derecho de libre afiliación	19
B) Libertad Sindical Negativa	19
1.1.2. Libertad Sindical Colectiva.....	20
A) Derechos colectivos de organización.....	21
a.1) Derecho a la libertad de reglamentación	23
a.2) Derecho a la libertad de representación.....	24
a.3) Libertad de federación.....	24
a.4) Libertad de suspensión o disolución	25
B) Derechos colectivos de actividad.....	25
b.1) Negociación Colectiva.....	26
b.2) La Huelga.....	28
1.2. Protección a la libertad sindical	29
1.2.1. La obligación estatal de garantizar y promover la libertad sindical	30
a) Ámbito subjetivo de la protección: el fuero sindical.....	30
b) Ámbito objetivo de la protección.....	31
1.2.2. La protección de la libertad sindical en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.....	32
13 Sindicalismo y libertad sindical en el Perú	33
a) La libertad sindical en la Constitución de 1993.....	34
Capítulo II: La tercerización de servicios en la descentralización productiva peruana	36
2.1. La descentralización productiva como fenómeno social en el mundo laboral.....	37
2.2. Descripción y Clasificación	39
2.3. Análisis de las principales consecuencias de la descentralización	42
2.3.1 Incidencia en las relaciones individuales de trabajo.....	43

a) Alteración de la noción del empleador	43
b) Diferenciación de las condiciones de trabajo y empleo del personal subcontratado y del personal que labora en la empresa principal	43
c) Uso intensivo de la mano de obra	44
2.3.2. Efectos en las relaciones colectivas de trabajo	44
2.4. La descentralización productiva en el Perú	46
2.5. La Tercerización de Servicios	48
2.5.1. Concepto	49
2.5.2. Requisitos.....	52
2.5.3. Características.....	53
2.5.4. La Garantía de Derechos Laborales en los servicios de tercerización.....	56
2.5.5. Prohibición.....	57
2.5.6. Desnaturalización	58
2.5.7. Legislación Comparada.....	60
2.5.8. Tratamiento comparado con otras figuras contractuales	64
2.5.9. Jurisprudencia sobre la Tercerización.....	68
Capítulo III: Limitación en la creación de nuevos tipos de sindicatos en la Ley de relaciones colectivas de trabajo respecto a los trabajadores de las empresas de tercerización de servicios	73
3.1. Limitación en el ejercicio de libertad sindical a nivel organizacional en las empresas de tercerización de servicios	74
3.1.1. El convenio 87 y su relación con la libertad de organización.....	74
3.1.2. El Convenio 87 de la OIT en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.....	77
3.1.3. Efectos de la Descentralización Laboral en el Perú	77
3.1.4. La Libertad Sindical en la Tercerización de Servicios	80
3.2. Afectación a la Negociación Colectivas en las empresas tercerizadoras	84
3.2.1. Utilidad de la Negociación Colectiva y su fruto: El Convenio Colectivo.....	84
3.2.2. La promoción de la negociación colectiva: El papel del Estado Peruano.....	88
3.2.3. Efectos de la Tercerización de Servicios en la Negociación Colectiva	92
3.2.4. Afectación a la libertad sindical individual de organización.....	94
3.3. El rol de la empresa que presta servicios de tercerización en la negociación colectiva	97
3.4. Propuesta de Empleador Plural	99

3.5. Proyecto de Ley que modifica la ley n° 29245, para garantizar los derechos de los trabajadores de las empresas tercerizadoras.....	102
3.6. Realidad sindical en el departamento de Lambayeque.....	103
Conclusiones.....	111
Bibliografía	113
Anexo	122

RESUMEN

La libertad sindical es un derecho esencial para los trabajadores, puesto que garantiza la posibilidad de expresar sus aspiraciones, fortalecer su postura en la negociación colectiva y participar en la elaboración y aplicación de la política económica y social dentro de la empresa en la que laboran. Sin embargo a pesar de encontrarse regulado a nivel nacional como internacional, aún existen un sector de trabajadores que pertenecen a las empresas de tercerización de servicios, que ven limitado el ejercicio de su libertad sindical individual de organización, por la restricción a la creación de nuevas organizaciones sindicales distintas a las establecidas en el artículo 5 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

El desarrollo de esta tesis, indagara si realmente existe vulneración a la libertad sindical individual de organización en los trabajadores de las empresas tercerizadoras, observando si esto es reflejado en la formación de organizaciones sindicales de empresa para este sector laboral en el Departamento de Lambayeque, y de ser el caso dar nuevas propuestas para evitar que se siga dando esta afectación.

PALABRAS CLAVE

Libertad sindical, descentralización productiva, Ley de relaciones colectivas de trabajo, limitación organizaciones sindicales tercerización de servicios.

ABSTRACT

Freedom of association is a fundamental right for workers, since it guarantees the possibility of expressing their aspirations, strengthening their position in collective bargaining and participating in the elaboration and application of economic and social policy within the company in which they work. However, despite being regulated at the national and international levels, there are still a sector of workers who belong to service outsourcing companies, who are limited in the exercise of their individual freedom of association to organize, due to the restriction on the creation of new trade union organizations other than those established in article 5 of the Collective Labor Relations Act.

The development of this thesis, will investigate if there really is a violation of the individual freedom of association to organize in the workers of the outsourcing companies, observing if this is reflected in the formation of trade union organizations for this labor sector in the Department of Lambayeque, and if it is the case, make new proposals to prevent this affectation from continuing.

KEYWORDS

Freedom of association, productive decentralization, Collective Labor Relations Act, limitation of trade union organizations, outsourcing of services.

INTRODUCCIÓN

La libertad sindical es un derecho fundamental con el que cuentan todos los trabajadores de régimen público y privado y es protegida por nuestra Carta Magna, así como por la Declaración de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en nuestro país; formando parte de ella el derecho a la organización sindical, negociación colectiva y huelga; todos ellos de esencial necesidad para los intereses colectivos de los trabajadores. En ese sentido la libertad sindical busca crear y establecer las condiciones adecuadas para que, a través de las organizaciones sindicales, los trabajadores puedan alcanzar mejores condiciones de trabajo previa negociación colectiva con su empleador y de igual manera conseguir mejores resultados dentro de la actividad económica que desarrolla, conllevando a relaciones laborales más armoniosas.

El primer paso de la libertad sindical es el derecho a la sindicación, el cual se basa en el derecho que tiene todo trabajador para constituir, afiliarse o no afiliarse a una organización sindical. Siendo que el Convenio N. 87 de la OIT ha definido a la organización sindical como “Toda organización de trabajadores o empleadores que tengan por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o empleadores”¹. Es así que todo trabajador cuenta con el derecho de crear organizaciones sindicales, reunirse y defender sus derechos colectivos ante el empleador con el único fin de lograr equilibrar la desigualdad existente ante su empleador, sin embargo, nos preguntamos si el Estado Peruano realmente protege la libertad sindical de los trabajadores sobre todo en el primer paso fundamental como es el derecho a la creación de organizaciones sindicales. A través de esta investigación verificaremos si los trabajadores producto de la descentralización productiva son los que se encuentran más vulnerables a esta desprotección.

La descentralización productiva es: “Es un modelo de organización productiva basado en

¹ Cfr. Artículo 10° del Convenio N. 87° de la OIT, en ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. Convenio 87- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 [Acceso 13.09.2017] En http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087

la especialización flexible que permite mejorar la adaptación ala evolución de los mercados”². No obstante, así como trae grandes ventajas empresariales, también logra generar riesgos para los trabajadores que forman parte de esta, en la medida que evita la fuerza del sindicato dentro de la empresa o cuando menos logra disminuir su fuerza.

Esto se puede ver reflejado en una de las figuras actuales de la empresas de descentralización productiva más utilizadas como es la tercerización de servicios, el cual es un proceso que consiste en la contratación de empresas para que desarrollen un servicio de forma integral que antes era desarrollado por la empresa principal³, por lo que los trabajadores de las empresas tercerizadoras cuentan con todos los derechos según la ley, entre ellos el derecho de formar organizaciones sindicales con el fin de que se establezca una dinámica de diálogo social entre sus trabajadores y en este caso con el empleador de la empresa tercerizadora, pero cabe preguntarse ¿cuantas empresas de tercerización de servicios se han formado en el departamento de Lambayeque?

Cuando el artículo 5 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo determina los ámbitos de organización sindical (empresa, rama actividad, gremio y oficios varios), lo realiza tomando en cuenta el modelo tradicional de empresa. Empezando el problema cuando se quiere forzar este mismo modelo sindical a las empresas tercerizadoras, abordando primero porque un sindicato de empresa para los trabajadores tercerizados es un deseo, pues están dispersos en distintas empresas principales por lo cual sería casi imposible que se unan, sumándose a esto la temporalidad de sus puestos. Y si en todo casi se logra formar un sindicato de empresa formado por las empresas tercerizadoras no alcanzarían a tener el mismo poder de presión que los sindicatos de empresa formados por trabajadores de la empresa principal, además la negociación colectiva no sería tan atractiva puesto que su empresa formal no lograría satisfacer todos sus reclamos como lo haría el empleador principal, afectando de esta manera la libertad sindical de estos

² Cfr. TORRES TAFUR, Cristina. *Efectos de los Mecanismos de Descentralización Productiva en las Relaciones Individuales de Trabajo*, Tesis para optar a título de abogado. Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, 2009, p. 12.

³ QUIROZ ESLADO. Luis. *Nuevas Formas de Contratación Laboral: Intermediación Laboral, Tercerización y Teletrabajo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014, p.5.

trabajadores.

La hipótesis que planteo es verificar si se afecta la libertad sindical con la clasificación de organizaciones sindical en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en los trabajadores que forman parte de las empresas de tercerización de servicios entonces resultaría necesaria la modificación de dicha ley. La problemática que planteo en la presente investigación es indagar si resulta necesario la modificación de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo de modo que permita un número apertus en los tipos de sindicato basándose en el convenio N° 87 del Organismo Internacional de Trabajo, permitiendo así que las empresas dentro de la descentralización productiva entre ellas la tercerización de servicios constituyan las organizaciones sindicales que estimen convenientes. Siendo mi problema: ¿De qué manera se afecta la libertad sindical de los trabajadores de las empresas tercerizadoras con la limitación de los tipos de sindicatos en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo?.

Para responder esta interrogativa, nos hemos planteado como objetivo general determinar la afectación de la libertad sindical individual en relación con la constitución de organizaciones sindicales en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo respecto a los trabajadores de las empresas de tercerización de servicios, mientras que como objetivos específicos tenemos tres: conocer el desarrollo de la libertad sindical a nivel internacional como nacional, evaluar cómo se ha dado el proceso de descentralización laboral en nuestro país incidiendo en una de sus formas representativas la tercerización de servicios y por último determinar la cantidad de sindicatos formados por trabajadores de la empresa de tercerización de servicios en el departamento de Lambayeque,

Para alcanzar los objetivos de la presente investigación, hemos dividido la presente tesis en tres capítulos: en el primer capítulo abordaremos en torno al tema de libertad sindical su contenido esencial de: sindicación, negociación colectiva y huelga, su reconocimiento internacional y además la evolución que tuvo el desarrollo de este derecho en nuestro país, en el segundo capítulo hablaremos del

nacimiento de la descentralización productiva así como el proceso de inserción de esta figura en el Perú y ahondaremos en una de sus formas más representativas y utilizada: la tercerización de servicios y por último en el capítulo tercero verificaremos si los trabajadores de la empresa tercerizadora tienen limitaciones en su derecho a la libertad sindical individual de organización y la vez estimaremos la cantidad de pactos colectivos realizados por los sindicatos de empresa de estos trabajadores en el Departamento de Lambayeque y de tener pactos colectivos verificar la efectividad de estos.

Con esta investigación esperamos contribuir al desarrollo del conocimiento jurídico en torno a la limitación del derecho a la libertad sindical en los trabajadores de las empresas tercerizadoras, considerando para ello la necesidad de exigir que los legisladores y funcionarios del Estado peruano, conozcan no solo la realidad jurídica, sino también práctica y social; puesto que ello, llevará consigo la unificación o sistematización de criterios evitando que se restrinja un derecho que es fundamental para todos los trabajadores como es la libertad sindical. Consecuentemente, esta investigación analizará y propondrá una solución a esta vulneración a la libertad sindical, lo que prosigue es un análisis general cuyo contenido estructural permita encontrar la solución más adecuada que permita a los trabajadores de las empresas tercerizadoras formar el sindicato que más les convenga y de esta manera puedan desarrollar a plenitud su derecho a la libertad sindical.

La autora.

CAPÍTULO I
LA LIBERTAD SINDICAL

La libertad sindical es la garantía por excelencia que tienen los trabajadores para la tutela de sus derechos, razón por la que el Estado debe procurar su ejercicio efectivo y eficaz, puesto que este derecho contribuye a lograr un desarrollo social equilibrado, en el que los empleadores y los trabajadores puedan definir sus propias relaciones en un contexto de libertad y equidad, siendo así un derecho fundamental que sirve como cimiento para la materialización del derecho a la negociación colectiva y la huelga.

1.1. El contenido de la libertad sindical

La libertad sindical se encuentra recogida en el artículo 28° de nuestra Constitución Política de Perú (en adelante C.P.P), que a diferencia de su predecesora de 1979, nuestra actual constitución tiene una vinculación estrecha con este derecho; luego de señalar que “el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga y que cautela el ejercicio democrático de los mismos, establece en el inciso 1° que se garantiza la libertad sindical, asimismo será necesario recurrir a los instrumentos ratificados por nuestro país, en particular los Convenios 87° y 98° de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) para garantizar este derecho”⁴.

En el marco de los derechos fundamentales, encontramos que la libertad sindical goza de tal consideración, obteniendo una regulación supranacional específica de manos de la OIT. Este organismo ha elaborado un amplio catálogo de convenios y recomendaciones sobre este derecho, siendo el caso que el convenio N°. 87 de la OIT señala en su artículo 2° que “Los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes con la condición de observar los estatutos de las mismas”.

Asimismo, el artículo 4° del referido convenio establece que deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de trabajadores, por una parte y

⁴ BOZA PRÓ, Guillermo. “*La protección constitucional de la libertad sindical (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia del 5 de enero de 2006)*” ver SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL ESTUDIOS JURIDICOS EN HOMENAJE A LUIS APARICIO VALDEZ*, Lima, Grijley, 2008, p.337.

las organizaciones de trabajadores y por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo⁵

Inicialmente el Tribunal Constitucional (en adelante TC) enfocó el contenido esencial del derecho a la libertad sindical en dos aspectos: Orgánico que “consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender intereses gremiales”⁶; y el segundo lo concibe como un aspecto Funcional “que consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones”⁷. Señala también el TC que el contenido esencial del derecho a la libertad sindical “implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga”⁸.

Por lo que ejercer el derecho a la libertad sindical será letra muerta sino viene rodeada de un conjunto de medidas que posibiliten su pleno ejercicio, para ello la normativa internacional de trabajo y nuestra normativa infra constitucional ha diseñado un sistema de protección que comprende tanto a los trabajadores como a las organizaciones sindicales frente a actos de injerencia del empleador; tomando en cuenta que este derecho es fundamentalmente colectivo, siendo cierto que su titularidad puede ser individual y por tanto ella forma parte del contenido esencial del derecho pero también lo es que “a través del ejercicio individual de la libertad sindical lo que se busca es formar parte de un sujeto colectivo cuya finalidad es también actuar en defensa y promoción de los intereses de los trabajadores”⁹.

Siendo un prerequisite o condición de posesión y ejercicio de otros derechos, podría

⁵ En tanto los convenios N.º 87 y N.º 98 de la OIT se encuentran ratificados por el Estado Peruano, sus disposiciones resultan directamente aplicables en nuestro ordenamiento, conforme lo dispuesto por el artículo 55º de la Constitución Política, el cual señala que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” CFR. APARICIO VALDEZ, Luis, *ANÁLISIS LABORAL* n.º 474, Lima, AELE, 2016, p.19.

⁶ EXPEDIENTE N.º 1124-2001AA/TC (*Fundamento N.º 8*), en *SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N.º 1124-2001AA/TC, 2004 [Ubicado el 17.X 2017]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>*

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *“La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga”*, Lima, Fundación de Cultura Universitaria, 2007, p.34.

decirse que es «un derecho para tener derechos, un derecho generador o creador de otros derechos»¹⁰. Revisando a continuación los alcances concretos de los principales derechos confortantes de la libertad sindical:

1.1.1. Libertad Sindical Individual

“Consiste en el derecho del trabajador a emprender actividades destinadas a constituir una organización sindical, así como a ejercer la decisión de afiliarse al sindicato de su preferencia (libertad sindical positiva), el trabajador tiene derecho a no afiliarse o a desafiliarse de cualquier organización sindical (libertad sindical negativa), en ambos casos el trabajador mantiene el derecho a desarrollar actividades sindicales exista o no una organización sindical estructurada”¹¹.

En todos los supuestos, la afiliación es libre y voluntaria y no puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación o desafiliación. La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante LRCT) obliga al estado y a los empleadores a inhibirse de realizar actividades que coacten o menoscaben en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores.

A) Libertad Sindical Positiva

“Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos, dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical”¹², veamos sus ámbitos subjetivos (titularidad) como el objetivo (tipología sindical).

a.1) Derecho de libre constitución de organizaciones sindicales

Consiste en el derecho que tienen los trabajadores, los cuales “sin ninguna distinción y sin autorización previa a constituir las organizaciones que estimen convenientes, este derecho fundamental además de garantizar que la creación de la organización y la

¹⁰ ERMIDA URIARTE, Oscar. *Critica a la libertad sindical*, 2012 [Ubicado el 12.XI 2017]. Obtenido en https://app.vlex.com/#WW/search/*/LIBERTAD+SINDICAL+PERU/p3/WW/vid/422495194/graphical_version

¹¹ASESORIA LABORAL. *Manual de relaciones colectivas de trabajo*, Lima, Estudio Caballero Bustamante, 2005, p. 15.

¹² VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *“La libertad sindical en el Perú. Fundamentos, alcances y regulación, Lima, Plades”, 2010, p. 96*

formación del estatuto se ejecuten sin intervención administrativa extiende su contenido hasta el reconocimiento de la personería jurídica la cual debe ser otorgada evitando la imposición de requisitos de difícil cumplimiento y sin que en esta actividad se permitan decisiones discrecionales que escapen de la mera observancia de los requisitos previstos legalmente ”¹³.

La titularidad de este derecho resulta lo más amplia posible puesto que el Convenio 87¹⁴ la consagra para todos los trabajadores sin ninguna distinción por lo que no cabe ningún tipo de limitación por parte del Estado que restrinja este derecho en razón de sexo, nacionalidad, religión, raza, etc., solo basta con que se trate de trabajadores por cuenta ajena y subordinados para que sean sujetos a este derecho.

La misma LRCT en su artículo N.º 5, desarrolla un tratamiento restrictivo en relación a lo regulado por el convenio 87º tomando como elemento central el ámbito en el que se desarrolla la negociación colectiva entre trabajadores y empleadores; estableciendo una lista cerrada de posibles estructuras sindicales que pueden ser constituidas¹⁵, siendo las siguientes:

- ✓ **Sindicato de empresa:** Formado por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que prestan servicios a un mismo empleador.

- ✓ **Sindicato de Actividad:** Formado por trabajadores que desarrollan distintas actividades profesionales, especialidades u oficios de dos o más empresas de la misma rama de actividad.

¹³ EXPEDIENTE N.º 3039-2003-PA/TC (Fundamento N.º 5), en SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N.º 3039-2003-PA/TC. 2004 [Ubicado el 02.XI 2017]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03039-2003-AA.html>.

¹⁴ La frase “las organizaciones que estimen convenientes” contenida en el Convenio 87 de la Organización Internacional de Trabajo, permite a los trabajadores constituir organizaciones sindicales por ámbitos distintos, así como varias de ellas por cada ámbito, en lo primero, nuestra legislación del sector privado contempla cuatro ámbitos: la empresa (e incluso unidades menores al interior de ella, como la categoría, sección o establecimiento), la actividad, el gremio y los oficios varios - Artículo n. 5º de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y artículo n.º 4 de su Reglamento.

¹⁵ DOLORIER TORRES, Javier. *La libertad sindical en el ordenamiento peruano*, Actualidad Laboral, N° 123, Febrero 2004, p.92.

- ✓ **Sindicato de Gremio:** Formado por trabajadores de diversas empresas que desempeñan un mismo oficio, profesión o especialidad.
- ✓ **Sindicato de oficios varios:** Formado por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que trabajen en empresas diversas o de distinta actividad, cuando en determinado lugar, provincia o región el número de trabajadores no alcance el mínimo legal para constituir sindicatos de otro tipo.

Asimismo, el artículo N.º 14 de la LRCT señala que los sindicatos de empresa deben afiliarse por lo menos a veinte (20) trabajadores y los de actividad, gremio y oficios varios deben agrupar en forma mínima a cincuenta (50) trabajadores para poder constituirse y subsistir. Cuando en una empresa el número de trabajadores no sea suficiente para la constitución de un sindicato, los trabajadores, por acuerdo de la mayoría de ellos, podrán elegir dos (2) delegados que ejercerán la representación de ellos ante su empleador y la autoridad administrativa de trabajo, tal como lo dispone el artículo n. 15º de la LRCT.

a.2) Derecho de libre afiliación

Este derecho tiene dos dimensiones: una positiva que consiste en el derecho que tienen los trabajadores de afiliarse a la organización sindical que crean conveniente con la única condición que observen sus estatutos y una negativa que consiste en el derecho de los trabajadores a desafiliarse; algunos autores señalan que también implica la facultad de no afiliarse, pero otros señalan que esta facultad simplemente es el no ejercicio del derecho de afiliación¹⁶.

B) Libertad Sindical Negativa

Según Alfredo Villavicencio Ríos, este derecho considerado como la otra cara del derecho a constituirse o afiliarse a sindicatos, “consiste en el derecho de los trabajadores a no incorporarse a tales organizaciones o a no permanecer en aquella de la que formen parte, bastando para ello su voluntad en cualquiera de los sentidos y sin que su decisión

¹⁶ ESTUDIO CABALLERO BUSTAMANTE. *Manual de relaciones colectivas de trabajo (para el sector privado)*, Lima, Asesoría Laboral, 2007, p.29.

les pueda acarrear perjuicio alguno”¹⁷.

Alude este concepto a aquel aspecto de la libertad sindical conforme al cual el trabajador posee el derecho de no afiliarse a una organización sindical o desafiliarse de esta¹⁸, esta clase de libertad cuenta con muchos detractores que niegan que llegue a formar parte del derecho a la libertad sindical o a tener igual protección que la libertad sindical positiva en la medida que permite que el abstencionismo logre tener protección sindical lo que a la larga afecta la eficacia de este derecho.

Como lo señala Martínez Vivot, “La libertad sindical, desde un punto de vista individual, se manifiesta por las tres posibilidades: afiliarse, no afiliarse o desafiliarse. El reconocimiento de las mismas en la organización sindical, da muestras de un sistema abierto en el que es posible participar de la vida sindical, abstenerse de hacerlo o dejar de participar en la situación que estime conveniente, sin que ello afecte la posibilidad de trabajar en la profesión, oficio o actividad pertinente, ni ser objeto de compulsiones a tal fin”¹⁹. Por lo que esta atribución de negarse a participar en un sindicato también se encuentra dentro del derecho a la libertad sindical que gozan todos los trabajadores sin que se tengan que menoscabar sus derechos por negarse a formar parte de este sindicato.

1.1.2. Libertad Sindical Colectiva

Según Carlos Blancas Bustamante señala que: “La libertad sindical no se agota, ni con mucho, en el ejercicio individual de fundar sindicatos o de afiliarse a estos; la libertad individual es un medio para lograr la unión de los trabajadores. A su vez, tal unión puede verse, asimismo, como otro medio para alcanzar una meta: la defensa de los intereses de los trabajadores y la mejora de sus condiciones de trabajo y de vida. Desde este

¹⁷Cfr. VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La libertad sindical en las normas...*, Op. Cit., p. 50.

¹⁸ Convenio 98 de la OIT - Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva. Cfr. AREVALO VELA, Javier. *Derecho Colectivo del Trabajo*, Lima, Grijley, 2005, p.243.

¹⁹ MARTINEZ VIVOT, Julio. *Elementos del derecho de trabajo y de la seguridad social* en AREVALO VELA, Javier, *Derecho colectivo...*, Op.Cit., p.15.

punto de vista, la libertad individual no tiene sentido sin la libertad colectiva; más aún, solo adquiere pleno sentido a través de esta última, pues en la libertad colectiva reside la eficacia de la acción de los trabajadores para la defensa y promoción de sus intereses profesionales”²⁰

El propósito finalmente de la libertad sindical colectiva es equilibrar el poder que tiene el empleador a través de la unión y acción colectiva de sus trabajadores con el único fin de que sus intereses colectivos sean escuchados y de esta manera lograr alcanzar mejores condiciones laborales. Este aspecto de la libertad sindical, según el tratadista español Palomenque López²¹ contiene “el derecho de los sindicatos ya fundados a realizar libremente las funciones que constitucionalmente les vienen atribuidas en la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores”.

Con el surgimiento y configuración de los sindicatos da origen a un sujeto colectivo destinado a defender sus intereses, y lo dispone en un entorno de máxima libertad. Por ello, Ojeda señala que, “a nivel colectivo, se reconoce la libertad del nuevo ente para auto-organizarse sin injerencias externas”²². Las reglas fundamentales en este terreno se encuentran establecidas en el Convenio 87 de la OIT, debiendo destacar que en muchos países, este Convenio forma parte del bloque de constitucionalidad, con lo que su fuerza normativa es máxima.

En virtud a esto, podemos señalar que las organizaciones sindicales son titulares de los siguientes derechos:

A. Derechos colectivos de organización

Los trabajadores, dice el Convenio 87 de la OIT, pueden constituir las organizaciones que

²⁰ Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, Derechos colectivos laborales en La Cláusula del Estado Social en la Constitución Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales, 2011 [Ubicado el 12.XI 2017]. Obtenido en https://app.vlex.com/#WW/search/*/libertad+sindical+colectiva+peru/p3/WW/vid/382400382/graphical_version

²¹ PALOMEQUE LOPEZ, Manuel. *Derecho Sindical Español*, Madrid, Editorial Tecnos, Ver DOLORIER TORRES, Javier, LA LIBERTAD..., Op.Cit p.93.

²² Cfr. OJEDA AVILÉS, Antonio. “Derecho Sindical”. Madrid: Tecnos. 2003. p.149.

«estimen convenientes» (art. 2), ello garantiza una libertad de «forma», es decir que al constituirse los sindicatos pueden adoptar, libremente, la forma que les convenga, cuestión esta que, “básicamente, está referida al ámbito subjetivo de las mismas, esto es, si se organizan en el ámbito de la empresa o, dentro de esta, de un centro de trabajo o unidad de gestión, o por categorías profesionales o con criterio territorial o, también, en el ámbito de una industria o rama de actividad económica”²³. No existe ningún tipo de limitación por parte del Estado que logre restringir este derecho en razón de sexo, nacionalidad, raza, religión, tipo de actividad, función, idioma, sector, etc., puesto que solo bastaría que se trate de trabajadores por cuenta ajena y subordinados para que sean sujetos de este derecho.

Al respecto Arce siguiendo a Neves, señala acertadamente que “Nuestra Ley de Relaciones Colectivas en materia de Organización sindical tiene una predilección por encasillar la actividad empresarial en el ámbito interno de la persona jurídica, lo cual se ve claramente por cuanto en nuestro modelo de negociación predomina el nivel empresarial, así cada vez que un sindicato nace en el marco de la subcontratación entre empresas tendrá que afrontar su primera negociación frente a la contratista, razón por la cual sino puede convencer a la parte empresarial para negociar en un nivel de rama de actividad o en cualquier otro que involucre tanto a la principal como a la contratista, por lo que solo queda la oportunidad de negociar a nivel de empresa”²⁴.

Considero que esta opción es insuficiente de cara a la acción sindical en el seno de empresas contratistas cuyos trabajadores están desplazados en la empresa principal,

²³ Dice VILLAVICENCIO RÍOS al respecto: «Esto significa que los trabajadores, obreros o empleados, del sector público o privado, de una empresa o una rama de actividad, de distintas empresas o ramas de actividad, conjuntamente o por separado, a nivel local, provincial, regional o nacional, etc., gozan de una amplísima libertad en lo que respecta a la organización sindical que deseen constituir. En sintéticas y a la vez gráficas palabras puede decirse que “la libertad sindical presupone que los trabajadores se puedan organizar por el criterio que les parezca más conveniente”». Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos...*, Op. Cit., p.20. [Ubicado el 12.XI 2017]. Obtenido en https://app.vlex.com/#WW/search/*/libertad+sindical+colectiva+peru/p3/WW/vid/382400382/graphical_version

²⁴ ARCE ORTIZ, Elmer, Imputación de cargas laborales en la subcontratación ¿persiguiendo un gigante o un molino de viento? En CAURHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *EL FRAUDE Y LA SIMULACION EN LA INTERMEDIACION LABORAL Y TERCERIZACION*, Lima, Juristas Editores, 2012, p. 15.

puesto que si estos trabajadores deciden formar un sindicato de empresa tendrían que realizar la negociación colectiva solo con su empleador contratista donde se encontrarían en desventaja con los trabajadores de la empresa principal pues estos últimos siempre obtendrían mejores condiciones laborales, por lo que el poder de conflicto del sindicato de trabajadores de la empresa contratista estaría disminuido.

Y en todo caso si formaran sindicatos de otro tipo como de actividad, de gremio o de oficios varios, estos no llegarían abarcar a todos los trabajadores de la empresa tercerizadora debido a la alta rotación y temporalidad de sus puestos laborales, encontrándose afectada su libertad sindical, lo cual no va acorde con el Convenio Colectivo N° 87, el cual en su artículo 2 señala claramente que los trabajadores pueden constituir las organizaciones sindicales que estimen conveniente, no debiendo restringirse solo a cuatro tipos de sindicatos en miras de no transgredir la libertad sindical de la parte menos favorecida en la relación laboral como lo son los trabajadores.

Estos derechos colectivos de organización, a la vez se subdividen en:

a.1) Derecho a la libertad de reglamentación

Se encuentra reconocida en el artículo N° 3 del convenio 87 de la OIT²⁵ y consiste en el derecho que tienen las organizaciones de trabajadores de crear sus propios reglamentos y estatutos, lo que forma parte de su autonomía, con la cual los sindicatos pueden redactar libremente sus estatutos, así como cualquier otra norma interna que consideren necesaria.

²⁵ Artículo n. 3° del convenio 87 de la OIT, nos indica: 1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal. Cfr. AREVALO VELA, Javier. Derecho Colectivo.... Op. Cit. p. 238.

a.2) Derecho a la libertad de representación

La libertad de representación, también reconocida en el artículo N° 3 del Convenio 87²⁶ de la OIT, “consiste en el derecho que tienen las organizaciones para elegir libremente a sus representantes evitando alguna injerencia que limite el ejercicio de este derecho. Por tanto, quedan prohibidos todos aquellos actos dirigidos a imponer la designación a los dirigentes, aprobar los candidatos o los resultados de las elecciones, establecer la no reelección de representantes, imponer la presencia de algún funcionario público en el proceso electoral, regular las condiciones de elegibilidad y de ejercicios del cargo representativo, etc.”²⁷

A través de este derecho se busca reconocer la independencia de las organizaciones sindicales y de esta manera promover los intereses de sus afiliados, razón por la cual esta libertad impide a las autoridades administrativas paralizar o impugnar los procesos electorales dentro de un sindicato, lo que solo puede hacer la autoridad judicial.

a.3) Libertad de federación

Esta libertad se expresa en el “derecho de las organizaciones sindicales de constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones, de ámbito nacional o internaciones, así como en el derecho de todas estas organizaciones a desarrollar actividades sindicales”²⁸, esto se basa en que la unión de trabajadores no se limita a una empresa o sector de actividad.

Nuestra legislación peruana regula este derecho estableciendo que, en el sector privado se necesitan dos sindicatos de la misma actividad o clase para constituir una federación y dos federaciones para una confederación²⁹. Además, estas mismas reglas se debe aplicar al ejercicio de las libertades de constitución y afiliación respecto de organizaciones de primer grado, dando por resultado que la estructura sindical peruana

²⁶ Ibid., p. 238.

²⁷ Cfr. VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La Libertad Sindical en el Perú...*, Op. Cit., p.130.

²⁸ Artículo 5° del Convenio 87 de la OIT. Cfr. AREVALO VELA, Javier. *Derecho Colectivo...* Op. Cit. p. 238.

²⁹ Artículo 36° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Cfr. AREVALO VELA, Javier. *Derecho Colectivo...* Op. Cit. p. 204.

se ha construido de forma piramidal con una cima compuesta por las confederaciones de ámbito nacional, la federación de rama o región en la grada intermedia y los sindicatos de empresa, actividad, gremio y de oficios varios en la base.

a.4) Libertad de suspensión o disolución

Este derecho reconoce que la organización sindical es autónoma para determinar el fin de sus actividades ya sea temporalmente o de manera definitiva. Tratando de tutelar esta libertad el Convenio N° 87 de la OIT establece en la misma dirección, pero desde diverso ángulo, que “las organizaciones de trabajadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa”³⁰.

Se entiende que la regla general es que tiene que ser voluntaria y de manera excepcional por la vía judicial, obviamente tras un procedimiento con todas las garantías habituales en la administración de justicia. La LRCT “considera tres formas de disolución de las organizaciones sindicales: las acordadas voluntariamente por los miembros de la organización (disolución autónoma), las ordenadas por el Poder Judicial (disolución heterónoma) y las derivadas de la liquidación de la empresa, cuando se trate de sindicatos de ese ámbito”³¹

B. Derechos colectivos de actividad

Los derechos colectivos de actividad “confieren a la organización sindical un espacio de autonomía para desarrollar libremente todas las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines”³², aquí es donde se desarrollan “las funciones más importantes de los sindicatos como son: preparar los pliegos de peticiones, negociarlos,

³⁰ Artículo 4 del Convenio 87 de la OIT. Cfr. AREVALO VELA, Javier. *Derecho Colectivo...* Op. Cit. p. 238.

³¹ Artículo n. 33° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Cfr. AREVALO VELA, Javier. *Derecho Colectivo...* Op. Cit. p. 204.

³² Cfr. VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga*, Lima, Fundación de Cultura Universitaria, en PACO ARMESTAR, Josune Graciely. *Protección jurisdiccional de la libertad sindical*, Tesis para optar a título de abogado. Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, 2013, p.20.

afrontar las huelgas, firmar las convenciones colectivas y velar porque se cumplan”³³, de esta manera los sindicatos realizan su propia gestión para alcanzar los fines colectivos que desean.

b.1) Negociación Colectiva

Es el canal primordial de expresión del derecho a libertad sindical, en tal sentido los informes a la negociación colectiva “suponen la obligación de promover la negociación colectiva, de fomentarla, porque se entiende que es el instrumento más apropiado para canalizar los conflictos inherentes a la relación laboral y darles una solución idónea y de consenso”³⁴.

En efecto la negociación colectiva es un acuerdo escrito que se da entre un sindicato de trabajadores y un empresario o asociación de empresarios en el cual se regulan las condiciones de trabajo que han de sujetarse los contratos individuales de trabajo generando obligaciones a ambas partes trabajadores y empleador.

Francisco Gómez Valdez³⁵ indica que: “... Para su validez se requiere de la existencia de dos colectividades (trabajadores o empleadores reunidos), dirigiendo su objeto hacia el porvenir de una de ellas (los trabajadores o la empresa), siendo necesario para la seguridad jurídica del acuerdo que estas colectividades estén adecuadamente representadas, ya que la convención colectiva constituye un acto jurídico que sale del dominio contractual del Derecho común para entrar en el dominio institucional de las relaciones colectivas de trabajo ...”.

Cuando hablamos de negociación colectiva hacemos referencia a un proceso con reglas de dialogo de carácter bilateral, este proceso da como resultado un convenio colectivo, que finalmente “es el acuerdo formalmente alcanzado entre los representantes de los trabajadores y empresarios en el proceso de negociación colectiva, regulador de las condiciones de trabajo y de empleo, y en general, de las relaciones de los trabajadores

³³ OSPINA DUQUE, Edgar. *Derecho colectivo de trabajo*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 177.

³⁴Cfr. VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La libertad sindical en las normas...*, Op. Cit., p. 67.

³⁵ GOMEZ VALDEZ, Francisco. *Relaciones colectivas de trabajo*, Lima, San Marcos, 2005, p.373.

y empresarios de la empresa o en ámbitos superiores”³⁶.

Hay que realizar unas breves precisiones sobre los niveles de negociación señalados; los cuales a continuación se exponen:

b.1.1. Sobre el nivel de empresa: Este nivel de negociación representa un modelo descentralizado, en tanto “reconoce la posibilidad de partición a las organizaciones de trabajadores de todas las unidades empleadoras”³⁷, es evidente que su ámbito de aplicación es más reducido en comparación al nivel de rama de actividad.

Del primer párrafo del artículo 45° de la LCRT se desprende que en caso de que no exista un convenio colectivo que determine el nivel de negociación y asimismo que las partes no lleguen sobre ello deberá concurrir al nivel de empresa³⁸, sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró “la inconstitucionalidad de la frase del artículo 45° de la LCRT, que establece que a falta de acuerdo, la negociación se llevara a nivel de empresa”³⁹. Estableciendo que de subsistir la falta de aceptación sobre el nivel de negociación se deberá concurrir al arbitraje potestativo, sin embargo, hay que tomar en cuenta que esto no representa un precedente de obligatorio cumplimiento pero a raíz de ello el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo formulo una serie de dispositivos destinados a implementar el sistema de arbitraje potestativo en el ordenamiento laboral interno.

b.1.2. Nivel de Rama de Actividad: Este nivel es centralizado y dado el grado de representatividad que alcance tendrá un mayor número de trabajadores, por lo que “Es preciso indicar que existen casos especiales dada la naturaleza de la actividad laboral resulta razonable que la negociación colectiva se lleve a nivel de rama de actividad,

³⁶ MERINO SEGOVIA, Amparo. *Negociación colectiva*, España, Altaban, 2004, p.11.

³⁷ GONZALES RAMIREZ, Luis Álvaro. *Negociación Colectiva y huelga en el Derecho Laboral Peruano*, Lima, Gaceta Jurídica, 2012, pp. 22-23.

³⁸ Artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que señala: “Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera negociación. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa. (...)”. Cfr. AREVALO VELA, Javier. *Derecho Colectivo...*, Op. Cit. p. 206.

³⁹ EXPEDIENTE N° 03561-2009-PA/TC, en SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N.º 03561-2009-PA/TC, 2009 [Ubicado el 02.XI 2017]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03561-2009-AA%20Aclaracion.html>

como por ejemplo el caso de los trabajadores de construcción civil y los trabajadores portuarios”⁴⁰

Esto podría tener una contrapartida negativa, ya que al realizar una negociación colectiva en este nivel puede perjudicar los intereses laborales de trabajadores de empresas con peculiaridades distintas a la mayoría, sin embargo, “Esto se puede solucionar con el establecimiento de mecanismos compensatorios como: franjas salariales que permitan identificar remuneraciones y/o beneficios económicos en función de la productividad y/o características especiales de la empresa”⁴¹

b.2) La Huelga

Según Jorge Rendón Vásquez⁴²: “Es una paralización colectiva y concertada del trabajo, realizada por los trabajadores agrupados en una organización de defensa para lograr de los empleadores o de las autoridades la restitución de un derecho conculcado, o la mejora o la creación de un derecho”

La huelga es considerada una paralización del trabajo, porque los trabajadores se privan de realizar sus labores durante su jornada de trabajo con la única finalidad de ejercitar una coacción en sus empleadores para de esa manera obtener la restitución o establecimiento de un derecho.

Esta privación ha sido reconocida por la doctrina hace mucho tiempo como una causa justificada de paralización de trabajo⁴³, por lo que “el empleador debe tomarlo como una oportunidad de encontrar con sus trabajadores una solución al conflicto, no obstante, a pesar de que la huelga se encuentra reconocida como un derecho se ha logrado encuadrarla dentro de la legalidad. La huelga no ruptura el contrato de trabajo de los

⁴⁰ Las condiciones se pueden extender a todas aquellas actividades laborales que cumplan con las mismas condiciones y características. En: GONZALES RAMIREZ, Luis Álvaro. *Negociación Colectiva...*, Op. Cit., pp. 24-25.

⁴¹ Cfr. NEVES MUJICA, Javier. *Derecho Colectivo de Trabajo*, Palestra Editores, 2017, p.21.

⁴² Cfr. RENDON VASQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo Colectivo*, Lima, Grijley, 2014, p. 279.

⁴³ Con el efecto fundamental de impedirle al empleador dar por extinguido el contrato de trabajo invocando la condición resolutoria propia de los contratos bilaterales. En RENDON VASQUEZ, Jorge. *Derecho...*, Op. Cit, p. 282.

huelguistas”⁴⁴, a menos que se haya cometido una falta grave durante su ejercicio⁴⁵, pero al mismo tiempo la Constitución Política garantiza el trabajo tanto para los afiliados al sindicato que no se encuentran en la huelga o de los no afiliados que cuentan con el derecho de ejercer su labor durante esta paralización.

Coincidimos con la doctrina española que considera que se trata de un derecho público subjetivo⁴⁶, siendo el propósito de tal calificación otorgar protección a aquellas huelgas sociopolíticas o socioeconómicas. En todo caso la centralidad del momento colectivo tanto para la defensa de intereses socioeconómicos o particulares de los trabajadores debe encontrar sustento en la normativa actual, por lo que ahora resulta necesario un replanteamiento de la forma tradicional de afrontar y resolver el tema del derecho de huelga.

Por lo tanto, la libertad sindical es un derecho complejo no solo por su doble titularidad (individual y colectiva) sino el contenido mismo del derecho (aspecto organizacional y de actividad), siendo la libertad sindical colectiva, entre ellas el derecho a la organización, eje del derecho a la libertad sindical, la misma que está destinada a proteger los intereses tanto del sindicato como de los trabajadores.

1.2. Protección a la libertad sindical

Si la consagración jurídica de cualquier derecho no es suficiente para su vigencia real, en el caso de la libertad sindical, esta situación es aún más evidente, dado que como

⁴⁴ El artículo 28 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente: Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...)3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones. Cfr. Constitución Política del Perú, 1° ed., Lima, Grijley, 2010. p. 15.

⁴⁵ El artículo 16° del TUO-LP-728, indica que: Son causas de extinción del contrato de trabajo (...) g) El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley (...), en ASESORIA LABORAL. Decreto Legislativo 728° Ley de la Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), 1997 [Ubicado el 01.XI 2017]. Obtenido en http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_dec728.pdf

⁴⁶ Se piensa que, con la categoría de los derechos subjetivos a seca, anclada en sus orígenes en el Derecho Privado, solo puede justificarse un círculo reducido de sujetos pasivos, que no excede de la contraparte empresarial, mientras con la categoría de los derechos públicos subjetivos la sujeción de los poderes públicos pueda asegurada. Cfr. VIVERO SERRANO, Juan Bautista. *La huelga como derecho fundamental y el mantenimiento de los servicios esenciales*, 2005, España, Lex Nova S.A, p. 47.

afirmaba Ermida: “el buen funcionamiento de las medidas de protección de la actividad sindical, determina la vigencia efectiva de la libertad sindical y especialmente el eficaz desarrollo de la actividad sindical”⁴⁷.

De igual manera el TC, menciona que: “Por tanto, debemos considerar que la libertad sindical en su dimensión plural o colectiva también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos externos que los afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados, así como a los dirigentes sindicales, para garantizar el desempeño de sus funciones y que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos (...)”⁴⁸

Por ello si no existiera esta regulación a la libertad sindical nos encontraríamos ante un régimen jurídico incompleto y sobre todo inoperativo, entendiéndose que la intervención del Estado es imprescindible.

1.2.1. La obligación estatal de garantizar y promover la libertad sindical

Esta protección que debe otorgar el Estado puede darse de diferentes maneras en distintos ámbitos y puede tener un origen distinto, lo que conlleva a la presencia de diversos modelos de protección:

a) Ámbito subjetivo de la protección: el fuero sindical

Para empezar el fuero sindical y la libertad sindical son dos conceptos íntimamente ligados, no podría existir uno sin el otro, por un lado, el fuero sindical deriva de la libertad sindical, en tanto solo puede concebirse un mecanismo tutelar cuando hay algo que tutelar; y por otro lado “el fuero sindical constituye un presupuesto de la libertad sindical, puesto que de no existir aquel, esta libertad sería una mera declaración lírica sin

⁴⁷ ERMIDA URIARTE, Oscar. *La protección contra los actos antisindicales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, en VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La intervención estatal en la libertad sindical en américa latina: los planos orgánicos y tutelar*, 2014 [Ubicado el 12.XI 2017]. Obtenido en https://app.vlex.com/#WWW/search/*/libertad+sindical+peru/p3/WWW/vid/585728366/graphical_version

⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. *Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*, Lima, Palestra Editores S.A.C, 2006, p. 182.

posibilidad de ejecutarse realmente”⁴⁹.

Esto se aprecia en nuestra LRCT⁵⁰ donde se recoge esta institución de fuero sindical instaurando la protección a determinados trabajadores y respecto de determinados actos sindicales tales como el despido y traslados. Asimismo, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral⁵¹ examina como despido nulo aquel que tenga como causa la afiliación a un sindicato o participación en actividades sindicales.

Como lo señala Oscar Ernida, “es un conjunto de medidas de protección del dirigente y del militante sindical que tienden a ponerlos a cubiertos de los perjuicios que puedan sufrir por su actuación y a posibilitar un desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical”⁵², entendiéndose que por el ejercicio de la función como dirigentes de un sindicato cuentan con la debida protección sindical frente a sus empleadores pues sin esta protección no es posible el ejercicio de un conjunto de derechos y libertades tales como el derecho de reunión sindical, la defensa de los trabajadores sindicalizados y la debida representación de los afiliados al sindicato.

b) Ámbito objetivo de la protección

En este ámbito se protege todo acto perjudicial del derecho a la libertad sindical, en ese sentido, considerando que este derecho es de carácter esencial, la opción obvia para su protección es el proceso de amparo. Ahora según los incisos 10 y 11 del artículo 37 del Código Procesal Constitucional este proceso va a proceder en defensa de los

⁴⁹ NAVARRO REYES CIURLIZZA VILLABOS, Isabel y VELEZMORO DELGADO, Mayra Teresa de Jesús. *La representación de los trabajadores en los grupos de empresa*, Tesis para optar a título de abogado. Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, 2011, p.99.

⁵⁰ Artículo 30 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo señala: El fuero sindical garantiza a determinados trabajadores no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación. No es exigible el requisito de aceptación del trabajador cuando su traslado no le impida desempeñar el cargo de dirigente sindical. Cfr. AREVALO VELA, Javier. *Derecho Colectivo...*, Op. Cit. p. 203.

⁵¹ Artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral nos señala: Es nulo el despido que tenga por motivo: a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales. Cfr. ASESORIA LABORAL. Decreto Legislativo 728°..., Op. Cit.

⁵² Citado ERNIDA Oscar por ECHAIZ MORENO, Daniel. *El fuero sindical (una técnica laboral tuitiva)*, en ROSAS ALCANTARA, Joel. *El Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2015, p. 110.

derechos del trabajo, sindicación, negociación colectiva y de la huelga.

Tomando en cuenta que “el convenio 98 de la OIT forma parte del derecho nacional y que los derechos mencionados se interpretan a la luz del referido instrumento y que además no existe una vía rápida y eficaz establecida por la ley laboral, queda absolutamente claro que la protección de la libertad sindical laboral procede a través de un proceso de amparo”⁵³.

Cabe mencionar que en la actualidad se requiere hacer una reforma legislativa en materia laboral, a efectos de que otorgue las precauciones necesarias para el ejercicio de la libertad sindical, considerando que estas logren ser rápidas y eficaces porque la libertad sindical es un instrumento indispensable para el desarrollo de una sociedad democrática y sobre todo justa.

1.2.2. La protección de la libertad sindical en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

Villavicencio nos indica que: “La LRCT dedica tan sólo cuatro de sus artículos a la tutela de la libertad sindical (artículos 4°, 30°, 31° y 32°), frente a los 37 artículos que invierte en indicar minuciosamente la existencia y límites en que debe moverse el sujeto colectivo, comenzando a poner en evidencia la óptica invertida que tiene el legislador peruano respecto de sus obligaciones normativas (y de las regulaciones comparadas), que de promotoras y tutelares por mandato del texto constitucional terminan siempre en asfixiantes para el surgimiento y actuación del sujeto colectivo y en líricas para la defensa del afilado o activista sindical”⁵⁴.

Es en este cuerpo normativo donde se aprecia la falta de protección a la organización sindical en nuestro país donde el legislador interviene donde no debería hacerlo como en la constitución del sindicato o derecho de afiliación y no media donde justamente más se debería centrar su atención como en los procedimientos de tutela de este derecho o

⁵³ Cfr. VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. La libertad sindical en el Perú. EN AGREDA ALIAGA, Jorge Orlando.” La libertad sindical en el ordenamiento jurídico peruano. La necesaria reforma laboral para efectivizar su tutela”, Revista Actualidad Jurídica N.º 180, Noviembre 2008, 2008, p. 296.

⁵⁴ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La Protección...*, Op. Cit., p. 9

disposiciones para el desarrollo de actividades sindicales en el país.

1.3. Sindicalismo y libertad sindical en el Perú

El caso peruano se inserta como uno de los ejemplos únicos de lo que es el modelo latinoamericano de relaciones laborales, “este modelo se caracteriza, en primer lugar, por un intervencionismo estatal controlista, el Estado ha visto siempre al sindicato como un sujeto bajo sospecha, y entonces ha producido ingentes normas y pronunciamientos administrativos no dirigidos a fomentarlo, sino más bien a controlarlo, a restringirlo, a restarle funciones, a impedir que, por ejemplo, sus estatutos planteen libremente la autoconfiguración del sindicato y adopten sus reglas de funcionamiento libremente”⁵⁵.

La LRCT cuenta con 41 artículos que se encuentran dirigidos a regular cuál debe ser la configuración y el funcionamiento del sindicato y paradójicamente solo cuenta con un artículo dirigido a tutelar, garantizar y fomentar la libertad sindical. Lo cual resulta totalmente contradictorio puesto que, en nuestra Constitución Política, el artículo N° 28 ordena, garantiza la libertad sindical, fomenta la negociación colectiva y promueve formas pacíficas de solución de conflictos, encontrándonos con una legislación que hace exactamente todo lo contrario.

El Tribunal Constitucional ha precisado que “La libertad sindical, en su dimensión plural no solo garantiza que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos externos que lo afecten sino también las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva así como la de los dirigentes para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos”⁵⁶. De este modo la protección a la libertad sindical debe ser entendida en un sentido amplio, con la finalidad de garantizar en pleno ejercicio del mismo.

⁵⁵ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *Perspectivas y posibilidades de la tutela colectiva sindical en el siglo XXI* en HERRERA PUMAYAULI, Julio. *Hacia un nuevo Sindicalismo en el siglo XXI*, Lima, Congreso de la Republica, 2010, p.32.

⁵⁶ EXPEDIENTE N.º 3311-2005-PA/TC, en SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Expediente N.º 3311-2005-PA/TC*, 2006 [Ubicado el 02.XI 2017]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03311-2005-AA.html>

a) La libertad sindical en la Constitución de 1993

Al igual que la mayoría de Constituciones de Latinoamérica, la C.P.P de 1993, a través de su Art. N° 28 reconoce el derecho a la libertad sindical de los trabajadores indicando que el propio Estado garantiza el ejercicio del mismo. “Asimismo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la C.P.P, dispone que los derechos reconocidos en ella deben ser interpretados conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos a los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por el Perú”⁵⁷.

Cabe señalar que en el art. 28 de la C.P.P se reconoce el contenido esencial de la libertad sindical: sindicación, negociación colectiva y huelga, además este artículo nos indica que todos los trabajadores tienen el derecho a sindicarse. Por tanto, son los sindicatos los únicos representantes del grupo, en defensa de los intereses laborales, económicos y sociales.

Para finalizar debemos indicar que los tiempos han cambiado y esto puede llevar a cuestionarnos nuevos paradigmas en la legislación laboral, no obstante habría que tomar en cuenta los ataques en nuestros días a “lo sindical” desde distintos ámbitos políticos y mediáticos⁵⁸, por lo que cabría preguntarse si frente a la actitud en torno al sindicato que la mayoría de veces tomamos como desfavorable para la empresa y personas que acudimos a ella, puede aún la legislación laboral jugar un papel importante en clave de promoción de la libertad sindical comentada.

La razón por la que dedicamos nuestra atención a una de las formas de descentralización de producción como es la tercerización de servicios, es porque pese a laborar en actividades principales o permanentes, los trabajadores contratados bajo esta modalidad tienen condiciones laborales disminuidas con respecto a los trabajadores de la empresa principal⁵⁹, dándose también el caso que estos trabajadores cuentan con contrato de trabajo temporales, lo cual debilita la actividad sindical,

⁵⁷ Cfr. DOLORIER TORRES, Javier. La Libertad Sindical y su Tratamiento en el Ordenamiento Jurídico Peruano, en NAVARRO REYES, CIURLIZZA VILLABOS, Isabel y VELEZMORO DELGADO, Mayra Teresa de Jesús. La representación..., Op. Cit., p.89.

⁵⁸Cfr. GARCÍA MURCIA, Joaquín (Director). *Libertad sindical y otros derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*, España, Aranzadi, 2014, p. 253.

⁵⁹ CAURHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *EL FRAUDE Y LA SIMULACION EN LA INTERMEDIACION LABORAL Y TERCERIZACION*, Lima, Juristas Editores, Op. Cit, p. 43.

disminuyendo la negociación colectiva al punto de desaparecerla, viéndose afectada de esta manera su libertad sindical y más aún cuando quieren formar organizaciones sindicales estos no logran alcanzar el mismo poder de conflicto que tienen los sindicatos de la empresa principal.

CAPÍTULO II

LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS EN LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA PERUANA

Nuestro país es uno de los que más tercerizan en Sudamérica, luego de Brasil, Colombia y Argentina⁶⁰, por lo que tercerizar un servicio o producto, significa dejarlo en manos de un experto, alguien cuyo negocio es específicamente proveer ese servicio, esto en la mayoría de los casos, se traduce en contratar una persona lo suficientemente capacitada que llenará el espacio que necesitamos de excelente manera sin la necesidad de contratarlo en la empresa principal.

Es así que frente a este fenómeno productivo, sustentado jurídicamente en la libertad de empresa contemplada en nuestra Constitución Política, corresponde al legislador emitir un marco promotor, que, en materia laboral, no pierda de vista los derechos del personal involucrado en este sector productivo.

2.1. La descentralización productiva como fenómeno social en el mundo laboral

Es un hecho comprobado que los cambios tecnológicos y la economía globalizada han producido fundamentales impactos sobre el enfoque tradicional del trabajo subordinado, “Hoy en día los modernos esquemas de producción continúan desafiando al derecho del trabajo tradicional apareciendo de esta manera paulatina, pero con importantes cambios. Gran parte de este fenómeno es debido a la descentralización productiva que ha llevado en muchos casos a la aglomeración articulada, en un mismo espacio físico de diferentes organizaciones empresariales que orbitan alrededor de una empresa principal a la cual prestan algún tipo de servicio u obra, relacionada o no con la actividad principal”⁶¹.

Por consiguiente se entenderá que este proceso de cambio se está produciendo en el ámbito de las estructuras y organizaciones empresariales de manera acelerada y hondo, “que cabe el estudio de un sector del ordenamiento jurídico tan sensible a los cambios sociales y económicos como es el Derecho al Trabajo el cual no puede ser completo si

⁶⁰ Diario gestión, fecha 26/10/2018 en <https://gestion.pe/blog/pensando-laboralmente/2017/10/la-tercerizacion-en-el-peru-una-innegable-realidad.html/>

⁶¹ LENGUA APOLAYA, Cesar. “La seguridad y salud en el trabajo en la descentralización productiva. Los deberes de coordinación preventiva en la concurrencia empresarial”, *Actualidad Laboral* N° 235, Junio 2013, p. 225.

progresivamente no se va tomando en consideración el contexto de cambio de la realidad social en el que se desenvuelve la norma laboral analizando o solo los problemas de validez de sus disposiciones sino igualmente los de eficacia”⁶².

La empresa tradicional que seguía un modelo de producción unitario y concentrado, va dejando paso a otro tipo de empresa que tiende al adelgazamiento paulatino y al establecimiento de redes de colaboración con otras empresas⁶³, existiendo de esta manera la descentralización en las formas de organización y producción de una empresa en la actualidad, con lo cual se logre minimizar los costos y maximizar las ganancias, por ello los empleadores optarán el modelo contractual que más se acomode a sus expectativas, sin embargo observamos que los mecanismos de tutela de estas formas de descentralización entorpecen el rol protector del Derecho Laboral sin que se tutele efectivamente a la parte más débil de la relación laboral que es el trabajador.

En efecto en la actualidad ya no se habla más de un gigante empresarial con un conglomerado de actividades económicas que eran inherentes a sus operaciones, sino que nos encontramos frente a empresas distintas a la principal (las llamadas terceras), las cuales se especializan en cada área determinada con el único fin de brindar servicio a aquellas que las requieran, se diría entonces, que frente a la concentración empresarial surge la descentralización como alternativa.

“La descentralización productiva, también conocida como «outsourcing» o externalización de actividades, es un fenómeno de carácter eminentemente económico, que nace como estrategia empresarial con el fin de ahorrar costos en la empresa manteniendo la productividad”⁶⁴. En cuanto al Derecho del Trabajo se refiere, siguiendo

⁶² Cfr. VILLALON CRUZ, Jesús. La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales, Grijley. Lima.2009. pp. 15-16.

⁶³ Cfr. ARCE ORTIZ, Elmer. La Descentralización Productiva y su efecto “estrella” la subcontratación, 2006 [Ubicado el 12.XI 2017]. Obtenido en <https://app.vlex.com/#PE/search/jurisdictio:PE/DESCENTRALIZACION+PRODUCTIVA/PE/vid/370461302>

⁶⁴ CARRILLO, Khalale y DJAMIL, Tony. “Descentralización Productiva y Ordenamiento Laboral”, Aranzandi, España, 2011. p. 27.

la línea de los expresado por Sanguinetti⁶⁵ “la irrupción de los fenómenos descentralistas basados en las nuevas tecnologías de la información, marcaría el declive de la concepción tradicional de la figura de la subordinación o dependencia, la misma que se relaciona íntimamente con nociones de uniformidad y continuidad en el empleo de la fuerza de trabajo y la autocracia y jerarquía en el ejercicio de los poderes del empresario”. La práctica de cómo descentralizar debe partir de una organización consciente de los procesos, siendo así que al descentralizar estratégicamente, abre el horizonte a nuevas oportunidades en búsqueda de maximizar el resultado final de las empresas.

2.2. Descripción y Clasificación

La descentralización ha pasado de ser un mecanismo ocasional destinado a satisfacer necesidades esporádicas de labores especializadas de poca trascendencia, a convertirse en una parte fundamental de los mismos, así las empresas con el fin de ser más competitivas y enfrentar mejor las pretensiones del mercado han desarrollado nuevas formas de organización y ejecución de sus procesos productivos conllevando a que se forme diferentes organizaciones empresariales las cuales se encuentran alrededor de una empresa principal a la cual prestan algún servicio u obra que está o no ligada con su actividad principal.

“La descentralización productiva es una forma de organización por la cual una empresa fragmenta su proceso de producción de bienes o servicios y delega a un tercero o varios la ejecución de una parte o varias de dicho proceso, estableciendo relaciones de coordinación así la empresa principal puede concentrar sus esfuerzos en aquella etapa de su proceso productivo que considera nuclear, delegando el resto a otras empresas que puedan lograr un mayor grado de especialización y aprovechar

⁶⁵ SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo, “Contrato de Trabajo y nuevos sistemas productivos”. En PUNTRIANO ROSAS, Cesar, “Apuntes sobre la tercerización de servicios Ventajas y comentarios a su regulación”, *JUS Doctrina y Practica* N° 5, Mayo 2008, p.18.

economías de escala”⁶⁶. Si bien anteriormente el empleo estable aseguraba a los empleadores una amplia disposición de la fuerza de trabajo avalando un determinado nivel de producción, “Estos nuevos modelos de costos en la rotación y un cierto grado de compromiso laboral también habrían servido para reforzar el papel negociador de la fuerza de trabajo, así como la aparición de los grupos formales e informales dentro de la empresa”⁶⁷.

Jesús Villalón Cruz nos indica que la descentralización productiva es “Aquella forma de organización del proceso, de transformación de bienes o prestación de servicios para un mercado de consumo, en el cual una empresa principal decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades para alcanzar el bien final, decidiendo desplazar a otras empresas o personas individuales (empresas auxiliares), con quienes se establece acuerdos de cooperación, de muy diverso tipo”⁶⁸. Hay que tener en cuenta que el resultado de esta descentralización productiva es una serie de división del proceso productivo donde se dividirá los ciclos de producción “dando como resultado que el producto puesto al mercado será un bloque unitario, que ocultará la intervención de la diversidad empresarial. Además, esta forma de organización dará lugar a una forma diferente de alineación interna, toda vez que la descentralización productiva asume determinados rasgos de identificación propios”⁶⁹.

Entendiendo que las empresas buscan descentralizar sus procesos de trabajo para flexibilizar los modelos productivos estandarizados, esto conlleva a una nueva lógica económica que busca mayor competitividad mediante la reducción de los costos operativos y laborales apoyándose básicamente en la desregulación de las relaciones de trabajo y la desarticulación de los sindicatos. La doctrina se ha referido con distintos

⁶⁶ MEJIA MADRID, Renato. *El alcance de la Regulación Laboral de la Descentralización Productiva*, 2014 [Ubicado el 06.IV 2018]. Obtenido en https://app.vlex.com/#PE/search/jurisdiction:PE/DESCENTRALIZACION+PRODUCTIVA/PE/vid/651797465/graphical_version

⁶⁷ Cfr. BALDEON BEDON, Luis y MAYOR SANCHES Jorge, Op. Cit., p. 352.

⁶⁸ Cfr. VILLALON CRUZ, Jesús, Op. Cit., p. 20.

⁶⁹ *Ibíd*em, p.21.

conceptos a este fenómeno de encargo de actividades, así suele referirse sin distinción a la descentralización empresarial, al outsourcing, a la subcontratación de obras y servicios y así sucesivamente; en resultado las formas a través del cual se relacionan las diversas empresas implicadas en este modelo de descentralización son igualmente diversas unas de otras, esto a pesar de que las relaciones de cooperación entre ellas son estrechas y continuadas en el tiempo, mientras que desde el punto de vista jurídico se indica que por cada forma de descentralización productiva debería existir una regulación jurídica que logre acoplarse a sus respectivas necesidades.

Pla Rodríguez nos muestra cuatro clasificaciones de la descentralización productiva⁷⁰, “La primera clasificación es entre actividades secundarias o accesorias y las actividades centrales o nucleares; siendo las actividades secundarias, las ajenas a la actividad principal de la empresa y las actividades centrales aquellas esenciales para cumplir el ciclo productivo que constituye el objetivo del funcionamiento de la empresa. La segunda clasificación es entre variedades tradicionales y recientes, entendiéndose por éstas a aquellas descentralizaciones que fueron surgiendo espontáneamente en la práctica y aquellos que han sido fruto de una tendencia moderna o actual. La tercera clasificación distingue entre las formas normales y las patológicas; siendo las normales las que resultan de las razones productivas provenientes de la misma índole de las tareas que deban cumplirse y que pueden requerir una mayor especialidad; y, las patológicas, son las que buscan eludir responsabilidades y bajar costos. La cuarta clasificación distingue las formas reales de las ficticias, siendo las reales aquellas en las que existen motivos justificados para recurrir a la especialización de técnicos particularmente capacitados para producir una obra técnicamente superior o económicamente favorable y las ficticias son las que ni siquiera buscan mejorar o abaratar las operaciones sino lo que se busca a través del fraude o la maniobra, es eludir obligaciones”.

Habiendo establecido doctrinariamente la clasificación de la descentralización productiva, para efecto de nuestro trabajo, clasificaremos a la descentralización

⁷⁰ Cfr. PLA RODRÍGUEZ, Américo. “La Descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo”. En: Cuarenta y Dos Estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Grupo de los Miércoles, Montevideo, 2000, p. 16-17.

productiva en dos clases según Magno Paredes Neyra⁷¹ :

- i) Descentralización productiva originaria: Entenderemos entonces como descentralización productiva originaria cuando el empresario establece desde un principio cuál es el núcleo de su empresa (su actividad principal) y cuáles van a ser las actividades que va descentralizar.
- ii) Descentralización productiva sobrevenida: Por otro lado, la descentralización productiva sobrevenida se da cuando la empresa desde su constitución cuenta con toda una plantilla de trabajadores cubriendo todas las etapas de producción y todas las actividades que se realizan dentro de la empresa, sin embargo, en algún momento decide descentralizar parte de su producción.

Nos encontramos de acuerdo con la clasificación de Magno Paredes Neyra porque desde el inicio de sus actividades, el empresario tiene decidido qué áreas estarán a su cargo, así como qué áreas van a ser tercerizadas, por lo que este empresario (como empresa principal) tendrá la necesidad de acordar con otras empresas (empresas contratistas) para que realicen sus actividades secundarias.

2.3. Análisis de las principales consecuencias de la descentralización

Américo Pla nos señala que: “Las consecuencias de este esquema son de diversa índole dependiendo de la perspectiva que se tome para su evaluación, así por ejemplo para las empresas ha supuesto una herramienta que les ha permitido sobrevivir a los periodos de conmoción económica y enfrentar adecuadamente la competitividad empresarial. Han podido ajustar su planilla a la demanda de sus productos y/o servicios en un determinado momento y concentrar su atención y recursos en los aspectos esenciales que le interesa a la organización”⁷².

⁷¹ Cfr. PAREDES NEYRA, Magno Iván, La descentralización productiva (Outsourcing): ¿Es causa objetiva de cese colectivo de trabajadores?, 2012 [Ubicado el 24.IV 2018]. Obtenido en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/E13D761ABD31D739052573240081D8D5/\\$FILE/Outsourcing.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/E13D761ABD31D739052573240081D8D5/$FILE/Outsourcing.pdf)

⁷² PLA RODRÍGUEZ, Américo. Op. Cit.

De acuerdo a la Organización Internacional de Trabajo⁷³, “el principal problema que se plantea es determinar si los trabajadores sometidos al trabajo en subcontratación disfrutan de un nivel adecuado de protección social comparado al que poseen los trabajadores directamente empleados”.

Lo que se busca es que con la descentralización productiva no se afecte los derechos o condiciones laborales de los trabajadores de las empresas contratistas y a la vez evitar que estos trabajadores se encuentren en desventaja con los trabajadores de la empresa principal.

2.3.1 Incidencia en las relaciones individuales de trabajo

Se dan las siguientes⁷⁴:

- a) Alteración de la noción de empleador:** Molero afirma que el fenómeno de la subcontratación ha generado la quiebra de la noción única de empleador pues se ha producido la irrupción en la relación laboral de empresas ajenas al titular contractual.

En esta nueva división productiva implica que el titular de la actividad se encuentra situado en una posición de dominio ante las empresas auxiliares de la cual se servirá para asegurarse que sus resultados se cumplan, siendo el caso que se genera en la mayoría de casos empresas jurídicamente independientes pero económica y funcionalmente dominadas por la principal.

- b) Diferenciación de las condiciones de trabajo y empleo del personal subcontratado respecto del que labora para la empresa principal**

Un efecto de la descentralización reside en que los trabajadores contratados por la empresa principal poseen un empleo de mayor calidad, estable y más seguro. En

⁷³ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. En PUNTRIANO ROSAS, Cesar, Tercerización laboral versus estabilidad laboral, Lima, Gaceta Jurídica, 2017, p. 39.

⁷⁴ Cfr. MOLERO MARAÑÓN, MARIA LUIS, En PUNTRIANO ROSAS, Cesar, Ibid. p. 41.

palabras de Molero: "... se ha producido una segmentación intensa en el mercado de trabajo que conduce a trabajadores de muy distinta condición dependiendo de la empresa a la que pertenezcan. De tal modo emerge la diferenciación que los trabajadores sufrirán un mayor deterioro a medida que se alejan de la empresa dominante del proceso productivo formando parte de los últimos eslabones de la cadena contractual"⁷⁵.

c) Uso intensivo de mano de obra temporal: Es conocido que en la descentralización se emplea mano de obra temporal, toda vez que las empresas contratistas evitan asumir compromisos laborales que excedan los correspondientes a la contratación mercantil⁷⁶.

Por lo que se aprecia que así como la descentralización trae grandes beneficios en el tema empresarial también acarrea consigo diversas connotaciones negativas que afectan al trabajador de la empresa contratista o tercera quien tiene que soportar empleos temporales, remuneraciones bajas a comparación de las percibidas por los trabajadores de la empresa principal además de mejores condiciones laborales recogidas en los convenios colectivos de los sindicatos de la empresa principal que estos trabajadores no alcanzarían a tenerlos.

2.3.2. Efectos en las relaciones colectivas de trabajo

A nivel colectivo la descentralización separa el colectivo laboral del contratista, por lo que los trabajadores de la empresa contratista a lo sumo podrán sindicarse y negociar colectivamente con esta última. Diego López⁷⁷ afirma que "la descentralización dificulta seriamente la sindicación y el derecho a negociar colectivamente, se disgrega al colectivo asalariado haciendo casi imposible su unificación para efectos reivindicativos, al ser los trabajadores asalariados externos no tienen vinculación alguna con la empresa

⁷⁵ Op. Cit, p.20.

⁷⁶ Cfr. VILLALON CRUZ, Jesús. Op. Cit., p.62.

⁷⁷ LOPEZ, Diego, La Subcontratación y la precarización del empleo. En PUNTRIANO ROSAS, Cesar. Op. Cit., pp. 41- 42

en la que laboran. No cabe duda que la descentralización incide directamente en la libertad sindical partiendo desde la sindicación, negociación colectiva y huelga”.

- En la sindicación desde que aquellos trabajadores que se encuentran asignados al servicio de las empresas principales, ya sea a través de una subcontratación de mano de obra o de servicios, se sienten aislados entre sí, e inclusive lejanos a su empleador formal, por lo que no suelen formar sindicatos laborales y si lo hacen ante la empresa principal, esta se niega a atender, siquiera escuchar las mismas, alegando que no es su empleador.

- La negociación colectiva también se ve afectada puesto que al enfriarse el derecho a la organización de los trabajadores se generan efectos perjudiciales para la negociación colectiva. “Así es que se presentan varias interrogantes, como por ejemplo si la negociación debe realizarse con la empresa subcontratista (empleadora formal) o con la empresa principal, en tanto es titular del negocio, beneficiada indirectamente con el trabajo del personal. Nuestra legislación laboral, a través de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Ley N° 25593, modificada por Ley N° 27912, no permite negociar con la principal, por lo que el ámbito se reduce a un empleador formal sin poder de decisión que tendrá que esperar la aprobación de cualquier incremento salarial por parte de la principal, en tanto esta empresa es la que en realidad cubre dichos incrementos, pues son trasladados en el precio del servicio por parte de la subcontratista”⁷⁸.

- La consecuencia lógica ante el debilitamiento sindical producto de la subcontratación y el enfriamiento de las negociaciones colectivas es la nula posibilidad de llevar adelante mecanismos de presión sindical mediante la huelga. Si apenas existe un sindicato, el cual posiblemente sea minoritario, cuya negociación colectiva sea manejada por la empresa subcontratista, es poco probable que no exista motivación para luchar por las

⁷⁸ Esto resulta más evidente en la subcontratación de mano de obra o intermediación laboral pues las facturas por la contraprestación de las empresas que prestan dichos servicios detallan el costo laboral del personal destacado (remuneración más beneficios sociales) y un plus adicional que corresponde a su margen de ganancia. PUNTRIANO ROSAS, Cesar. Op. Cit., p. 43.

pretensiones sindicales mediante la huelga.

Por lo tanto, una de las consecuencias que más se observa dentro de las empresas que forman parte de la descentralización productiva, es el debilitamiento en el ámbito sindical, siendo una forma de combatirlo el fortalecimiento de la autonomía colectiva tan venida a menos en los últimos años debido al impacto de políticas flexibilizadoras, las cuales siempre deben buscar proteger a la parte más débil: los trabajadores.

2.4. La descentralización productiva en el Perú

La descentralización productiva es uno de los fenómenos sociales más importantes que se viene produciendo en el mundo laboral peruano, siendo incitado por las nuevas formas de organización de la empresa y un marco normativo flexible en nuestro país que permita adoptarla para disminuir los costos de producción. “Ante el impacto de la descentralización productiva, los trabajadores peruanos han venido implementando una serie de acciones colectivas para defender sus derechos laborales apelando a la sindicalización y a la negociación colectiva”⁷⁹.

En los párrafos anteriores se ha mostrado el complejo fenómeno social de la descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales, sin embargo, en el caso peruano la dirección fue la opuesta. Miguel Canessa nos señala que: “En efecto, mientras el fenómeno social es previo a la forma jurídica, en nuestro país ocurrió que la forma jurídica se adelanta al fenómeno social, dado a la escasa relevancia del número de contrataciones entre empresas en el escenario productivo previo a la implementación de la reforma laboral fujimorista. Así fue que la flexibilización laboral de principios de los noventa introdujo en el mundo laboral peruano las modalidades de descentralización productiva, especialmente la cesión de trabajadores a través de la contratación de las cooperativas de trabajadores y las empresas de servicios para proporcionar personal en las labores cotidianas de las compañías con el objetivo de

⁷⁹ Cfr. CANESSA MONTEJO, Miguel. *La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana. Cuaderno de trabajo del CICAJ N.º 8*, 2013, [Ubicado el 09.IV 2018]. Obtenido en <http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/06/MIGUEL-CANESSA.pdf>

abaratar los costos laborales de las empresas”⁸⁰.

Al comienzo de su gobierno, Fujimori llevo un proceso de reforma laboral profundo que involucró pasar de tener unas relaciones laborales en las que el Estado era un protagonista notable al abstencionismo estatal en la cual este mismo Estado redujo radicalmente el número de normas y su sentido protector. Dentro de los cambios más relevantes que se dieron en esta sustitución del modelo encontramos⁸¹:

- La eliminación de la estabilidad laboral y su sustitución por un régimen de despido libre indemnizado
- La ruptura del paradigma de contratación temporal (de utilizar este mecanismo solo para laborales temporales se pasó a una ampliación a nueve modalidades nominales y una innominada, permitiéndose explícitamente la utilización de la contratación temporal para labores de duración indeterminada)
- Se eliminó los topes del 10% de los trabajadores en periodo de prueba, la intermediación y la tercerización laboral se extendieron sin pausa pasando del 20% al 50% de la plantilla de trabajadores destacados
- Se amplió el poder directivo del empleador permitiéndose la modificación unilateral de condiciones sustanciales
- Se eliminó la participación de los trabajadores en la gestión y en la propiedad
- Las reglas de prescripción permitieron la pérdida de derechos de centenares de miles de trabajadores porque se cambió el momento de inicio del cómputo del plazo, que dejó de ser el momento de la extinción del contrato para ser el de la exigibilidad del beneficio, a sabiendas de que los trabajadores que prestan servicio no reclaman generalmente mientras están laborando, entre otros cambios.

Con esta reforma se logró la flexibilidad laboral el cual tuvo un impacto directo en los derechos individuales y colectivos de los trabajadores a través de las medidas mencionadas cuya característica principal se volvió la temporalidad, sin embargo, después de su implementación esto no represento la solución a los grandes problemas

⁸⁰ Ibídem, p.20.

⁸¹ RODRIGUEZ GAMERO, Marco. *Entrevista al Dr. Alfredo Villavicencio Ríos Efectos de la Flexibilización Laboral a 20 Años de Vigencia*, 2011 [Ubicado el 25.IV 2018]. Obtenido en file:///C:/Users/HP/Downloads/13162-52415-1-PB.pdf

del empleo peruano en esos tiempos.

Leopoldo Gamarra indica que “el principal efecto de la reforma laboral a considerar es la multiplicidad de formas de contratación temporal con requisitos legales tan amplios que permiten su utilización casi en cualquier circunstancia”⁸². “Si comparamos con la realidad actual estas condiciones no han mejorado, ya que no se ha creado un mayor número de empleos, así como tampoco se ha conseguido disminuir la tasa de informalidad; la finalidad del Decreto Legislativo N° 728”⁸³, este decreto consistía en eliminar todo tipo de barreras para que el empleo pudiese ser más dinámico y con mejores derechos, lo cual no se produjo, puesto que la informalidad siguió creciendo, en cambio lo que sí se dio fue que el valor económico del trabajo y el papel del trabajador dentro de la empresa se vieron profundamente disminuidos.

La descentralización productiva se encuentra regulada laboralmente en nuestro ordenamiento por las siguientes normas:

- Ley 27626, Ley que regula la Intermediación Laboral [en adelante, LIL], y su reglamento, Decreto Supremo 003-2007-TR [en adelante, RLIL]; y
- Ley 29245, Ley que Regula los Servicios de Tercerización [en adelante, LTS], el Decreto Legislativo 1038 que la precisa, y su reglamento, Decreto Supremo 006-2008-TR [en adelante, RLTS].

Es así que a efectos de la presente tesis nos centraremos en la regulación jurídica que en el Perú ha generado el fenómeno de la Tercerización.

2.5. La Tercerización de Servicios

Los cambios en la relación laboral actual han originado una inseguridad relacionada con la identificación del empleador, Luis Valderrama nos señala que “Cuando se presenta una contratación a través de terceros, a la vez se presentan otros puntos de discusión

⁸² Cfr. GAMARRA VILCHEZ, Leopoldo, “Comentarios a la Ley que regula los servicios de tercerización y las razones que justifican su promulgación”, *Actualidad Jurídica* N° 175, Junio 2008, p. 46.

⁸³ Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Formación y Promoción Laboral, 1997 [Ubicado el 07.V 2018]. Obtenido en http://cmp.org.pe/wp-content/uploads/2016/07/Ley_de_Formacion_y_Promocion_Laboral.pdf

como los relacionados a la protección de la estabilidad del trabajador destacado, al fomento de derechos colectivos, así como el referido a la igualdad de remuneraciones y condiciones de trabajo del trabajador destacado, etc.”⁸⁴. Dentro de los nuevos modelos de organización de la producción se encuentra la tercerización de servicios el cual se da cuando un contratista se compromete a prestar un servicio bajo su total dirección y vigilancia. En el Perú, los requisitos, derechos y obligaciones se encuentran regulados por la LTS y su reglamento aprobado mediante el D.S. N° 006-2008-TR.

Si bien resulta innegable la importancia de la tercerización, como herramienta para la empresa moderna contribuyéndola a hacerla competitiva, la utilización indiscriminada de dicha figura, incluso para el desarrollo de la actividad principal de la empresa y la intervención de empresas tercerizadoras que no cuentan con autonomía ni equipamiento propio, “convierte a este mecanismo en un vehículo de abaratamiento de los costos laborales, afectando los derechos de los trabajadores por poner un ejemplo: el monto de las utilidades no sería el mismo entre lo percibido por el trabajador incluido en las planillas de la empresa usuaria y lo percibido por el trabajador de la empresa tercerista”⁸⁵.

2.5.1. Concepto

Omar Toledo nos indica que: “La tercerización de servicios es el proceso mediante el cual una empresa (la empresa principal) delega o encarga una parte de su proceso productivo de bienes o servicios a otra (empresa contratista) a efectos de que esta última la ejecute de forma integral y autónoma⁸⁶, bajo su cuenta, costo y riesgo”⁸⁷. Se produce la tercerización de servicios cuando el empresario principal delega el desarrollo de una

⁸⁴ Cfr. VALDERRAMA VALDERRAMA, Luis Ricardo, “Ámbito de aplicación y elementos de la tercerización de servicios. Análisis de la Sentencia Popular N° 1607-2012-Lima”, *Dialogo a la Jurisprudencia* N° 188, Mayo 2014, p. 37.

⁸⁵ Cfr. TOLEDO TORIBIO, Omar, *La Tercerización Laboral (Outsourcing)*, Lima, Grijley, 2015. p. 18.

⁸⁶ La presencia de trabajadores de la empresa principal que presten servicios en actividades similares o idénticas que los servicios que presta la empresa contratista, evidenciarían que no existe una tercerización integral del proceso productivo, ya que si se ha tercerizado integralmente dicho proceso entonces los trabajadores de la empresa principal no deberían concurrir con aquella en la ejecución de las mismas actividades. Cfr. QUIROZ ESLADO, Luis, *Nuevas Formas de Contratación Laboral*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014, p. 5.

⁸⁷ *Ibídem*

de sus actividades empresariales a un empresario tercerizadora a fin de que este la lleve a cabo de manera independiente.

“Siendo que la tercerización de servicios, supone que la producción o prestación se realice de manera organizada bajo la dirección y el control de un contratista, usualmente una empresa que cuenta con un patrimonio y una organización propia, dedicada a la producción de bienes o servicios, la cual se realiza a favor del contratante dentro del centro de labores (insourcing) o fuera de él (outsourcing) de manera que los trabajadores de la empresa contratista se encuentre bajo las órdenes y el control de este y no del contratante”.⁸⁸

Como lo afirma Jorge Tovar, “⁸⁹ este concepto, el outsourcing”, designado con un vocablo del idioma inglés, se conoce como “tercerización de procesos, esta palabra inglesa alude a la utilización por una empresa de determinados servicios o apoyos de una fuente externa (out = fuera; source = fuente, origen, principio)”.

Siendo así, la tercerización de servicios es un mecanismo de organización empresarial que permite que las empresas contraten con terceros ciertas actividades y de esta manera concentren sus esfuerzos en la actividad central de la empresa. “Aquello se aprecia claramente en el origen histórico del fenómeno, asociado a la solicitud de servicios de informática por parte de empresas no especializadas en tales labores”⁹⁰

De lo anterior podemos deducir que la tercerización de servicios es una forma de distribución empresarial en la cual una empresa contrata a otra para que esta última desarrolle actividades especializadas u obras de manera más eficiente que lo que realizaría la empresa principal, siempre y cuando estas asuman los servicios prestados

⁸⁸ Expediente N° 31629-2013-0-1801-JR-LA-06, en VITERI GUEVARA, Julissa Magaly, “Reflexiones sobre la desnaturalización de la Tercerización de Servicios”, *Soluciones Laborales* N° 98, Febrero 2016, p. 85.

⁸⁹ TOVAR VERLARDE, Jorge. En PUNTRIANO ROSAS, Cesar, “Tercerización de servicios Análisis de la anterior y actual legislación”, *Actualidad Jurídica* N° 175, Junio 2008, p. 23.

⁹⁰ Como señala cruz villalón, a principios de la década de 1990 “se transfiere a empresas de informática especializadas justamente este tipo de servicios por parte de otras empresas que como tales se dedican a actividad diversa de la informática propiamente dicha”. Cfr. CRUZ VILLALÓN, Jesús. Outsourcing. Contratas y Subcontratas en UGAZ OLIVARES, Mario, *El Régimen Legal de la Subcontratación*, 2007, [Ubicado el 24.V 2018]. Obtenido en file:///C:/Users/HP/Downloads/18563-73568-1-PB.pdf

por su cuenta y riesgo.

En la tercerización de servicios se puede apreciar los siguientes elementos complementarios⁹¹:

- **Posición del Empresario Principal:** Se considera que la posición del empresario principal no resulta exclusiva de las organizaciones privadas lucrativas (empresas), sino que también puede recaer en instituciones no lucrativas (asociaciones, fundaciones, etc.), entidades públicas (entidades y empresas del Estado), entes sin personalidad jurídica (como los grupos de empresa), etc.
- **Trabajo subordinado o autónomo:** La posición del empresario tercerizadora puede ser ocupada por un sujeto que cuente con trabajadores subordinados (en calidad de empleador) o por uno que realice las labores encomendadas por sí mismo (en calidad de trabajador autónomo), así se puede decir que en última instancia la tercerización se puede realizar a través de trabajo subordinado o mediante trabajo autónomo. Nuestra legislación laboral se concentra principalmente en los efectos de la tercerización que tiene lugar mediante trabajo subordinado.
- **Contrato de prestación de servicios:** La tercerización puede ser implementada a través de una amplia gama de contratos de prestación de servicios pertenecientes al ámbito del Derecho Civil (obra, locación de servicios), Mercantil (engineering, marketing, etc.) o Administrativo (obra pública, concesión de servicio público), estos contratos se caracterizan porque su objeto es una obligación de hacer (sea de actividad o de resultado)
- **Valor agregado:** En la tercerización mediante trabajo subordinado es necesario que el contratista aporte al empresario principal algo más aparte de trabajadores (como herramientas, vehículos, know how, etc.). En caso de no existir el referido valor agregado, se estará ante una simple provisión de trabajadores.
- **Actividades empresariales:** Se considera como actividad empresarial a cualquier labor o tarea que resulte necesaria para alcanzar el objeto de una organización (empresa), la cual se encontraría a cargo del personal de esta, en caso de que no fuera tercerizada. Según la legislación nacional, las actividades empresariales pueden ser de

⁹¹ SOLUCIONES LABORALES, Tercerización de Servicios, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, pp. 8-9

tres tipos: actividades principales, actividades complementarias y actividades de alta especialización.

- **Libertad de empresa:** El fundamento jurídico de la tercerización se encuentra en el derecho a la libertad de empresa (artículo 59 de la Constitución Política del Perú). En virtud de este derecho, los empresarios pueden escoger entre realizar todas sus actividades empresariales al interior de su organización o delegar algunas de ellas a agentes externos.
- **Solidaridad:** Una de las principales medidas es el establecimiento de una responsabilidad solidaria entre el empresario principal y el contratista en materia laboral y de seguridad social. De modo que, de producirse un incumplimiento, se puede reclamar la subsanación del mismo no solamente frente al empleador sino también ante el empresario principal.

Debemos precisar que la tercerización puede darse de dos maneras⁹²:

- En forma externa denominada tercerización propiamente dicha u outsourcing, la cual se estructura a través de este encargo de negocios a terceros para que sean prestados fuera del local o centro de trabajo del cliente.
- En forma interna, denominada insourcing cuya configuración requiere un desplazamiento del personal de la empresa tercerizadora al local o centro de trabajo del cliente.

De ahí que la normatividad resulta más exigente en los casos del insourcing pues podría dar lugar a que el cliente, que es la empresa principal, ejerza atribuciones de empleador sin tener la condición de tal.

2.5.2. Requisitos

La tercerización de servicios implica la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, cuya ejecución no supone la simple provisión de personal. De acuerdo con el artículo 2 de la LTS, la actividad de estas empresas tiene los siguientes requisitos:

⁹² Cfr. PUNTRIANO ROSAS, César, Op. Cit., p. 19-20.

- Desarrollar actividades especializadas u obras, siempre que asuma los servicios prestados por su cuenta y riesgo.
- Contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales
- Ser responsables por el resultado de sus actividades
- Sus trabajadores están bajo exclusiva subordinación

Estos cuatro requisitos son copulativos, es decir, la inexistencia de uno, cualquiera de ellos, desvirtúa la tercerización (artículo 3 de RLTS).

2.5.3. Características

La tercerización se encuentra regulada laboralmente en nuestro país por la Ley N° 29245 (LRST), el Decreto Legislativo 1038 y el Decreto Supremo 006-2008-TR, Reglamento de la LRST es evitar que la tercerización sea manipulada fraudulentamente para contratar un simple abastecimiento de trabajadores, insertando a un tercero en la relación laboral, la cual debería configurarse entre el trabajador que presta el servicio contratado con dicho tercero, y la empresa principal.

Para Mechato Aldave⁹³ las características de la tercerización son los siguientes:

- **Pluralidad de clientes:** La tercerización tiene como finalidad que las empresas puedan acceder a contratar a empresas de tercerización que por la pluralidad de clientes, maquinaria y equipos que tienen, la experiencia y los métodos de trabajo, puedan realizar los servicios y obras a menor costo, favoreciendo de este modo la competitividad⁹⁴.
- **Equipamiento propio:** La empresa tercerizadora debe de contar con equipo propio, uniformes de trabajo, herramientas, vehículos, programas informáticos, bienes

⁹³ MECHATO ALDAVE, Luis Eduardo, "Ratificación de la legalidad de la tercerización laboral. Análisis de la Sentencia Popular N° 1607-2012-Lima", *Dialogo a la Jurisprudencia* N° 188, Mayo 2014, p. 24.

⁹⁴ En este sentido la Corte Suprema aclaró que no se presumirá que exista una tercerización fraudulenta en caso de contar con un solo cliente, ya que el tercer párrafo del artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1038, que precisa los alcances de la Ley N° 29245, ha establecido que en casos excepcionales por razones objetivas y demostrables la pluralidad de clientes puede no ser considerada como característica de este fenómeno. En CARRASCO MENDOZA, Hugo, "Sentencia de Corte Suprema define elementos constitutivos de la tercerización", *Dialogo a la Jurisprudencia* N° 188, Mayo 2014, p. 17.

muebles e inmuebles y todo elemento que sea necesario para el cumplimiento del servicio o la obra.

- **Inversión de capital:** Al ser la tercerización una actividad mayor a una simple dotación de personal, es necesario que esta empresa realice labores de interacción entre el capital y el trabajo, esto implica que la empresa tercerizadora tenga inversión en bienes que utiliza para varios servicios, así como disposición de recursos económicos para cumplir con sus obligaciones laborales.
- **Retribución por obra o servicio:** Al tratarse la tercerización del cumplimiento de un servicio o una obra es necesario que la retribución por estos no se establezca en función del número de trabajadores que participan en su ejecución, sino en el resultado final del servicio u obra desarrollada.

La LTS indica como elementos característicos de la tercerización⁹⁵:

✚ **La pluralidad de clientes,** lo cual no será un indicio a valorar en los siguientes casos:

- Cuando el servicio objeto de tercerización solo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que se desarrollara sus actividades la empresa tercerizadora.
- Cuando en base a la naturaleza del servicio y obra existan motivos atendibles para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora.
- Cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la microempresa (numeral 4.2 del reglamento de la LTS).

✚ **Que cuente con equipamiento:** Esto sucede cuando las herramientas o equipos que utilizan los trabajadores de la empresa tercerizadora son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquella y cuando resulte razonable la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de

⁹⁵ Ibídem

administración o formen parte componente vinculada directamente a la actividad (inciso 4.3 del artículo 4 del reglamento de la LTS).

✚ **La inversión de capital.**

✚ **La retribución por obra o servicio.**

✚ **Otros elementos útiles para demostrar la autonomía empresarial:** Estos elementos constituyen indicios de la existencia de autonomía empresarial, los cuales deben ser evaluados en cada caso concreto, para estos efectos se calificará tomando en cuenta: la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora⁹⁶, en tal sentido el Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, señala que la mera ausencia de alguno de los elementos no determina, de por sí, la desnaturalización de la tercerización: deberá evaluarse cada elemento característico de manera casuística⁹⁷.

Siendo el caso que tanto la empresa tercerizadora como la empresa principal podrán aportar otros elementos de juicio o indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de una simple provisión de personal, tales como: la separación física y funcional de los trabajadores de una y otra empresa, la existencia de una organización autónoma de soporte de las actividades objeto de la tercerización y la tenencia y utilización por parte de la empresa tercerizadora de habilidades, experiencia, métodos, secretos industriales, certificaciones o en general de activos intangibles volcados sobre la actividad objeto de la tercerización, con los que no cuente la empresa principal⁹⁸.

En resumen, la regulación de estos requisitos y características de la tercerización de servicios se utiliza como medida para su validez dentro de nuestro ordenamiento jurídico, siendo su única finalidad evitar que esta actividad sea utilizada en contra de los derechos laborales de los trabajadores de la empresa tercerizadora.

⁹⁶ Cfr. VALDERRAMA VALDERRAMA, Luis Ricardo, Op. Cit. p. 39.

⁹⁷ Cfr. SANTACRUZ BUSTILLOS, Luis, "Criterios acerca de los cuestionamientos a los servicios de tercerización", *Dialogo a la Jurisprudencia* N° 188, Mayo 2014, p. 24.

⁹⁸ Cfr. VALDERRAMA VALDERRAMA, Luis Ricardo, "La Tercerización de Servicios y sus causas de desnaturalización", *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 101, Mayo 2016, p. 105.

2.5.4. La Garantía de Derechos Laborales en los servicios de tercerización

Según el artículo 7 de la LTS y el artículo 2 del decreto, los trabajadores de aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades desplazados de forma continua a la empresa principal, tendrán garantizados los siguientes derechos⁹⁹:

- A la igualdad de derechos y no discriminación: Los trabajadores bajo contrato sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización respecto de su empleador.
- No se encuentran sujetos al poder directriz de la empresa principal: Los trabajadores que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal en una tercerización, cualquiera fuese la modalidad de contratación laboral utilizada como todo trabajador contratado a tiempo indeterminado o bajo modalidad tiene respecto de su empleador todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa vigente; en consecuencia, los trabajadores no están sujetos a subordinación por parte de la empresa principal.
- El ejercicio de la libertad sindical, a la negociación colectiva y huelga: La tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad incluyendo aquella realizada en la tercerización de servicios, 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 a los trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados en el fuero sindical.
- A las denuncias y reclamos: Los trabajadores pueden interponer denuncias ante la Autoridad Administrativa de Trabajo o recurrir al Poder Judicial, para solicitar la protección de sus derechos colectivos, a impugnar las prácticas antisindicales, a

⁹⁹ BARDALES PEREIRA, Antonio y AGUILAR LIMA Dany, "Los servicios de tercerización en el Perú", *Revista Jurídica del Perú* N° 89, Julio 2008, pp. 421-422.

la verificación de la naturaleza de los contratos de trabajo sujetos a modalidad de acuerdo con la legislación laboral vigente, a impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio del derecho a la libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación y obtener si correspondiera su reposición en el puesto de trabajo así como las indemnizaciones, costos y costas que corresponda declarar en un proceso judicial, sin perjuicio de la aplicación de multas.

La Ley de la Tercerización de Servicios establece que todos los trabajadores de una empresa tercerizadora y que realicen sus actividades en sus instalaciones o en los de la empresa principal, tendrán los mismos derechos que los empleados de esta última, esto significa que los trabajadores de la empresa tercerizadora gozan de los beneficios básicos laborales como vacaciones, CTS, seguro social y gratificaciones, además también cuentan con el derecho a la sindicalización, a la negociación colectiva y podrán denunciar ante la Autoridad Administrativa de Trabajo o el Poder Judicial el incumplimiento de los beneficios anteriormente descritos, con lo cual ambos trabajadores de la empresa principal y tercerizadora cuentan con los mismos derechos laborales, sin embargo plasmado a la realidad observaremos más adelante que tan efectivo es el poder de organización sindical de los trabajadores de la empresa tercerizadora a comparación de los trabajadores de la empresa principal.

2.5.5. Prohibición

Esto se da¹⁰⁰:

- Cuando la empresa que brinda servicios de tercerización carece de autonomía empresarial, no asumiendo las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, no contando con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y si los trabajadores asignados al servicio no estén bajo su exclusiva subordinación.

- Cuando se utiliza la tercerización con la intención o efecto de limitar o anular el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores o sustituirlos en caso de huelga (artículo 34.3).

¹⁰⁰ PUNTRIANO ROSAS, Cesar, "Tercerización de servicios. Análisis ..." Op. Cit., p. 29.

- La norma prohíbe la utilización de la tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad para realizar los siguientes actos: limitar o perjudicar la libertad sindical y el derecho a la 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; denuncias ante la autoridad de trabajo y acciones ante el Poder Judicial.

2.5.6. Desnaturalización

En la actualidad laboral es evidente la posibilidad de utilización de esta modalidad con el fin de que sirva como una forma de encubrimiento de la existencia de relaciones de trabajo en régimen de dependencia sirviendo de provecho para la empresa principal. “Las figuras de falso trabajador autónomo, así como de la empresa pantalla o interpuesta entre los trabajadores y aquellas que organiza y dirige realmente su actividad, adquieren a partir de estos fenómenos mayores posibilidades de plasmación que en el pasado”¹⁰¹

Citando a Arce Ortiz y Elmer Guillermo refiere que una de las formas en las que se configura la desnaturalización es cuando “la empresa principal encarga a la empresa B la realización de un servicio, a pesar de que es ella misma la que dirige la prestación de los trabajadores de B, entonces el proceso de subcontratación será ilícito”¹⁰². Esto se da en aplicación del principio de realidad que descubriría al empleador formal y al empleador real e incluso traería a consecuencia la responsabilidad laboral solidaria, así como el efecto principal de la desnaturalización del contrato donde la empresa principal se convierta en el empleador del trabajador desplazado, desde que se produce esta acción.

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en la STC 02111-2010-PA/TC, ha

¹⁰¹ SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. En CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, El fraude y la simulación en la Intermediación Laboral y la Tercerización, Lima, Juristas Editores, 2012, p. 103.

¹⁰² ARCE ORTIZ, Elmer. En JIMENEZ CORONADO, Ludmin Gustavo, La desnaturalización de la tercerización, 2015 [Ubicado el 12.VI 2018]. Obtenido en http://aempresarial.com/web/revitem/4_17460_42305.pdf

precisado lo siguiente: “En tal sentido, a juicio de este Tribunal, cuando el artículo 4-B del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, dispone que la desnaturalización de un contrato de tercerización origina que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal, es porque valora implícitamente que en tales supuestos el objetivo o “justificación subyacente” a la tercerización (consistente en la generación de una mayor competitividad en el mercado a través de la descentralización productiva) no ha sido el (único) móvil de la tercerización efectuada, al haber tenido como propósito subalterno el disminuir o anular los derechos laborales de los trabajadores. En dicho contexto, cuando una empresa (principal) subcontrata a otra (tercerizadora), pero sigue manteniendo aquélla el poder de dirección sobre los trabajadores, y la función o actividad tercerizada se sigue realizando en los ambientes de la empresa principal y con los bienes y recursos de ésta, y a su cuenta y riesgo, resulta evidente que dicha subcontratación resulta incompatible con nuestra Constitución”¹⁰³

También el artículo 5 de la Ley de Tercerización señala que “Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y que impliquen una simple provisión de personal originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes”¹⁰⁴

El Reglamento en su artículo 5 considera que se produce la desnaturalización de la tercerización: “En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora; Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal; En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro”¹⁰⁵.

¹⁰³ JIMENEZ CORONADO, Ludmin Gustavo. Op. Cit. p.2.

¹⁰⁴ Art. N° 5 de la Ley de Tercerización de Servicios

¹⁰⁵ Art N° 5 del Reglamento de Tercerización de Servicios

En conclusión, la desnaturalización de la tercerización se produce porque la empresa tercerizadora no cuenta con sus propios recursos económicos, tecnológicos o materiales trayendo como consecuencia que los trabajadores se encuentren supeditados a las órdenes de la empresa principal, lo cual desvirtúa la relación laboral dándose la desnaturalización de esta.

2.5.7. Legislación Comparada

La figura de la tercerización de servicios se da en distintos países, a continuación, apreciaremos como es su tratamiento¹⁰⁶:

🇦🇷 **Argentina:** La Ley de Contrato de Trabajo de Argentina N° 20744 establece en su artículo 29 que, habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal sentido los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores prestan o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven de la seguridad social. Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos del artículo 99° de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina y los artículos 77° a 80° de la Ley Nacional de Empleo, serán considerados en relación de dependencia con carácter permanente continuo o discontinuo, con dichas empresas.

Sin embargo la norma que se refiere de manera específica a la tercerización es el artículo 30° de la Ley Nacional de Empleo referido a la subcontratación y delegación, este numeral establece que quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre o contraten o subcontraten cualquiera sea el acto que le de origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social; deberán exigir además

¹⁰⁶ Cfr. TOLEDO TORIBIO, Omar. Op. Cit. pp. 64- 77.

a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos de trabajo.

El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social.


✚ **España:** El Estatuto de los Trabajadores de España en su artículo 42 regula la Subcontratación de obras y servicios en los siguientes términos: Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos que deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto de la Seguridad Social y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el periodo de vigencia del contrato.

✚ **Chile:** Debemos hacer referencia a la Ley 20.123 que, agregando al Libro I del Código de Trabajo, el título VII regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. Conforme a esta Ley la tercerización tiene dos manifestaciones: la subcontratación y el régimen de los trabajadores transitorios. El trabajo en el régimen de subcontratación se encuentra regulado en el artículo 183-A y siguientes, en la forma siguiente:

- Artículo 183-A: Es trabajo en régimen de subcontratación, aquel realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando este en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas.

- Artículo 183-B: La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de estos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por termino de relación laboral, estando limitada al tiempo o periodo durante el cual los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

- Artículo 183-C: La empresa principal, cuando así lo solicite tendrá derecho a ser informada por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a estos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas.

 **Colombia:** La regulación de la tercerización se encuentra regulada en el artículo 34 del código sustantivo del trabajo, en los siguientes términos: Son contratistas independientes y por tanto verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior,

de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratista.

✚ **Ecuador:** El Mandato Constituyente N° 8 de fecha 30 de abril de 2008 elimina y prohíbe la tercerización laboral, en efecto se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador (artículo n° 1). Sin embargo, el mismo mandato constituyente establece que se podrán celebrar contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadoras de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria.

✚ **Venezuela:** El artículo 48 de la Ley Orgánica de Trabajo prohíbe la tercerización, en los siguientes términos:

- Artículo 48. Queda prohibida la tercerización, por tanto, no se permitirá:
- La contratación de entidad de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de las mismas.
- La contratación de trabajadores a través de intermediarios para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante.
- Las entidades de trabajo creadas por el patrono para evadir las obligaciones con los trabajadores.
- Los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil.

- Cualquier otra forma de simulación o fraude laboral

• **Uruguay:** La Ley N° 18.099 establece en su artículo N° 1 que: “Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra será responsable solidario de las obligaciones laborales de estos hacia los trabajadores contratados así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad previsional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperas que se adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación a esos trabajadores”.

Como se puede apreciar en líneas anteriores, no todos los países están de acuerdo en regular la figura de la tercerización teniendo como referente Ecuador y Venezuela, mientras que Argentina, España, Colombia y Uruguay regulan la tercerización de servicios estableciendo que los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores prestan servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven de la seguridad social. En cuanto al tema de sindicación solo en España permiten que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas cuando no tengan representación legal formulen junto a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, esto se da mientras compartan centro de trabajo y los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas carezcan de representación sindical.

2.5.8. Tratamiento comparado con otras figuras contractuales

- Tercerización y Grupos de Empresas

Según Echaiz Moreno¹⁰⁷, el grupo de empresas “es un fenómeno derivado de la concentración empresarial, de naturaleza multiarticulada, constituido por dos o más empresas jurídicamente autónomas, en el cual existe una dirección unificada destinada a la satisfacción del interés grupal y para lo que se establece relaciones de dominación – dependencia, las que importan el control ejercido por uno o varios sujetos dominantes

¹⁰⁷ ECHAIZ MORENO, Daniel, Marco Conceptual sobre los Grupos de Empresa, Instituciones de Derecho Empresarial, Lima, APECC, 2010, p. 205.

(pudiendo ser alguna de las empresas) sobre la empresa o empresas dominadas”. Se encuentra conformado por un conjunto de empresas que están vinculadas por razones económicas y jurídicas donde su característica principal es que se encuentran sometidas a una dirección unitaria”.

Omar Toledo nos señala que: “La relación que existe con la tercerización va a radicar en el hecho que en muchos casos se implementa la tercerización entre empresas vinculadas o que formen parte del mismo grupo, en ese sentido si se comprueba que no ha existido autonomía económica y funcional de la empresa tercerizada, la consecuencia es que establezca la responsabilidad solidaria respecto de los beneficios y créditos laborales de los trabajadores”¹⁰⁸.

- **Tercerización y Franquicia**

Ulises Montoya, señala que: “La franquicia es el contrato mediante el cual se busca difundir un producto o servicio en un mercado distinto mediante la transferencia de una serie de elementos como la marca, el logo comercial, la tecnología, el know - how del negocio y otros elementos tendientes a mantener la homogeneidad del mismo”¹⁰⁹.

Barrera Nicholson¹¹⁰ indica que podríamos gráficamente, diferenciar las relaciones económico – jurídicas de la siguiente manera:” En el caso de subcontrataciones, el principal contrato de servicios para sí que de alguna manera incorpora al objeto de su empresa paga por ellos y coloca el producto final en el mercado, en cambio en la franquicia quien pone el producto en el mercado es el propio franquiciado, quien obtiene recursos a través de dicha colocación y paga al franquiciante”.

Por lo cual la principal diferencia entre estas figuras contractuales está en la colocación del producto final, de esta manera, si la presentación del mismo está a cargo del principal estaremos ante un proceso de tercerización, pero si la presentación del producto está a

¹⁰⁸ Cfr. TOLEDO TORIBIO, Omar. Op. Cit. p. 38.

¹⁰⁹ MONTOYA MANFREDI, Ulises y otros. Derecho Comercial Tomo II, Lima, Grijley, 2006, p.139.

¹¹⁰ BARRERA NICHOLSON, Antonio, La responsabilidad Laboral en la Franquicia, En TOLEDO TORIBIO, Omar, Ibid., p. 39.

cargo del franquiciado estaremos ante una franquicia.

- **Tercerización y Joint Venture**

“El Joint Venture es un acuerdo por el cual dos o más empresas se asocian para llevar a cabo un proyecto determinado, desde un punto de vista específico este término se refiere a una organización contractual particular cuyo objeto es la realización de un determinado proyecto o negocio”¹¹¹.

Es evidente que ambas figuras son distintas, puesto que en la tercerización de servicios el objeto del contrato es la delegación de actividades en la que una empresa principal encarga el desarrollo de una o más partes de su actividad a una o más empresas terceras mientras que en el Joint Venture es un contrato en el que se asocian dos o más empresas para realizar un negocio con el único fin de obtener ganancias.

- **Tercerización y Factoring**

“El factoring es una herramienta financiera de corto plazo para convertir las cuentas por cobrar (facturas, recibos, letras) en dinero en efectivo, esto le permite enfrentar los imprevistos y necesidades de efectivo que tenga la empresa. Es decir, una empresa puede obtener liquidez transfiriendo a un tercero, créditos a cobrar derivados de su actividad comercial”¹¹².

Estas figuras contractuales son totalmente opuestas pues en el Factoring estamos ante una compra de créditos a título oneroso, sin embargo, en algunos casos se podría estar encubriendo una tercerización de servicios con una supuesta figura de Factoring con el único objetivo de evitar someterse a la regulación legal. Por ello se tendrá que verificar cada caso analizando la verdadera naturaleza de la relación jurídica entre las empresas bajo el principio de primacía de la realidad y de esta manera verificar si estamos ante un contrato de factoring o ante una tercerización de servicios.

¹¹¹ MONTOYA MANFREDI, Ulises y otros. Op. Cit. p. 152.

¹¹² RIERA MILLA, Mariela. Alternativa de Financiamiento de Factoring, 2013 [Ubicado el 12.XI 2017].
Obtenido en:
http://aempresarial.com/servicios/revista/276_9_FPHWQSHOFLFPJYXSUELTZTGCUWSSHWJMLRIBJQPPBVEKUCDOGP.pdf.

- **Tercerización e Intermediación Laboral**

Para Jorge Toyama Miyagusuku¹¹³, las diferencias entre ambas figuras son las siguientes **TABLA N° 1**

DIFERENCIA ENTRE INTERMEDIACION LABORAL Y TERCERIZACION DE SERVICIOS

INTERMEDIACION	TERCERIZACION
Solamente un destaque de mano de obra a la empresa contratante (un puesto de trabajo).	Brindan un servicio integral a la empresa contratante (la mano de obra constituye solo una parte del servicio).
Prestan servicios en actividades principales de la contratante solo temporalmente bajo la modalidad de un contrato ocasional (duración 6 meses) o de suplencia. También se realiza actividades complementarias o especializadas.	Prestan servicios en actividades principales (temporales o permanentes), de especialización o complementarias del contratante.
Realizan actividades principales temporalmente no podrá exceder el 20% del total de trabajadores de la empresa contratante.	Está sujeto a límite porcentual alguno.
Deberá inscribirse en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de Intermediación.	Debe inscribirse en registro laboral alguno.
Debe conceder fianza obligatoriamente para garantizar el	Se encuentra obligado a conceder fianza alguna.

¹¹³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Terceización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias, 2008 [Ubicado el 12.XI 2017]. Obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/17332/17618>

cumplimiento de sus obligaciones laborales.	
Solo puede constituirse para destacar trabajadores. El service debe contar con un capital mínimo no menor al valor de 45 Unidades Impositivas Tributarias (UIT)	Se constituye para brindar un servicio integral. La provisión de mano de obra constituye solo una parte del servicio.
Detracción de IGV (14%)	Solo se prevé la detracción del IGV en algunos supuestos.

(*) FUENTE: Jorge Toyama Miyagusuku.

Aunque las diferencias entre la tercerización e intermediación laboral son pocas, ambos contratos laborales apuntan a lo mismo, exteriorizar el costo de una empresa principal a otra que asuma el costo y riesgo laboral de la actividad que se le encarga, encontrándose reguladas por nuestro ordenamiento jurídico por lo que no se tendría que desproteger los derechos laborales de los trabajadores de estas empresas teniendo en cuenta además el principio de Primacía de la Realidad, para atesorar la naturaleza de la actividad que constituye tanto la intermediación laboral como la tercerización.

2.5.9. Jurisprudencia sobre la Tercerización

Los contratos de tercerización que con cumplan con los elementos señalados en los articulo 1 y 2 de la Ley N° 28245 originan que los trabajadores de las empresas tercerizadoras tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, a continuación, analizaremos el pronunciamiento del Tribunal Constitucional recaído en el Exp. 2135-2012-AA/TC.

- Exp. N° 2135-2012-AA/TC¹¹⁴

El Tribunal Constitucional analiza el recurso de agravio constitucional interpuesto por el Señor Luis Alberto Cardoza Jiménez, a fin de que se declare la desnaturalización de la tercerización de servicios y se determine la existencia de una relación laboral directa

¹¹⁴ Exp. N° 2135-2012-AA/TC, 2016, [Ubicado el 12.XI 2017]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/02135-2012-AA%202.pdf>

con la empresa REPSOL YPF Comercial del Perú S.A.

- **Argumentos del demandante:** Se desprende que el Señor Luis Alberto Cardozo Jiménez interpuso demanda de amparo contra Repsol YPF Comercial del Perú S.A. solicitando que se deje sin efecto el despido incausado del que fue objeto y en consecuencia se le reponga en el cargo de chofer operador de cisternas de GLP a granel. Refiere que si bien celebro sucesivos contratos con empresas tercerizadoras de servicios en los hechos realizo labores de naturaleza permanente y bajo entera subordinación del personal de la empresa demandada con la cual mantuvo una relación laboral directa por más de 10 año; no obstante, de ello, se le impidió su ingreso a su centro de trabajo manifestándole que no trabajaba para ella.

Añade que la Autoridad de trabajo determino que se produjo la desnaturalización de la tercerización, ordenando la inclusión de todos los trabajadores a la planilla de la sociedad emplazada. Sin embargo, dicho mandato no fue cumplido por la empresa emplazada, vulnerándose así su derecho al trabajo por ser despedido de modo incausado.

- **Argumentos de la empresa demandada:** La apoderada de la empresa demandada formulo excepciones de litispendencia y de falta de legitimidad para obrar del demandado, además de contestar la demanda solicitando que se declare infundada, por cuanto el demandante mantenía vínculo laboral con diferentes empresas, siendo su ultimo empleador la empresa Servosa Gas S.A.C, que le brinda servicios tercerizados a través de la celebración del contrato de transporte y distribución de gas licuado de petróleo a granel. De ese modo el personal dispuesto por Servosa para la ejecución de dicho servicio, entre los que se encuentra incluido el demandante, no tiene vínculo con su representada. Esto se encuentra acreditado a través de las boletas de pago suscritas por el demandante en señal de recepción y conformidad, así como con las constancias de las transferencias y abonos bancarios de remuneraciones efectuadas por su empleadora, la empresa Servosa.

Refiere también que el Acta de Infracción 468-2008-MTPE/2/12.720, con la cual el demandante pretende acreditar la supuesta desnaturalización del contrato de tercerización que mantiene con Servosa, está sujeta a un procedimiento administrativo

que se encuentra en trámite y que, hasta la fecha de presentación del presente escrito, se encuentra en trámite por lo que no se cuenta con resolución administrativa firme.

- **Decisiones emitidas por las instancias de mérito:** Al respecto el Cuarto Juzgado Civil del Callao, declaro fundada la demanda por estimar que a través del Acta de Infracción extendida por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) se ha probado la desnaturalización del contrato de tercerización de prestación de servicios celebrado por la demandada, por lo que entre el actor y la demandada existe una relación laboral sujeta a plazo indeterminado, lo que supone que el empleador solo podía poner fin a la relación laboral invocando a una causal justa prevista por la ley, lo cual no ha ocurrido.

La Sala Superior competente declaro nulo todo lo actuado y por concluido el proceso, por considerar que existía incompetencia por razón de territorio de conformidad con lo indicado por el artículo 51 del Código Procesal Constitucional. En su recurso de agravio constitucional el demandante cuestiona la sentencia de vista precisando que la dirección que figura en su documento nacional de identidad no justifica la decisión impugnada, pues actuó conforme con lo señalado por el artículo 34 del Código Civil, asimismo afirma que, si la excepción de incompetencia no ha sido deducida por la demandada, no puede ser declarada de oficio.

- **Consideraciones de la Sala:** Para resolver este caso, el Tribunal Constitucional indica que del contrato de adenda de Transportes y Distribución de Gas Licuado de Petróleo a Granel y con el contrato de cesión de posición contractual se acredita que la emplazada y Servogas S.A.C. celebraron un contrato con el objeto de que esta última destaque a sus trabajadores a la sociedad emplazada y es en razón a los referidos contratos que el demandante fue destacado como chofer para prestar sus servicios dentro de las instalaciones de la sociedad demandada.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 del D.S. N° 003-2002-TR, se establece sobre la tercerización de servicios lo siguiente:

“No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización

externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos y materiales y cuyos trabajadores estén bajo exclusiva subordinación”

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional determina que el demandante se encontraba bajo subordinación de la demandada, al no ceñirse la tercerización laboral a lo prescrito en el artículo 4-B del D.S N° 003-2002-TR, por los siguientes hechos:

- La empresa demandada entregó carnets de participación por capacitaciones a favor del demandante durante los años 2007 y 2008.
- En una de las cláusulas del contrato de transporte y distribución de gas licuado de petróleo a granel celebrado entre la entidad demandada y Servosa, se menciona que el transportista (Servosa), deberá asegurarse que su personal reciba las capacitaciones de seguridad requeridas para la operación contratada y que se le otorgue el correspondiente carnet de capacitación, hecho que nunca se suscitó.
- El vehículo utilizado por el demandante pertenecía a la empresa demandada.

Por lo que el Tribunal Constitucional dictamina que la relación del recurrente con la empresa usuaria era una relación laboral directa a plazo indeterminado y cualquier decisión de su verdadero empleador (es decir de la empresa usuaria) de darla por concluida, solo podía sustentarse en una causa justa establecida por ley y debidamente comprobada; de lo contrario se configuraría un despido arbitrario.

Fallo: Se declara fundada la demanda al haber quedado acreditado que se ha producido un despido arbitrario vulnerando el derecho del trabajo del actor, por lo que se ordena su reposición como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel.

Por lo tanto consideramos que, a nivel jurisprudencial, continuamente se han realizado

una serie de casos que exigen la desnaturalización de la tercerización de servicios, debido a que no se han respetado los requisitos y elementos de esta figura contractual. Uno de estos criterios ha sido analizado en la sentencia del Exp. N° 02135-2012-AA/TC, donde se establece que el contrato de tercerización de servicios resulta nulo dado de que la empresa principal realiza una serie de capacitaciones a los trabajadores de la empresa tercerizadora, haciendo entrega además de carnets de capacitación, hechos que demuestran que el trabajador de la empresa tercerizadora (parte demandante) estaba subordinado a la empresa principal.

CAPÍTULO III

**LIMITACIÓN EN LA CREACIÓN DE NUEVOS
TIPOS DE SINDICATOS EN LA LEY DE
RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO
RESPECTO A LOS TRABAJADORES DE
LAS EMPRESAS DE TERCERIZACIÓN DE
SERVICIOS**

En la actualidad observamos un cambio acelerado en el equilibrio tradicionalmente establecido entre el capital y el trabajo, donde si bien existen cargas y controles legales impuestas al empleador y que son propias de la legislación laboral, estos ahora cuentan con innumerables mecanismos que le permiten dinamizar sus actividades, pero a la vez representan la flexibilización de ciertos derechos laborales como el que es materia de estudio en el presente trabajo. De esta manera ciertas formas de subcontratación o descentralización como la tercerización de servicios nacen con el fin de desempeñar más eficientemente un proceso o diversos procesos dentro una empresa, así como promover el empleo e impulso de la competencia empresarial, el cual si bien garantiza la igualdad de derechos laborales entre todos los trabajadores que forman parte de una empresa, empero, derechos como la libertad sindical en su figura de libertad sindical individual de organización se encontrarían limitadas por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que establece cuatro modelos de organización sindical sin lograr adaptarse a esta realidad laboral en nuestro país.

El presente capítulo tiene como objetivo conocer si existe vulneración al derecho de los trabajadores que laboran en las empresas de tercerización de servicios, en cuanto a la formación de nuevas organizaciones sindicales, en razón a esto, hemos creído conveniente evaluar el cumplimiento del Estado Peruano respecto a su papel de protector de la libertad sindical conforme al inciso 1 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú, frente a la limitación de organización sindicales impuesta por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, lo que conlleva a la baja formación de organizaciones sindicales por parte de los trabajadores de la tercerización de servicios en el país, lo cual afecta claramente su derecho a la libertad sindical.

3.1 Limitación al ejercicio de la Libertad Sindical a nivel organizacional en las empresas de tercerización de servicios

3.1.1. El convenio 87 y su relación con la libertad de organización

Desde la existencia del trabajo, siempre la voluntad del empleador predominaba en la relación laboral y el trabajador solo quedaba como un relegado de esta, el cambio se empezó a dar a inicios del siglo XX siendo uno de los factores clave la creación del

Organismo Internacional del Trabajo, Gómez hace una remembranza sobre la Organización Internacional de Trabajo mencionando: “La parte XII del Tratado de Versalles en 1919 creó lo que sería más tarde la Organización Internacional de Trabajo (en adelante OIT), el Perú fue uno de los 29 países suscriptores del tratado, en cuyo preámbulo se menciona la necesidad de preservar la paz mundial, acrecentando el desarrollo social a través de la armonización normativa del trabajo, la modificación realizada en 1944 por la Declaración de Filadelfia, acentúa la humanización del trabajo, por así exigirlo en el mundo moderno”¹¹⁵.

Es la OIT la que nos da las pautas claras y precisas a nivel internacional en torno al ejercicio del derecho a la libertad sindical. Dentro de los convenios más importantes de la OIT tenemos el Convenio N° 87, que nos indica en su artículo 2 lo siguiente: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituirse en las organizaciones que estimen conveniente, así como el de adherirse a otras organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de los mismos”¹¹⁶.

Neves nos señala: “La citada frase del Convenio 87 de la Organización Internacional de Trabajo: constituir las organizaciones que estime conveniente, pues se pronuncia en favor de la pluralidad sindical”¹¹⁷ por lo que existe unanimidad doctrinaria en interpretar de este artículo que se aplica a todos los trabajadores y empleadores sin ninguna distinción los cuales podrán formar las organizaciones sindicales convenientes, conteniendo los derechos de:

- Cada trabajador a sindicalizarse, por tanto, libertad de constitución y afiliación.
- Independencia del sindicato en relación con el Estado tanto en su constitución, elaboración de sus estatutos, elección de sus dirigentes.
- Formación de uniones locales, regionales, nacionales e internacionales.

¹¹⁵ GOMEZ VALDEZ, Francisco. Op. Cit, p. 139.

¹¹⁶ Convenio N 87 Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección al Derecho a la Sindicación de Organización Internacional de Trabajo, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO, 1948. [Acceso 21.08. 2018]. En https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:31223_2

¹¹⁷ NEVES MUJICA, Javier. Op. Cit, p.19.

- En el ejercicio de la libertad sindical, el respeto de la legalidad debe estar en armonía con la legislación nacional y convenio”¹¹⁸.

“Todas estas acepciones pertenecen al derecho a la libertad sindical de todos los trabajadores que prestan servicios u obras personales o subordinadas a un empleado que pertenece al ámbito privado o público, así como la duración de la relación laboral y la jornada que realiza, dando como resultado que la OIT trazara sus cimientos doctrinarios alrededor del derecho a la sindicación y negociación colectiva dando protección a los trabajadores”¹¹⁹.

Neves¹²⁰ nos amplía este panorama indicando a la libertad sindical como el conjunto de dos elementos: titularidad de los derechos que comprende (sindicación, negociación colectiva y huelga) y el contenido de estos derechos, por ello se habla de libertad sindical individual y colectiva. Siendo que la individual contiene los derechos que corresponden a todo trabajador de manera singular, mientras que la colectiva se refiere a los que corresponden a la organización sindical. Estos a su vez se subdividen en organización que alude a una forma estática (como la constitución de sindicatos) y actividad (como el reglamento dentro de una organización sindical).

En efecto nuestra legislación en el artículo 5 de la LRCT solo permite la constitución de cuatro modelos de organizaciones sindicales, sin dar cabida a la creación de nuevos tipos de organizaciones, vulnerando de esta forma lo dispuesto por el artículo 2 del Convenio 87 de la Organización Internacional de Trabajo donde se indica que los trabajadores tienen el derecho a constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes.

¹¹⁸ GOMEZ VALDEZ, Francisco, Op. Cit, p. 141.

¹¹⁹ Cfr. La OIT adoptó sus Convenios fundamentales 87 y 98 sobre la libertad sindical, el derecho de sindicación y a la negociación colectiva en 1948 y 1949, estos dos instrumentos han sido ratificados, respectivamente, por 149 y 159 de los 183 Estados miembros de la OIT. Asimismo, se han recogido en constituciones y leyes nacionales, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. Del derecho a asociarse al derecho de sindicación, 2009. [Acceso 23.08 2018]. En: https://www.ilo.org/global/publications/world-of-work-magazine/articles/ilo-in-history/WCMS_115924/lang-es/index.htm

¹²⁰ NEVES MUJICA, Javier, Derecho Colectivo del Trabajo, Op. Cit, p. 9

3.1.2. El Convenio 87 de la OIT en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

El enaltecimiento de la libertad sindical obliga necesariamente a verificar si la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante LRCT) recoge lo dispuesto por la OIT protegiendo este derecho o restringiéndolo, de acuerdo con las nuevas formas empresariales actuales entre ellas la tercerización de servicios.

Puesto que como se aprecia en América Latina, son los mismos estados que señalan las reglas de juego, muchas veces sin tomar en cuenta los convenios de la OIT y al realizarlo así constituyen una práctica que convierte a la libertad sindical en un derecho inactivo, de ahí viene la crisis institucional de sindicalización donde el poco movimiento sindical se debe a varios factores como la pérdida de sus miembros por traslado de estos a otras empresas, la temporalidad de los puestos laborales o finalmente no se logra constituir organizaciones sindicales por no resultar atractivo para los trabajadores toda vez que su ámbito de aplicación se reduce solo a los cuatro tipos de organizaciones sindicales formados según la LRCT.

El artículo 5 de la LRCT establece la división de las organizaciones sindicales en el Perú encasillándolas de esta manera: de empresa, de actividad, de gremio y de oficio y adicionando los de alcance local, regional y nacional. “Esta organización de sindicatos se ejecutó tras un estudio sobre la realidad laboral del país en ese momento.”¹²¹, encontrándose este concepto desfasado en la actualidad, por lo que estas organizaciones sindicales no estarían promoviendo la existencia de los sindicatos en el país y peor aún, se encuentra restringiendo el acceso a nuevas formas de organización sindical afectando de esta manera el derecho a la libertad sindical de los trabajadores.

3.1.3. Efectos de la Descentralización Laboral en el Perú

En el Gobierno de Alberto Fujimori Fujimori se aprueba la Constitución de 1993, la cual trae importantes aportes novedosos en el aspecto laboral, siendo los más resaltantes la reducción de los derechos sociales y económicos de los trabajadores al establecer la

¹²¹ El 2 de julio se publicó en el Diario Oficial «El Peruano» el D.L. N.º 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) y finalmente, el 15 de octubre, el D.S. N.º 011-92-TR, Reglamento de la LRCT.

flexibilización laboral, Al respecto Neves señala que: “A inicios de los años 90 la regulación laboral fue sustituida casi íntegramente tanto en la esfera individual como en la colectiva”¹²², lo que finalmente trajo que el Estado renuncie a su función protectora derogando un conjunto de normas laborales y disminuyendo al mínimo la regulación legal resultando como consecuencia la desprotección de los trabajadores, siendo así que se da la rápida penetración de la descentralización productiva en nuestro país donde el empresario decide desplazar una(s) parte(s) de la actividad productiva de la empresa hacia otra empresa para que esta última lo realice, Cruz afirma que: “La descentralización productiva responde a un fenómeno de matriz eminentemente económica; refiere a transformaciones significativas que se producen en la elaboración de bienes y prestación de servicios, dando lugar a una forma diferente de conformación interna y actuación hacia el exterior de las empresas”¹²³.

La descentralización es ante todo una decisión estratégica del empleador la cual se encuentra avalada por nuestra Constitución Política en su artículo 59 señalando a” la libertad de empresa como un derecho constitucional”¹²⁴, Asimismo el Tribunal Constitucional ha expresado que: “El derecho a la libertad de empresa se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestaciones de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios”¹²⁵.

Entonces la descentralización productiva involucra, una primera decisión empresarial de segmentar el proceso productivo y otra externalizar e involucrar a terceros para que

¹²² NEVES MUJICA, Javier. “Balance de la reforma laboral”, *Asesoría Laboral*, N° 120, Lima, Gaceta Jurídica, agosto 2000, p.9.

¹²³ CRUZ VILLALON, Jesús. *La Descentralización Productiva y su Impacto sobre las Relaciones Laborales*, Lima, Grijley, 2009, p. 17.

¹²⁴ La libertad de empresa, como libertad del individuo desarrolla, permite y reconoce al ser humano como un ente libre, es decir, como un ser creativo y proyectivo, FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Subjetivación de las empresas*, 1988. [Acceso 01.10 2018]. En <https://alexzambrano.webnode.es/products/la-libertad-de-empresa-como-derecho-constitucional/>

¹²⁵ STC N° 003-2006-PI/T, de fecha 19 de setiembre de 2006 (Caso 5000 ciudadanos contra el artículo 37° de la Ley N.º 28094-Ley de Partidos Políticos), Fundamento 66, 2006. [Acceso 21.08.2018]. En [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/D58576EDAE031046052575C40062091F/\\$FILE/EXP_00003-2006-AI.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/D58576EDAE031046052575C40062091F/$FILE/EXP_00003-2006-AI.pdf)

asuman alguna o algunas de las partes segmentadas de dicho proceso; ambas decisiones son perfectamente encuadrables dentro de las potestades empresariales de organización de la actividad productiva, formando parte del derecho a la libertad de empresa y encontrándose avalado por nuestra Carta Magna donde se desprende que el Perú ejerce una Economía Social de Mercado siendo necesario para su funcionamiento un nivel de competencia laboral alto para beneficio de toda la sociedad siendo una gran herramienta para este objetivo la descentralización productiva,

Si la descentralización es una expresión de la libertad de empresa, eso debe conllevar a olvidar la necesidad continua de tutelar la situación contractual de los trabajadores que laboran en ella, siendo que “El moderno modo de producción descentralizada constituye un modelo fragmentado en el mercado de bienes y servicios que lo dota de agilidad y eficacia pero que también encierra riesgos y disfunciones”¹²⁶, estos riesgos señalados se da en la mayoría de casos donde en la descentralización productiva se produce un aumento de los poderes empresariales, en la medida que logra evitar la fuerza del sindicato dentro de la empresa o cuando menos logra disminuir su energía.

Desde esta perspectiva, la descentralización trajo grandes alteraciones en las relaciones de trabajo y por ende efectos negativos para los trabajadores generando una limitación de sus derechos laborales como en la libertad de formación de organización sindical, que explicaremos más adelante, de modo tal como señala Gorelli: “Existe un evidente desequilibrio entre la realidad económico-social y el ordenamiento laboral, de modo que la tutela otorgada por los trabajadores se ve netamente superada por la flexibilidad existente”¹²⁷.

Esto trae como consecuencia que los beneficios y condiciones laborales de los trabajadores de las empresas de descentralización productiva entre ellas la tercerización de servicios, logran ser menores que los de la empresa principal, puesto que mientras

¹²⁶ GARCIA PIQUERAS, Manuel. *Régimen Jurídico de las Responsabilidades Empresariales en las Contratas y Subcontratas de Obras y Servicios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 14.

¹²⁷ Cfr. GORELLI HERNANDEZ, Juan. *La Tutela de los Trabajadores ante la Descentralización Productiva*, Madrid, Grupo Difusión, 2007, p.135.

más distante se encuentren de la empresa principal, las condiciones de trabajo tienden a disminuirse. Es aquí donde el Derecho del Trabajo debe regular las relaciones laborales colectivas, tal como lo menciona Sanguinetti: “Ante la imposibilidad obvia de restringir el ejercicio de la libertad de empresa en su manifestación de descentralización productiva, el objetivo del Derecho Laboral no es impedir estas tendencias sino solo su empleo en clave puramente defraudadora de las directrices proteccionistas del Derecho del Trabajo o degradadora de las condiciones de prestación del trabajo.”¹²⁸

Siendo que “la descentralización productiva dejaría de usarse como mecanismo de interposición para escapar de las responsabilidades laborales, con el fin de adoptar en la práctica su real naturaleza: modelo de organización productiva basado en la especialización flexible que permite mejorar la adaptación a la evolución de los mercados”¹²⁹. Por lo que no dudamos al aseverar que el empresario tiene plena capacidad para decidir cómo organizar su propia empresa teniendo total libertad para elegir entre el modelo descentralizado o el modelo tradicional, sin embargo esta libertad no puede ser llevada sin una regulación adecuada o en una posición de ventaja a favor del empleador lo cual llevaría al menoscabo de los derechos de los trabajadores.

3.1.4. La Libertad Sindical en la Tercerización de Servicios

Uno de los procesos de descentralización productiva más utilizados es la tercerización de servicios convirtiéndose esta en una estrategia de organización de la mayoría de empresas nacionales y transnacionales, esta forma de descentralización empresarial se encuentra normada en la Ley N° 29245, el Decreto Legislativo N° 1038 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, “observándose la enorme importancia de la tercerización de servicios en distintos sectores de la economía a nivel mundial, así esta

¹²⁸ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La Descentralización Productiva: ¿Una estrategia para la puesta en paréntesis de los Principios Tutelares del Derecho del Trabajo?”. En: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima, Grijley 2004, p. 409.

¹²⁹ Cfr. TORRES TAFUR, Cristina. Efectos de los Mecanismos de Descentralización Productiva en las Relaciones Individuales de Trabajo, Tesis para optar a título de abogado. Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, 2009, p. 12.

figura contractual se ha extendido a la mayoría de ámbitos empresariales”¹³⁰. Esta forma de descentralización productiva resulta ventajosa para la empresa principal pues se vuelve más competitiva en el mercado, reduce costos salariales entre otros aspectos positivos, de igual manera las empresas tercerizadoras obtienen las ganancias correspondientes, sin embargo, son los trabajadores de estas últimas que no encuentran ninguna ventaja salvo la posibilidad de tener un empleo frente a no tenerlo.

Una consecuencia de la tercerización de servicios es que a nivel colectivo los trabajadores de la empresa tercerizadora solo podrán negociar con el empleador tercerizador en un sindicato de empresa, como señala Bronstein: “A nivel colectivo la subcontratación separa el colectivo laboral del contratista, por lo que su personal a lo sumo podrá sindicarse y negociar colectivamente con esta última, solo en la medida en que ello sea permitido por la temporalidad de la relación entre el contratista y la principal”¹³¹. Por ello los trabajadores de las empresas tercerizadoras que se encuentran destacados a la empresa principal se sienten aislados entre si e inclusive lejanos a su empleador formal, razón por la que no suelen plantear exigencias laborales y si lo hacen ante la empresa principal esta se niega atender, fundamentando que no es su empleador.

Otra de las consecuencias es la diferencia de derechos laborales en los trabajadores de una empresa, donde por un lado un grupo de trabajadores de la empresa principal han logrado mediante su sindicato el establecimiento de remuneraciones y beneficios, teniendo junto a ellos a los trabajadores de la empresa tercerizadora quienes no tienen ningún sindicato y beneficios, “esta diferencia quebranta la solidaridad y compañerismo dentro de una empresa”¹³². Coincidimos que la tercerización de servicios sustentada en

¹³⁰ Un último estudio de Global Research Marketing revela que cerca del 90% de empresas en Perú terceriza sus operaciones. Así, la gran mayoría de compañías subcontratan a proveedores, en gran parte pymes especializadas, para dinamizar su producción, Diario Gestión, 2018, [Acceso 21. 08. 2018]. En <https://gestion.pe/economia/outsourcing-86-empresas-peru-tercerizan-servicios-232422>

¹³¹ BRONSTEIN, ARTURO.” La Subcontratación Laboral”. En: PUNTRIANO ROSAS, Cesar. *Tercerización Laboral versus Estabilidad Laboral*, Op. Cit, p.41.

¹³² Cfr. Este quiebre se evidencia en la discusión de extender la obligación de pagar la participación en las utilidades de las empresas mineras a los trabajadores de las empresas contratistas. Cfr. PUNTRIANO ROSAS, Cesar, *Ibidem*, p.44.

la libertad de empresa es una forma excelente de crear nuevos puestos de trabajo en el país eliminando la desocupación laboral, sin embargo, esta libertad de empresa no se pueda ejercer de manera ilimitada pues el respeto y ejercicio de los derechos de los trabajadores del personal de la empresa tercerizadora como de la empresa principal es un límite importante.

Uno de los puntos donde se trasgrede los derechos de los trabajadores de la empresa tercerizadora es en el derecho a la libertad sindical empezando por la limitación en su organización, pues si bien los trabajadores de la tercerizadora pueden formar sindicatos, estos necesitan un canal sindical que les permita comunicar sus reclamos laborales a la empresa principal justamente porque a través de ella conseguirían mejores condiciones de trabajo que con su empleador formal resultando así más atractiva para los trabajadores de la empresa tercerizadora la formación de organizaciones sindicales.

Cuando el artículo 5 de la LRCT determina los ámbitos de organización sindical (empresa, rama actividad, gremio y oficios varios), lo realiza tomando en cuenta el modelo tradicional de empresa. Por ejemplo cuando los trabajadores de una empresa principal organizan un sindicato de empresa esta es conformada por trabajadores de diversas profesiones con la única condición que presten servicios para un mismo empleador, si organizaran un sindicato de actividad estaría formado por trabajadores de profesiones, especialidades u oficios diversos de dos o más empresas que tengan la misma rama de actividad, si se realizara un sindicato de gremio estaría conformado por trabajadores que ejercen una misma profesión, arte, oficio o especialidad y si se realizara un sindicato de oficios varios este se encontraría conformado por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que trabajen en empresas diversas o de distinta actividad, cuando en determinado lugar, provincia o región el número de trabajadores no alcance al mínimo legal necesario para constituir sindicatos de otro tipo, no encontrando en la realidad laboral mayores dificultades para concretar estos sindicatos.

Sin embargo la desventaja que se presenta para los trabajadores de la empresa de

tercerización de servicios es que cuando se quiere forzar este mismo modelo sindical en la mayoría de casos es casi imposible plasmarlo en la realidad, abordando primero que un sindicato de empresa para estos trabajadores es un deseo, pues están dispersos en distintas empresas principales por lo cual sería imposible que se unan además otro factor importante es la temporalidad de sus puestos laborales. Del mismo modo si se quiere formar un sindicato de rama de actividad se presentaría varios inconvenientes, primero por la actividad de la empresa tercerizadora es especializada entonces la empresa principal no podría formar parte por su naturaleza distinta además no podemos determinar la actividad de la empresa en función de la actividad principal.

Arce indica lo siguiente: “En el sindicato de rama de actividad se presta un servicio especializado, entonces la empresa principal no encajaría en la rama ya que su servicio es de naturaleza distinta, por ejemplo: Si la tercerizadora presta sus servicios de mantenimiento de maquinaria pesada a una empresa minera será una empresa de la rama minera mientras si presta el mismo servicio a una empresa de construcción será de la rama de construcción. El problema de esta salida está en que el empleador principal podría cambiar en uso de su poder de dirección, de puesto al trabajador y trasladarlo de la rama minera a la rama de la construcción. En otras palabras, sería muy sencillo boicotear la afiliación sindical de los trabajadores de las tercerizadoras”¹³³.

Al respecto Herrera señala: “... Lo más significativo es la ausencia de una estrategia definida y articulada por parte de las organizaciones sindicales para dar respuesta a un nuevo escenario como es el propio de una estructura empresarial descentralizada. En estas situaciones las organizaciones sindicales tienden a seguir actuando en el ámbito aislado de cada organización productiva, sin llegar adaptar su propia estructura asociativa a una realidad más compleja.”¹³⁴

Con lo que finalmente podemos indicar que la organización de sindicatos establecidos

¹³³ ARCE ORTIZ, Elmer. “El Sindicalismo Peruano en Tiempos de la Tercerización: Necesidad Urgente de una Reforma Legal”. En HERRERA PUMAYALI, Julio, Op. Cit, p. 81.

¹³⁴ CRUZ VILLALON, Jesús. Descentralización Productiva y Sindicalización. En: HERRERA PUMAYALI, Julio, Op. Cit, p. 61.

en el artículo 5 de la LRCT no son los adecuados para enfrentar los problemas que plantea la descentralización productiva vista desde la tercerización de servicios, por lo que sí es correcto establecer que estos trabajadores cuentan con pleno ejercicio del derecho de libertad sindical sin embargo como hemos ejemplificado anteriormente plasmarlo en la realidad es una tarea difícil además que con su empleador tercerizador no llegarían a obtener el mismo poder de conflicto con mayores beneficios en un convenio colectivo que si se diera con el empleador principal. Por lo que sin duda deberíamos atender lo señalado en el Convenio 87 de la OIT que permite a los trabajadores “Constituir todas las organizaciones sindicales que estimen convenientes”. Respecto a este punto Arce indica: “Esta libertad de organización, que se integra al bloque de constitucionalidad del artículo 28, es la que se necesita para respaldar firmemente la viabilidad de los derechos colectivos en los procesos de subcontratación entre empresas. Incluso debería ensayarse fórmulas que superen la tara a la que nos lleva el concepto de persona jurídica”¹³⁵.

A la luz de los datos señalados parece evidente el papel protagónico que ha tenido el legislador en la aplicación de la libertad sindical en el Perú. De allí la necesidad de establecer mecanismos protectores y exigir que se levanten todos los obstáculos impuestos por el legislador en el terreno organizativo sindical, teniendo en cuenta que cada vez que un sindicato nace, su opción de negociar preferentemente es a nivel de sindicato de empresa, siendo válido con el modelo tradicional de organización empresarial que tenemos, sin embargo también se podría adaptar a los nuevos cambios empresariales eliminando cualquier tipo de limitación a la organización de sindicatos por parte de los trabajadores de las empresas tercerizadoras.

3.2. Afectación a la Negociación Colectivas en las empresas tercerizadoras

3.2.1. Utilidad de la Negociación Colectiva y su fruto: El Convenio Colectivo

Desde el origen del Trabajo los trabajadores siempre se han encontrado en búsqueda de protección contra el ejercicio abusivo de poder de su empleador, puesto que, él de

¹³⁵ ARCE ORTIZ, Elmer.Op. Cit., p. 82.

manera unilateral fijaba la remuneración, así como las condiciones laborales, naciendo la necesidad de organizarse y buscar un dialogo con el fin de obtener respeto, mejorar las condiciones de trabajo y alcanzar una vida digna tanto para ellos como su familia. De esta manera la negociación colectiva se convirtió en un fenómeno que permite a las organizaciones sindicales la creación y conservación de las condiciones de trabajo así como convenir salarios justos siendo primordial para el sostenimiento de las relaciones laborales positivas dentro de una empresa, de esta manera se convierte en un instrumento sindical que permitirá se logre establecer de común acuerdo entre los empleadores y los trabajadores las condiciones de trabajo, así la Negociación Colectiva otorga un medio para mejorar el nivel de vida del trabajador.

Arévalo señala que: “La negociación colectiva es el procedimiento por el cual, trabajadores y empleadores mediante el intercambio reciproco de propuestas y contrapropuestas, buscan llegar a un acuerdo sobre remuneraciones, condiciones de trabajo y otros aspectos propios de carácter laboral”¹³⁶. También nuestra LRCT nos define la negociación colectiva de la siguiente manera¹³⁷:”

- a) **Es un acto jurídico relativo a remuneraciones, condiciones de trabajo y productividad:** La negociación colectiva es un acto jurídico y como tal su validez se rige por las reglas que el Código Civil establece para los actos jurídicos. Por su contenido la LRCT solo hace referencia a las remuneraciones, condiciones de trabajo y productividad.
- b) **Se celebra entre empleadores y trabajadores:** Indicando que puede ser un solo empleador individual, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores; por otro lado, la parte laboral puede ser, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados debidamente elegido y autorizados,

¹³⁶ AREVALO VELA, Javier. Op. Cit, p. 103.

¹³⁷ Ídem

c) **Solo resulta obligatoria para empresas con más de un año de funcionamiento:**

Esta disposición encuentra respaldo en el hecho que, durante el primer año de actividad económica de la empresa en esta en despegue, adecuándose a la situación del mercado y tratando de desarrollarse, no resultando razonable que durante este periodo el empleador se encuentre sujeto a las obligaciones nacidas de una convención colectiva, además teniendo en cuenta que esta misma tiene una duración mínima de un año. Asimismo, el artículo 27 del Reglamento de la LRCT indica que el año se contara a partir de la fecha en que la empresa haya realmente iniciado sus actividades, aun cuando en dicha oportunidad no se hubiera cumplido con los trámites establecidos, los trabajadores que ingresen al servicio de una empresa durante su primer año de funcionamiento tendrán las mismas condiciones de trabajo que haya establecido el empleador.”

El fruto de la Negociación Colectiva son los convenios colectivos, que a lo largo del tiempo ha tenido numerosas acepciones: pactos, convenciones, contratos colectivos, etc., sin embargo, lo más resaltante de este instrumento sindical es el contenido que otorga. Toyama indica: "El convenio colectivo es el negocio jurídico a través del cual los sindicatos y empresarios establecen condiciones de trabajo, como emanación de un poder autónomo y con efectos generales"¹³⁸.

La negociación colectiva es utilizada para fijar las condiciones de trabajo en una empresa para beneficio tanto de los trabajadores y empleadores. Siendo el conjunto de acuerdos a los que puedan llegar empleadores individuales y representantes de organizaciones sindicales para obtener un convenio que plasme lo pactado. Siendo la suma de la colaboración de los dos importantes sectores de la producción: capital y trabajo, su característica principal es tener una fuerza vinculante por el cual obliga al cumplimiento de esta a las partes que la suscribieron, sin embargo, hay que tener en cuenta que este convenio colectivo no sustituye al contrato individual de trabajo.

De acuerdo con el ámbito de aplicación de la negociación colectiva, se establece de

¹³⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El contenido del convenio colectivo del trabajo", Revista Ius Et Veritas, N° 9, 1994, p. 172. [Acceso 28.09.2018]. En <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15461/15913>

forma correlativa los niveles en los cuales se pueden desenvolver la negociación:

- a. A nivel de empresa: Están los trabajadores de una misma empresa.
- b. A nivel de rama de actividad: Comprende a los trabajadores de una misma actividad económica.
- c. A nivel de gremio: Se encuentran los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad en distintas empresas.

La LRCT señala: “Quedarán a libre criterio de las partes por lo que tendrá aplicación en cualquiera de los niveles expuestos, además sino existe un pacto colectivo previo, las partes acordarán el nivel de negociación y si existe falta de acuerdo entonces la negociación se llevara a nivel de empresa”¹³⁹. Las materias a tratar en la negociación colectiva son: salario, condiciones de trabajo y las relaciones entre trabajadores y empleadores.

Al respecto García menciona: “La negociación colectiva son todos los pactos que se dan entre los representantes de los trabajadores y empleadores, con la conclusión de: Iniciar una contratación colectiva, revisar un convenio vigente, modificar un convenio y fijar las condiciones de trabajo y empleo”¹⁴⁰. Entonces concordamos que su fin es alcanzar un acuerdo en mejorar las condiciones laborales del ámbito en el cual se da la negociación, llegando como forma de presión para el cumplimiento del pacto colectivo los trabajadores a su derecho a la huelga

El aspecto positivo de este instrumento es que ayuda al fortalecimiento de las condiciones laborales del sindicato de los trabajadores logrando de esta manera mejorar el desempeño del trabajador y conllevando a la optimización de la producción de las empresas, así dar a sus trabajadores las mejoras que ellos necesitan. Por lo tanto, la forma de regular las condiciones de trabajo es mediante un convenio colectivo producto de la negociación colectiva, siendo resultado del ejercicio de la libertad sindical.

¹³⁹ Cfr. Artículo 44 del Texto Único Ordenado de la LRCT, D.S. 010-2003-TR

¹⁴⁰ GARCIA MORALES, LILIANA. “La importancia de la negociación colectiva en las relaciones laborales”, Revista UNAM, N° 21, agosto 2015, p. 79. [Acceso 28. 09. 2018]. En https://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ3_Art_12.pdf

3.2.2. La promoción de la negociación colectiva: El papel del Estado Peruano

Para el correcto ejercicio de la libertad sindical se debe reconocer la autonomía colectiva, mediante el cual las organizaciones de trabajadores y empleadores pueden disfrutar de facultades que se encuentran reconocidas por normas nacionales e internacionales con el fin de regular sus intereses laborales.

Al respecto Villavicencio identifica los siguientes elementos de la autonomía colectiva de los trabajadores: “Un poder de auto organización del grupo y de autorregulación de su esfera de actuación interna (autonomía sindical), la facultad de determinación autónoma de las condiciones de trabajo (autonomía normativa o colectiva en sentido estricto) y la potestad de utilización de medios de coacción propios a efectos de que los intereses defendidos sean atendidos (autotutela- huelga)”¹⁴¹, esta negociación en el caso de los empleadores, beneficia el ámbito laboral en la empresa y en cuanto los trabajadores asegura salarios y condiciones de trabajo adecuados además logra que exista una distribución equitativa de los beneficios lo cual conlleva a la igualdad de derechos entre todos los trabajadores de esta.

Esta autonomía colectiva se basa en el derecho de libertad sindical y es la que va a permitir que se formen las organizaciones sindicales conllevando a la negociación colectiva, esto último se encuentra reconocido en la Constitución Política peruana y garantizado en los convenios internacionales ratificados por nuestro país, así el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT señala: “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores y por una parte y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”¹⁴². Cabe señalar que nuestro ordenamiento jurídico peruano no ha dado una definición clara de la negociación colectiva de trabajo, siendo esto subsanado con el artículo 2 del Convenio 154 de la OIT, sobre negociación colectiva, que establece lo

¹⁴¹ Cfr. VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “Los principios del derecho al trabajo en el Derecho Peruano”. En: Sociedad Peruana del Derecho al Trabajo y de la Seguridad Social, Op. Cit, p.36.

¹⁴² GONZALES RAMIREZ, Luis. Op. Cit p. 17.

siguiente: “La expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de trabajadores por otra, con el fin de:

- a) Fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
- b) Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”¹⁴³.

La Oficina Internacional del Trabajo nos indica: “La negociación colectiva es un proceso voluntario de negociación entre empleadores y organizaciones de empleadores y uno o más sindicatos, ¿Cuál es, entonces, el papel de las autoridades públicas?, el propósito de los convenios de la OIT en materia de negociación colectiva es que los gobiernos adopten medidas para promover la negociación colectiva, respetando el carácter voluntario de las negociaciones y la autonomía de las partes”¹⁴⁴.

La actividad sindical es la esencia del derecho a la libertad sindical, por ello las organizaciones sindicales existen para representar a los trabajadores y negociar con los empleadores las condiciones remunerativas y de trabajo dentro de un ambiente laboral por lo que no tendría sentido un sindicato que no pudiera negociar, teniendo en cuenta que la negociación colectiva es el acuerdo celebrado entre una o varias organizaciones sindicales y empleador o empleadores con el fin de regular las remuneraciones, condiciones laborales y demás temas concernientes al trabajo, logrando tener fuerza vinculante para las partes que lo adoptan, este ejercicio se encuentra regulado en el artículo 28º de nuestra actual Constitución Política así como en el Título Tercero de la LRCT donde nos señala que la negociación colectiva deberá fijarse libremente entre las partes, dentro de las limitaciones de sindicación que establece el artículo 5 de la LRCT, sobre esto la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo indica que “los sindicatos de rama de actividad o gremio podrán hacerlo no solo en el ámbito en que se han conformado sino que podrán bajar al nivel de empresa en la

¹⁴³ GONZALES RAMIREZ, Luis. Ídem. p. 20.

¹⁴⁴ OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO, Negociación Colectiva 2016, [Acceso 28. 09. 2018]. En https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_528312.pdf

medida que cuente con la suficiente representación de trabajadores dentro de la empresa con la que se pretende negociar”¹⁴⁵. Entendiendo que en la tercerización de servicios siempre se tendrá que realizar la negociación colectiva con el empleador de la tercerizadora más no con el empleador principal (este tema será desarrollado más adelante).

Por lo expuesto sindicalismo y negociación colectiva son conceptos inseparables, por ello es importante hablar del deber de fomentar la negociación colectiva por parte del Estado, así como el rol activo que debe tener, siendo este derecho a la negociación colectiva una herramienta excelente para la mejora de las condiciones laborales, a través de su resultado el convenio colectivo, el cual presenta ventajas tanto para los trabajadores como para los empleadores. Sin embargo, en el Perú esta negociación colectiva se encuentra limitada por el artículo 5 de la LRCT.

Al respecto Villavicencio señala: “Nos movemos, pues, dentro de un cuestionable sistema de unidades apropiadas de negociación diseñadas por el legislador, con un catálogo cerrado que sigue la senda del listado de tipos de sindicato que se prevé en el artículo 5 de la Ley de Relaciones Colectivas: empresa, sector, categoría y oficios varios (esta última organización es dejada de lado para efectos de la negociación colectiva). En ambos casos se ha precisado reglamentariamente que en el nivel empresarial están involucradas organizaciones y negociaciones de ámbito menor: sección, categoría o establecimiento”¹⁴⁶. Por lo anterior se observa esta limitación en las organizaciones sindicales conllevando por ende a la limitación a la negociación colectiva.

La determinación de la organización sindical, en el caso peruano, aparece con la imposición del Estado de la estructura sindical actual que también repercute en la estructura negocial, otorgando así una perspectiva negativa de la protección colectiva, por lo que es necesario un replanteamiento de la estructura sindical a partir de la nueva

¹⁴⁵ Fundamento 10 de su Resolución Directoral General N° 024-2011-MTPE/2/14, de fecha 21 de diciembre de 2011, GONZALES RAMIREZ, Luis. Op. Cit. p. 22.

¹⁴⁶ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo.” La negociación colectiva en el Perú: la hiperdescentralización y sus múltiples inconvenientes”, Revista Derecho PUCP, N° 75, abril 2015, p. 352. [Acceso 28. 09.2018]. En <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/14435/15049>

realidad laboral en el país con el fin de promocionar la negociación colectiva y lograr una equivalencia de poderes entre el empleador y los trabajadores. De esta manera se garantiza el cumplimiento de los objetivos del Estado al asumir el rol promotor de la negociación colectiva, con la finalidad de permitir una equiparación de fuerzas.

Lo interesante es que con ayuda del citado Art, 2 del Convenio 87 de la OIT, “los trabajadores sin ninguna distinción y sin autorización previa hagan uso de su derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes”¹⁴⁷ entendiéndose que no tienen obligación de ajustar su organización sindical a los modelos del artículo 5 de la LRCT, sin embargo si en el Perú se pretendiera realizar esto, desde un principio la Autoridad Administrativa de Trabajo como en este caso es la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lambayeque, no permitiría registrar la organización sindical, con lo cual de raíz se rompería todo ejercicio de libertad sindical. Coincidimos que es el deber del Estado regular las relaciones colectivas de trabajo sin necesidad de restringir la formación de organizaciones sindicales por lo que esta intervención estatal no transgreda o limite innecesariamente la autonomía colectiva.

Respecto a esto el apartado 2 del artículo 3 del Convenio 87 de la OIT señala: “Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”¹⁴⁸, esto significa que el estado no puede imponer una restricción en la formación de sindicatos a través del artículo 5 de la LRCT, sobre este punto PALOMINO indica lo siguiente: “No cabe duda decir: *Dur lex scripta tamen*; es decir “dura es la ley pero así está escrita”, porque si nos atenemos a la jerarquización de las leyes, según el artículo 51 de la Constitución Política del Perú: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; y el inciso 1 del artículo 28 de la misma Carta, expresa que el Estado garantiza la libertad sindical. Por lo tanto, gracias al in dubio pro operario, prevalece el Convenio 87 de la OIT sobre el DS. 010-03-TR - Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”¹⁴⁹. Por lo que siempre los Convenios de la OIT prevalecerán ante la Constitución, pero en la realidad laboral, esto no es respetado, considerando así que la reestructuración de la LRCT debe ser tarea fundamental de

¹⁴⁷ Op. Cit. Convenio N 87

¹⁴⁸ Ídem

¹⁴⁹ PALOMINO, Teodosio A. *Derecho Colectivo del Trabajo*, Lima, Editorial Juris Laboral, 2004, p. 169.

los juristas para alcanzar la protección del estado a la Libertad Sindical y Negociación Colectiva.

3.2.3. Efectos de la Tercerización de Servicios en la Negociación Colectiva

En el mundo empresarial actual, los trabajadores venden su fuerza de trabajo a las empresas, pero a la vez logran conservar formalmente todos sus derechos y deberes laborales; así, a pesar de que el impacto de la descentralización productiva en la negociación colectiva nos muestra un escenario distinto al tradicional, este se debe contemplar desde diversas ópticas a fin de acomodarse a esta realidad.

La descentralización productiva ha conllevado a la multiplicación de empresas entre ellas la tercerización de servicios provocando importantes cambios en la negociación colectiva, teniendo como base, condiciones de trabajo claramente diferenciadas entre los miembros de una empresa que afectan de un modo u otro a estas empresas al regularla desde la figura de las empresas principales.

Al respecto Escudero señala: “Se asiste a una deliberada elusión de aquellos convenios caracterizados por dispensar un mayor nivel de protección de los derechos de los trabajadores en favor de otros nuevos, convenientemente modificados en sus ámbitos funcionales, que tienen un contenido mucho más débil desde el punto de vista de la calidad de las condiciones laborales que ellos garantizan. Y así los primeros quedan reservados, a modo de coto cerrado, a los trabajadores contratados por las empresas principales y los segundos pasan a ser de aplicación a los de las empresas contratistas. Es decir, pierden espacio los convenios colectivos más protectores y lo ganan aquellos otros contenidos más flexibilizadores y por ello generadores de una mayor precariedad laboral de las empresas contratista”¹⁵⁰.

La tercerización de servicios ha originado nuevos problemas laborales al interior de las empresas, en las que concurren trabajadores de la empresa tercerizadora, que buscan acceder a condiciones de trabajo iguales a aquéllas de las que gozan los trabajadores

¹⁵⁰ ESCUDERO RODRIGUEZ, Ricardo. *Observatorio de la Negociación Colectiva*. Málaga. Paralelo Edición S.A. 2012. pp. 50-51.

de la empresa principal, puesto que sus servicios son iguales que los trabajadores de la empresa principal, además benefician directamente a la empresa principal y por ende se sienten parte generadora de los resultados obtenidos. En tal sentido, todo lo establecido en los Convenios N.º 87, N.º 98 y N.º 151 de la OIT respecto de la libertad sindical, por ser tratados internacionales logran tener nivel constitucional para exigirlos.

En este orden de ideas, la obligación de las autoridades peruanas de respetar la autonomía colectiva de las organizaciones sindicales, es decir su derecho a constituirse, regularse y definir su ámbito de actuación según consideren conveniente debería prevalecer. Sin embargo, la situación en la práctica actual no es la de pleno respeto o promoción del ejercicio a la sindicación y negociación colectiva, sino por el contrario demuestra una falta de unidad de criterio por parte de los políticos al legislar sobre la materia, y de las autoridades administrativas competentes al pronunciarse sobre cada caso concreto.

No es posible hablar de una verdadera negociación colectiva si es que los trabajadores no tienen el derecho de formar las organizaciones sindicales que estimen conveniente y lograr afiliarse a ellas, siendo la negociación colectiva uno de los aspectos más importantes de las relaciones colectivas del trabajo por medio del cual las organizaciones sindicales y empleadores concuerdan condiciones laborales para la celebración de un convenio colectivo, viéndose afectada por la repartición de trabajadores de la empresa tercerizadora dentro de la empresa principal generándose el enfriamiento de la formación sindical con lo cual se perjudica la negociación colectiva. Así un efecto de la descentralización productiva es la aplicación de pactos con contenidos pobres a nivel laboral para los trabajadores de las empresas tercerizadoras, estos pactos colectivos pueden ser calificados como auténticos convenios de condiciones laborales mínimos si los comparamos con aquellos que son aplicables a los sindicatos de las empresas principales.

El resultado son las diferencias en las condiciones laborales que consiguen ser más atractivas en los pactos colectivos realizados por la empresa principal ya que los pactos de los trabajadores de las empresas tercerizadoras no logran ni siquiera acercarse en

salario, condiciones laborales, así como en desarrollo personal mejorando la calidad de vida del trabajador y su familia. Es verdad que en algunos casos pueden coincidir algunas condiciones laborales entre estos trabajadores, como: la duración del tiempo de trabajo, las funciones a realizar, en especial si la prestación laboral se desarrolla en el centro de trabajo de la principal, sin embargo, respecto de otras condiciones laborales como las salariales y también a las mejoras de carácter colectivo en la mayoría de casos no coinciden siendo este el gran efecto negativo de la negociación colectiva en la tercerización de servicios.

3.2.4. La descentralización productiva y su afectación a la libertad sindical individual de organización

Como hemos visto la descentralización productiva empezó en función de las necesidades de especialización que la empresa principal requería para obtener mayor flexibilidad y así lograr disminuir costos, en esta dinámica productiva se ven involucrados los trabajadores que laboran en una empresa de tercerización de servicios, producto de la figura de descentralización productiva.

Serrano alude que: “Mientras que las empresas más alejadas se encuentran del núcleo en la cadena de subcontratación, presentan elementos comunes muy negativos: peores condiciones laborales a sus trabajadores, mayor tasa de temporalidad, baja cualificación de los trabajadores y escasa o nula formación en materia de salud y seguridad en el trabajo.”¹⁵¹ . Por ello se dice que la descentralización productiva es buena para las empresa y mala para los trabajadores de esta, siendo esto permitido por el Estado puesto que las modificaciones legislativas de las empresas inmersas en la descentralización productiva como es la tercerización de servicios solo se enfocaron en los derechos individuales de los trabajadores obviando sus derechos colectivos,

Respecto a este tema Villavicencio indica: “La descentralización productiva se utilizó para avasallar derechos laborales ya que se favoreció intereses empresariales pensando que era el único medio para producir inversión, crecimiento y desarrollo,

¹⁵¹ SERRANO PERNAS, Fernando. “Acción sindical y descentralización productiva”, *Revista de Derecho Social*, N° 40, Madrid, Bomarza, octubre 2007, p. 214.

premisa tantas veces desmentida por la realidad y que sigue hasta la fecha justificando la lógica del cholo barato en las políticas de empleo de los distintos gobiernos posteriores al fujimorista. Consideramos que el fenómeno de la descentralización productiva impacta a los tres derechos colectivos. Sobre el particular, deberíamos revisar la posición sobre la no injerencia estatal en la constitución de los sindicatos, puesto que con la subcontratación no solo basta con eliminar las restricciones registrales, no se respeta el derecho a constituir los sindicatos que se estimen convenientes y se les quiere encasillar legalmente; o se les impacta estableciendo posibilidades negócias solo a nivel de empresa, con lo que no se constituyen sindicatos de rama.”¹⁵², de esta manera se deja en total evidencia la ineficacia de las normas laborales actuales para la protección de los derechos colectivos de los trabajadores en todos sus ámbitos.

Si bien el aspecto positivo de la descentralización productiva para el empleador es que logra reducir sus costos empresariales y alcanzar flexibilidad empresarial lográndose adaptarse mejor a los cambios tecnológicos y de mercado, mientras que para el trabajador el único beneficio es la obtención de un empleo, sin embargo hay que tener en cuenta que en la mayoría de casos esto conlleva al incremento del empleo temporal además de la creación de “trabajadores de segunda categoría”¹⁵³ llamándolos así porque laboran en condiciones de trabajo mínimas a comparación de los trabajadores de la empresa principal. Dando como resultado el masivo recurso de las empresas tercerizadoras con contratación temporal o rotación continúa del personal.

Ahora, cuando hablamos de la libertad sindical nos referimos específicamente a su aspecto individual de organización donde el trabajador cuenta con el derecho de constituir organizaciones sindicales, siendo esto la base para poder ejercer la libertad sindical colectiva. Entonces si desde el comienzo el trabajador solo se tiene que ceñir a los tipos de sindicatos señalados en el artículo 5 de la LRCT con la imposibilidad de

¹⁵² VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. En CANESSA MONTEJO, Miguel. Op. Cit, p. 57

¹⁵³ Término acuñado por PUNTRIANO ROSAS, Cesar. “La descentralización productiva como tarea a propósito de la cuarta revolución industria”, *Revista Jurídica Esan*, 2017, p. 7. [Acceso 05.10.2018]. En https://www.esan.edu.pe/sala-de-prensa/2017/05/29/descentralizacion_productiva_tarea.pdf

crear otro sindicato diferente que se adapte a sus necesidades, viendo limitado su derecho a la representación colectiva, así como la negociación colectiva y su derecho de ejercer la huelga de ser el caso.

Los trabajadores de la tercerización de servicios cuentan con el derecho a la libertad sindical pero la pregunta sería si realmente logran hacer efectivo este derecho, pues como hemos señalado antes, una organización sindical formado por trabajadores de la empresa tercerizadora en un sindicato de empresa siempre tendrá como contraparte a su empleador formal, mientras que en los otros canales sindicales estipulados no van a encontrar las soluciones laborales requeridas que solo podría darle el empleador principal, siendo necesario un nuevo canal de sindicación, que les permita comunicar sus requerimientos a la empresa principal, algo que se encuentre limitado por la LRCT.

Nuestra actual legislación laboral es la que ha impulsado el crecimiento económico del país en favor de los empresarios y el aumento de empleos, consideramos que justamente es esta legislación la que imposibilita que los trabajadores logren gozar de la riqueza que ellos mismos ayudan a crear, teniendo en cuenta que el derecho laboral tiene como principal paradigma la protección de la libertad del trabajador, más aun en un escenario como la descentralización productiva, una reforma laboral debe responder a este objetivo sin estar obstaculizando el desarrollo productivo del país.

Siendo el gran reto para los juristas poder encontrar un equilibrio entre la libertad de empresa, que es el derecho del empleador a formar la organización empresarial que desee y el derecho al trabajo que debe proteger siempre a la parte más débil que es el trabajador respetando el ejercicio de su libertad sindical con sus tres vertientes: organización sindical, negociación colectiva y huelga, teniendo en cuenta que estos derechos tienen reconocimiento constitucional por lo que el derecho laboral debería generar mecanismos apropiados para esta protección no sólo contra el empleador formal, que en este caso sería el tercerizadora, sino frente a todo aquel que lucre con su labor, como son las empresas principales.

3.3. El rol de la empresa que presta servicios de tercerización en la negociación colectiva

El nacimiento de la negociación colectiva dentro de una empresa es beneficioso tanto para el trabajador porque mejora sus condiciones laborales como para el empleador porque permite aumentar la productividad y mejorar el clima laboral. Esta se da entre las partes más cercanas a la realidad laboral de la empresa: Trabajadores y empleador, logrando ser más flexible que la ley laboral porque queda a libertad de las partes la creación y sometimiento de ella, por lo que los trabajadores han entendido que de manera individual no alcanzarían el mismo poder de conflicto que estando agrupados a través de organizaciones sindicales para hacer frente al empleador y solicitar mejoras en sus condiciones remunerativas y de trabajo.

En el Perú debido a la flexibilización laboral efectuada por el Estado en el que se adopta por el modelo descentralizado que se daban en otros países, los derechos individuales y colectivos de los trabajadores se vieron afectados y a cambio el poder empresarial creció. Esto se ve reflejado en la tercerización de servicios, dado que los trabajadores que prestan servicios bajo la dirección de la empresa tercerizadora a la empresa principal, mantienen con su empleador de la empresa de tercerización de servicios todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos, por lo que son a estos a los que se les debe exigir este derecho.

Hay que tener en cuenta que las organizaciones sindicales de la empresa principal pueden tener la voluntad de afiliar a trabajadores de la empresa tercerizadora dentro de su sindicato pudiendo negociar como sindicato de empresa, presentándose dos pliegos únicos de reclamos totalmente diferenciados de los trabajadores de la empresa de la tercerización de servicios y de la empresa principal. Así la Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de América y la Confederación Internacional Sindical señalan: “En Perú este es el caso por ejemplo de SITENTEL que presenta un pliego de peticiones a Telefónica del Perú SAA y otros pliegos similares entre sí, pero distintos del

primero a las distintas empresas subcontratistas”¹⁵⁴ por lo que este modelo de sindicato no propicia el ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores de la empresa tercerizadora pues siempre el que tendría la decisión final en torno a su pliego de reclamos sería su empleador formal, más aún en nuestro país es muy difícil que la empresa principal acepte participar en una negociación colectiva donde se encuentren trabajadores de la empresa tercerizadora.

A pesar de estos obstáculos los trabajadores de la empresa de la tercerización de servicios buscan la manera de superar el modelo vigente así se aprecia las organizaciones sindicales de rama de actividad y federaciones las que elaboran su pliego único de reclamos que se discutirá siempre con el representante de los empleadores de una misma actividad económica, trayendo de igual manera condiciones laborales diferentes entre trabajador tercerizado y principal.

Dando como resultado el rol casi nulo de los trabajadores de la empresa tercerizadora en la negociación colectiva, desconociéndose el artículo 28 de nuestra Constitución Política el cual señala que el Estado debe alentar la negociación colectiva pero apreciamos que en la práctica se está excluyendo a las empresas que se formaron producto de la descentralización productiva, entre ellas la tercerización de servicios a participar de la negociación colectiva, por ello no es tarea de los empresarios el promover la negociación colectiva sino es rol primordial del Estado siendo que a nivel organizativo se debería eliminar estas restricciones que la LRCT señala en cuanto a formación sindical con el fin de que los trabajadores tengan la opción de constituir sus propias organizaciones sindicales o afiliarse a las que ellos deseen, así tener participación activa en los sindicatos además de fomentar la negociación colectiva en todos los niveles de organización empresarial.

¹⁵⁴ BUSSE, Esther; Gonzales, Iván (Coordinadores). “Tercerización mediante agencias de trabajo temporal en América Latina”, 1ra Ed., Brasil, GTAS, p. 135. [Acceso 15.10.2018]. En https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_227991.pdf

3.4. Propuesta de Empleador Plural

En el trabajo el factor común que encontramos es que el empleador se lucra de la labor que lleva a cabo su trabajador, no obstante, en la tercerización de servicios cuando se realiza un destaque de su propio personal a la empresa principal se aprecia que directamente el que se beneficia de su trabajo será el empleador principal con el que no tienen ningún nexo jurídico o económico.

Consideramos que la figura de la tercerización de servicios debería traer como resultado obligatorio la modificación en la imagen del empleador, pues como hemos apreciado anteriormente, a pesar de que estamos ante empresas totalmente distintas, cada una contando con sus propios trabajadores además jurídica y económicamente independientes, al final ambas se encuentran inmersos ante un mismo ciclo productivo. Lo que nos lleva a formular una nueva idea de empleador, debiendo enfocarse en la sujeción de funciones dentro de la empresa. Sobre este tema Sanguinetti, considera que: “La mejor manera de afrontar la concepción moderna de empleador consiste en construir una concepción de empleador plural, prescindiendo inclusive del esquema clásico de personalidad jurídica, la empresa principal ostenta poderes que afectan en forma directa o indirecta la gestión del personal del tercero”¹⁵⁵.

Ante la desprotección de los trabajadores de la empresa de tercerización de servicios por no poder satisfacer completamente todas sus demandas laborales a través de su empleador formal o tercerizado, nace la exigencia de un cambio en este fenómeno laboral que protegería sobre todo los derechos colectivos de los trabajadores. Razón por la que hablar de la figura de empleador plural que abarcaría al empleador de la empresa principal y de la empresa tercerizadora sería una excelente opción que beneficiaría a los trabajadores de la empresa de la tercerización de servicios en la etapa de negociación colectiva donde podrían tener como contraparte la unión de ambos empleadores.

¹⁵⁵ Cfr. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del trabajo, 2008. [Acceso 09.10.2018]. En: <http://www.wilfredosanguinetidiles.wordpress.com/2008/12/transf-emp-y-dt-wsanguinetti-rdsl-version-final1.pdf>.

Si apreciamos la Ley de la Tercerización de Servicios, Ley N° 29245, en su artículo 2 nos señala: “La tercerización de servicios regula el desarrollo de cualquier actividad especializada u obras ejecutadas en forma autónoma por un contratista responsable por los resultados de sus actividades y con personal bajo su propia subordinación ...”¹⁵⁶. Esta ley indica dos dispositivos que amparan a los trabajadores de la empresa de la tercerización de servicios y por ende son de obligación para el empleador principal:

- a) Está obligado a mantener una responsabilidad solidaria con la empresa tercerizadora, en caso que esta última no cumpla con los derechos y beneficios laborales de sus trabajadores.
- b) Impedir que se dé la subordinación hacia algún trabajador tercerizado evitando así la desnaturalización del servicio y de este modo que esta figura se utilice como fraude laboral.

Ciertamente se observa que si los trabajadores tercerizadores no utilizan sus equipos propios sino los toman de la empresa principal o si existe una obediencia en cuanto a la realización de funciones a la empresa principal dejaríamos de hablar de un trabajo tercerizado para convertirlo en un trabajo indefinido y pase a formar parte de los trabajadores de la principal. Siendo estas dos obligaciones mencionadas, las únicas que tiene el empleador frente a los trabajadores de la empresa de la tercerización de servicios.

No obstante, no es suficiente la protección económica, así como la obligación de seguridad por parte del empleador principal, sino mejorar las condiciones de trabajo por lo cual se debe conceder de todos los recursos necesarios para alcanzar la optimización personal y laboral, justamente uno de estos recursos sería el concepto de pluralidad de empleadores de manera que se fortalezcan sus derechos colectivos ante su empleador formal y principal.

Al respecto Villavicencio menciona lo siguiente: “ Hay que poner acertadamente énfasis

¹⁵⁶ Ley N° 29245: Ley que regula los servicios de tercerización

sobre la ruptura del paradigma de la bilateralidad de la relación laboral y el establecimiento del reinado de las relaciones triangulares sostenidas en la dependencia funcional”¹⁵⁷, esta tesis sirve para hacer frente a la noción convencional de empresario y trabajador, que como hemos apreciado es insuficiente ante las empresas de la descentralización productiva, sin embargo hasta que no exista un cambio nuestra legislación laboral siempre se identificara la bilateralidad en la relación de trabajo. Siendo un avance legislativo y un medio de protección a sus derechos laborales de los trabajadores de la empresa de la tercerización de servicios si se logra plasmar en la realidad este concepto jurídico nuevo de empleador plural.

Cuando nos referimos a la desprotección del trabajador tercerizado, hablamos directamente a sus derechos colectivos: de sindicación, negociación colectiva y huelga. Empezando porque resulta difícil la organización sindical para esta clase de trabajadores, bien sea porque tienen trabajos temporales o son rotados continuamente, y cuando quieren afiliarse a la organización sindical de la empresa principal encuentra impedimento legal en la LRCT que no permite esta clase de sindicatos. Además, dándose la formación de organizaciones sindicales de empresa, por rama de actividad o de gremio no alcanzarán a satisfacer completamente sus pretensiones laborales.

En torno a este tema como lo señalamos anteriormente una solución innovadora sería proponer que el empresario principal junto con el empresario formal o de la empresa de la tercerización de servicios se unan y respondan de manera solidaria a las demandas de las organizaciones sindicales de los trabajadores de la empresa de la tercerización de servicios en la negociación colectiva, reconociéndose la triangulación laboral en mejora de las condiciones de trabajo obteniendo como resultado que el trabajador tercerizado se encuentre en igualdad de condiciones tanto salariales como laborales que el trabajador principal.

Pudiéndose plantear como una condición para la licitud de la tercerización de servicios, reconocer al empleador plural (empleador formal y principal) en la etapa de negociación

¹⁵⁷ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. En CANESSA MONTEJO, Miguel. Op. Cit. p. 66.

colectiva, donde ambos respondan de forma solidaria en la equidad de condiciones laborales ante las organizaciones sindicales formadas por trabajadores de la empresa de la tercerización de servicios o la unión de trabajadores de la empresa de la tercerización de servicios con trabajadores de la empresa principal.

3.5. PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 29245, PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS TERCERIZADORAS

El ex congresista Justiniano Rómulo Apaza Ordoñez, miembro del grupo parlamentario El Frente Amplio por Justicia, Vida y Libertad presentó el “Proyecto de Ley que modifica la Ley 29245 para garantizar los derechos de los trabajadores de las empresas tercerizadoras”¹⁵⁸, con el cual se planteaba modificar el artículo 7 de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización con el siguiente texto:

“Artículo 7.- Garantía de derechos laborales

Los trabajadores de las empresas que prestan servicios de tercerización tienen los siguientes derechos, sin perjuicio de los ya establecidos en la legislación laboral vigente:

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

En ningún caso las remuneraciones de los trabajadores de la empresa tercerizadora pueden ser inferiores a las remuneraciones de los trabajadores de la empresa principal en la que se produce el desplazamiento. Para la aplicación de esta disposición es necesario que se realice la misma labor o esta sea equivalente.”

Este proyecto de ley que lamentablemente no llegó a obtener los votos necesarios para su aprobación, denota la preocupación existente ante las evidentes diferencias salariales y de condiciones de trabajo entre trabajadores de la empresa tercerizadora y de la empresa principal, puesto que lo que se buscaba era dotar de seguridad a los

¹⁵⁸ APAZA ORDOÑEZ Justiniano, Proyecto de Ley N° 2313/2017-CR, de fecha 11/01/2018.

trabajadores tercerizados que laboran dentro de la empresa principal respecto a su derecho a la igualdad en el terreno de las remuneraciones, tal como lo reconoce la jurisprudencia constitucional; “(...) la remuneración como retribución que percibe el trabajador no debe ser sometido a ningún acto de discriminación, no puede ser objeto de diferenciación, como por ejemplo, otorgar a unos una mayor remuneración que a otros por igual trabajo, quedando proscrito en consecuencia, cualquier trato discriminatorio que amparándose en causas prohibidas, afecte el derecho fundamental a la remuneración”¹⁵⁹.

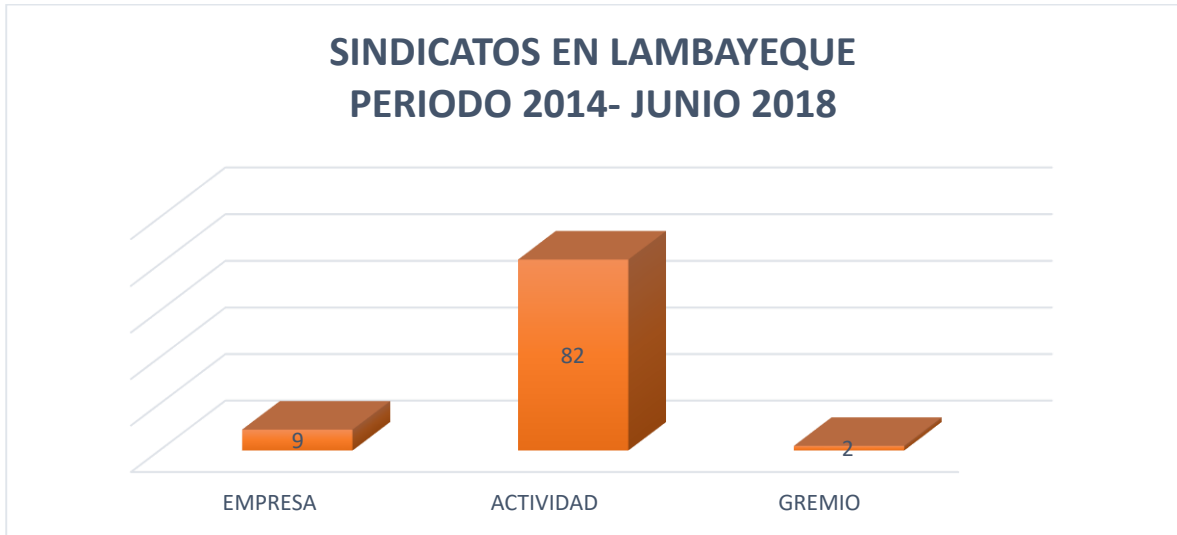
Así esta iniciativa legislativa pretendía reivindicar la protección de los derechos de los trabajadores que pertenecen a empresas tercerizadoras en el extremo que garantiza la eficacia del principio de igualdad y equidad en las remuneraciones que perciben, que a pesar de no haber sido aprobada, nos indica que este cambio a favor de la lucha de los derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras está iniciándose.

3.6. REALIDAD SINDICAL EN EL DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE - PERU

Debido a la falta de protección al derecho de formaciones de organizaciones sindicales de los trabajadores de la empresa de la tercerización de servicios y como consecuencia del aumento del poder empresarial, se ha frenado para estos trabajadores la creación de nuevas organizaciones sindicales, sin embargo, en la mayoría de casos de los 4 modelos de sindicatos indicados en la LRCT, solo se logran formar organizaciones sindicales por rama de actividad o gremio. De esta manera visitando la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo se nos otorgó la data de formación de sindicatos desde el año 2014 hasta el mes de junio del año 2018, apreciándose lo siguiente:

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 0020-2012-P1/TC, fundamento jurídico 9.

FIGURA N° 1
SINDICATOS DE LAMBAYEQUE PERIODO 2014 - JUNIO 2018



Fuente: Autoridad Regional de Trabajo y Promoción de Empleo

FIGURA N° 2
SINDICATOS DE EMPRESA DEL DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE
PERIODO 2014 - JUNIO 2018



Fuente: Autoridad Regional de Trabajo y Promoción de Empleo

Los Sindicatos de Empresa en el departamento de Lambayeque son los siguientes:

TABLA N° 2
SINDICATOS DE EMPRESA EN EL DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE
PERIODO 2014- JUNIO 2018

	SINDICATOS DE EMPRESA PERIODO 2014 – JUNIO 2018*	EMPRESAS	NUMERO DE RUC	ACTIVIDAD / SUNAT**
1	SINDICATO UNICO DE TRABAJADORES DE AGRIBRANDS PURINA PERU S.A. - CARGILL – SUTAPPC	AGRIBRANDS PURINA PERU S.A.	20100166578	ELABORACION DE PIENSOS PREPARADOS PARA ANIMALES
2	SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA SERVICIOS INTEGRADOS DE LIMPIEZA S.A.- (SINTRASIL-LAMBAYEQUE)	SERVICIOS INTEGRADOS DE LIMPIEZA SA (SILSA)	20100362598	OTRAS ACTIVIDADES DE DOTACION DE RECURSOS HUMANOS/ LIMPIEZA DE EDIFICIOS Y DE INSTALACIONES INDUSTRIALES
3	SINDICATO GENERAL UNICO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA CANTERA PATAPO LA VICTORIA S.A.	EMPRESA CANTERA PATAPO LA VICTORIA S.A.	20480515961	VENTA AL POR MAYOR DE MATERIAL DE CONSTRUCCION, ARTICULOS DE FERRETERIA Y EQUIPO Y MATERIALES DE FONTANERIA Y CALEFACCION/ TRANSPORTE DE CARGA POR CARRETERA

4	SINDICATO DE TRABAJADORES ADECCO CONSULTING PERU - SINTRADECCO PERU	ADECCO CONSULTING PERU	20503980216	OTRAS ACTIVIDADES DE DOTACION DE RECURSOS HUMANOS
5	EMPRESA DISTRIBUIDORA NORTE PACASMAYO SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA - DINO S.R.L.	EMPRESA DISTRIBUIDORA NORTE PACASMAYO SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA - DINO S.R.L.	20131644524	VENTA AL POR MAYOR DE MATERIALES DE CONSTRUCCION, ARTICULOS DE FERRETERIA Y EQUIPO Y MATERIALES DE FONTANERIA Y CALEFACCION
6	SINDICATO UNICO DE TRABAJADORES DE POMALCA Y ANEXOS DE LA EMPRESA AGROINDUSTRIAL POMALCA S.A.A.	EMPRESA AGROINDUSTRIAL POMALCA S.A.A.	20163898200	ELABORACION DE AZUCAR / VENTA AL POR MAYOR DE MATERIA PRIMA AGROPECUARIA Y ANIMALES VIVOS
7	SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA QUICORNAC - SUTQ	EMPRESA QUICORNAC	20477793674	ELABORACION Y CONSERVACION DE FRUTAS, LEGUMBRES Y HORTALIZAS/ VENTAS AL POR MAYOR NO ESPECIALIZADA
8	COMITE SINDICAL DE TRABAJADORES DEL I.E.S.T.P. CAYETANO	I.E.S.T.P. CAYETANO HEREDIA	20371528203	ENSEÑANZA SUPERIOR

	HEREDIA			
9	SINDICATO GENERAL UNIFICADO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA AGRO PUCALA S.A.A.	EMPRESA AGRO PUCALA S.A.A.	20113657872	CULTIVO DE CEREALES/ ELABORACION DE AZUCAR

(*) FUENTE: Elaboración Propia

(**) FUENTE: Consulta RUC – Pagina de Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT)

De los nueve (9) sindicatos de empresa que existen en el departamento de Lambayeque, observamos que solo dos (2) de ellos tienen por actividad ante la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, en adelante SUNAT, la dotación de recursos humanos y los otros siete (7) se dedican exclusivamente a actividades empresariales.

La palabra “dotar” según la Real Academia Española” es: Equipar o proveer a una cosa de algo que la mejora”¹⁶⁰, por lo que al referirse en estas empresas a su actividad de dotación de recursos humanos entendemos que se refiere a proveer de personal a las empresas, lo que se entiende como Intermediación Laboral. Toyama señala que “la expresión intermediación laboral, sirve para denominar aquellos supuestos en los cuales un tercero destaca exclusivamente mano de obra a una empresa usuaria para que preste servicios bajo la dirección y fiscalización de esta última”¹⁶¹

El balance de organizaciones sindicales en Lambayeque que surge de la investigación suscitada en la Gerencia Regional de Trabajo de Lambayeque nos permite verificar lo siguiente:

¹⁶⁰ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1951. [Acceso 04.11.2018]. En: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=dotar>

¹⁶¹ TOYAMA MIGAUSUKU, Jorge, “Tercerización e intermediación laboral: diferencias y tendencias”, *Revista Derecho & Sociedad*, Ni 30, Lima, PUCP, Julio 2008, p. 85.

- No existe dentro del periodo 2014 a junio 2018 un sindicato de empresas formado por trabajadores de empresas tercerizadoras, como lo hemos señalado anteriormente dado los altos casos de rotación y dispersión en distintas empresas principales.
- Las opciones sindicales que más se utilizan en las organizaciones sindicales actuales son los de rama de actividad y por gremio, siendo uno de los motivos que en la mayoría de casos pueden alcanzar el quorum necesario para poder formarlo además que se pueden agrupar trabajadores de empresas distintas que realizan la misma actividad
- La falta de creación de organizaciones sindicales de empresa realizadas por los trabajadores de la empresa de la tercerización de servicios, se produce porque estos trabajadores se dan cuenta que no pueden alcanzar el mismo poder de conflicto que tendrían si fueran un sindicato de la empresa principal puesto que tendrían como contraparte al empleador principal, quien es el que realmente puede mejorar las condiciones de trabajo de estos trabajadores. Entonces al saber que no encontrarán una solución efectiva y plena de sus reclamos laborales optan por no formar sindicatos o llegan a ser totalmente indiferentes a la formación de estos.

Como se aprecia no existen sindicatos de empresa formado por trabajadores de las empresas tercerizadoras de servicios en el departamento de Lambayeque. No porque este derecho constitucional se les encuentre restringido al contrario todos los trabajadores en los distintos ámbitos empresariales cuentan con el derecho a la libertad sindical: de constituir organizaciones sindicales, participar a través de las organizaciones sindicales en la negociación colectiva con su empleador y ejercer su derecho a huelga. Pero al formar sindicatos de empresa siempre negociaran con su empleador tercerizador así su poder de presión de reclamos laborales será de corta intensidad y no podrán ser totalmente satisfechas sus pretensiones con su empleador formal. Por lo que concluimos que para este grupo de trabajadores se afecta su derecho a la libertad sindical, al no poder ejercitar con plenitud este derecho.

Cabe recordar que todo trabajador cuenta con el derecho de crear y afiliarse a las organizaciones sindicales que estimen beneficiosas en ejercicio de su libertad sindical, esta decisión solamente depende de los trabajadores, teniendo total libertad para adecuar las organizaciones sindicales establecidas en la LRCT al contexto laboral actual.

Esta lista de organizaciones sindicales dada por la LRCT es enunciativa de acuerdo al artículo 2 del Convenio Internacional de la OIT N° 87 por lo que los trabajadores pueden organizarse en el modo que deseen y jamás debe ser considerada como *numerus clausus*, sin embargo, como lo hemos señalado la Autoridad Administrativa de Trabajo no acepta desde el momento de inscripción sindical, la formación de una organización sindical distinta a la que se encuentra en el artículo 5 de la LRCT.

En definitiva, el derecho a la libertad sindical a los trabajadores de las empresas tercerizadoras no se desarrolla plenamente existiendo limitaciones en la formación de nuevas clases de sindicatos. Si se declara *numerus apertus* el modelo de organizaciones sindicales en el artículo 5 de la LRCT, por ejemplo se podría formar un sindicato de empresas tercerizadoras donde incurran como contraparte tanto el empleador tercerizador como el principal, lo que se llamaría empleador plural, o un sindicato de empresa que agrupe a los trabajadores de la empresa principal con los trabajadores de la empresa tercerizadora y de igual forma tengan como semejante la unión de empleadores formal y principal.

Impulsar la apertura de nuevas formas de sindicatos para los trabajadores no es un trabajo fácil no obstante la meta debe ser siempre prevenir cualquier acto que esté en contra del ejercicio de su derecho a la libertad sindical.

Como resultado de la existencia de nuevas formas de organizaciones sindicales obtendríamos igualdad de condiciones de trabajo evitando la precariedad laboral. Así consideramos que el Estado y la Autoridad de Trabajo se encuentran obligados a proteger este derecho de los trabajadores que se encuentran dentro de la descentralización productiva entre ellos la tercerización de servicios, optando por

considerar como *numerus apertus* la lista de organizaciones sindicales señaladas en el artículo 5 de la LRCT, de esta manera se respetaría y promovería el derecho a la libertad sindical de esta clase de trabajadores, derecho que es parte de la Constitución Política Peruana y ratificado en los convenios de la OIT N° 87 y 98.

CONCLUSIONES

- El desarrollo a nivel internacional y nacional del derecho a la libertad sindical ha presupuesto la existencia de un marco legislativo que brinde la protección y garantías necesarias para su uso, sin embargo observamos que en la formación de las clases de sindicatos en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo no se viene aplicando plenamente el convenio internacional número 87 del Organismo Internacional de Trabajo, toda vez que limita formar organizaciones sindicales más allá de los señalados en la citada ley, algunos de los trabajadores que sufren esta limitación son los que pertenecen a la tercerización de servicios los cuales no tienen la posibilidad de formar una organización sindical diferente a la que la ley señala, teniendo en cuenta que al tener un desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a la empresa principal o la temporalidad de sus puestos es difícil que puedan formar un sindicato de empresa o de alguna otra clases de organización sindical establecidos en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

- El fenómeno de la descentralización productiva ha implicado que las empresas deleguen en terceros cada vez más importantes y numerosos componentes de su ciclo productivo. Una de las formas de descentralización laboral que más se utiliza en nuestro país es la tercerización de servicios, sin embargo el derecho a la libertad sindical individual de organización de los trabajadores que forman parte de este modelo empresarial carece de eficacia real, puesto que para estos trabajadores resulta difícil llegar a formar un sindicato de empresa o de otra clase sindical y si lo llegaran a formar siempre negociarían con su empleador tercerizador, así su poder de presión de reclamos laborales será de corta intensidad y no podrán ser totalmente satisfechas sus pretensiones con su empleador formal, razón por la cual se deben buscar nuevas fórmulas legislativas que garanticen el ejercicio de este derecho.
- Producto de esta investigación se ha logrado comprobar que durante el periodo comprendido desde el mes de enero del año 2014 hasta el mes de Junio del año 2018, no se ha constituido algún tipo de organización sindical que tenga como miembros a trabajadores de tercerización de servicio, en ese sentido, la limitación de organismos sindicales en la LRCT condiciona que este grupo de trabajadores no ejerzan plenamente su libertad sindical individual de organización.
- Consideramos se debe modificar el artículo 5 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo donde la clasificación de los organismos sindicales sea *numerus apertus*, abriéndose de esta manera un abanico de posibilidades para los trabajadores que forman parte de la tercerización de servicios y les permita tener como contraparte al empleador principal, con la única finalidad de alcanzar la igualdad de trato salarial y condiciones de trabajo entre todos los trabajadores que forman parte de una empresa junto con el reforzamiento de su derecho a la libertad sindical.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. AMEGLIO, Eduardo. *Cuarenta y Dos Estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria. Grupo de los Miércoles, 2000.
2. APARICIO VALDEZ, Luis, *Análisis Laboral*, Lima, AELE, 2016.
3. AREVALO VELA, Javier. *Derecho Colectivo del Trabajo*, Lima, Grijley, 2005.
4. ASESORIA LABORAL. *Manual de relaciones colectivas de trabajo*, Lima, Estudio Caballero Bustamante, 2005.
5. BOZA PRÓ, Guillermo. *La protección constitucional de la libertad sindical (Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular a la sentencia del 5 de enero de 2006)*. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Trabajo y Seguridad Social, Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez, 1° Ed, Lima, Grijley, 2008.
6. CARRILLO, Khalale y DJAMIL, Tony. *Descentralización Productiva y Ordenamiento Laboral*, Aranzandi, España, 2011.
7. CAURHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *EL FRAUDE Y LA SIMULACION EN LA INTERMEDIACION LABORAL Y TERCERIZACION*, Lima, Juristas Editores, 2012.
8. CRUZ VILLALON, Jesús. *La Descentralización Productiva y su Impacto sobre las Relaciones Laborales*, Lima, Grijley, 2009.
9. ECHAIZ MORENO, Daniel, *Marco Conceptual sobre los Grupos de Empresa, Instituciones de Derecho Empresarial*, Lima, APECC, 2010.
10. ESCUDERO RODRIGUEZ, Ricardo. *Observatorio de la Negociación Colectiva*. Málaga. Paralelo Edición S.A. 2012.
11. ESTUDIO CABALLERO BUSTAMANTE. *Manual de relaciones colectivas de trabajo (para el sector privado)*, Lima, Asesoría Laboral, 2007.
12. GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Libertad sindical y otros derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*, España, Aranzadi, 2014.

13. GARCIA PIQUERAS, Manuel. *Régimen Jurídico de las Responsabilidades Empresariales en las Contratas y Subcontratas de Obras y Servicios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
14. GOMEZ VALDEZ, Francisco. *Relaciones colectivas de trabajo*, Lima, San Marcos, 2005.
15. GONZALES RAMIREZ, Luis Álvaro. *Negociación Colectiva y huelga en el Derecho Laboral Peruano*, Lima, Gaceta Jurídica, 2012.
16. GORELLI HERNANDEZ, Juan. *La Tutela de los Trabajadores ante la Descentralización Productiva*, Madrid, Grupo Difusión, 2007.
17. HERRERA PUMAYAULI, Julio. *Hacia un nuevo Sindicalismo en el siglo XXI*, Lima, Congreso de la Republica, 2010.
18. MERINO SEGOVIA, Amparo. *Negociación colectiva*, España, Altaban, 2004.
19. MONTOYA MANFREDI, Ulises y otros. *Derecho Comercial Tomo II*, Lima, Grijley, 2006.
20. NEVES MUJICA, Javier. *Derecho Colectivo de Trabajo*, Palestra Editores, 2017.
21. OSPINA DUQUE, Edgar. *Derecho colectivo de trabajo*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
22. PALOMINO, Teodosio A. *Derecho Colectivo del Trabajo*, Lima, Editorial Juris Laboral, 2004.
23. PUNTRIANO ROSAS, Cesar, *Tercerización laboral versus estabilidad laboral*, Lima, Gaceta Jurídica.
24. RENDON VASQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo Colectivo*, Lima, Grijley, 2014.
25. ROSAS ALCANTARA, Joel. *El Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2015.
26. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima, Grijley 2004.
27. SOLUCIONES LABORALES, *Tercerización de Servicios*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008.
28. TOLEDO TORIBIO, Omar, *La Tercerización Laboral (Outsourcing)*, Lima, Grijley, 2015.

29. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho Individual del Trabajo*, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2011.
30. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. *Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*, Lima, Palestra Editores S.A.C, 2006.
31. VILLALON CRUZ, Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*, Grijley. Lima.2009.
32. VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “*La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga*”, Lima, Fundación de Cultura Universitaria, 2007.
33. VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú. Fundamentos, alcances y regulación*, Lima, Plades”,2010.
34. IVERO SERRANO, Juan Bautista. *La huelga como derecho fundamental y el mantenimiento de los servicios esenciales*, España, Lex Nova S.A, 2005

ARTÍCULOS DE REVISTAS

1. AGREDA ALIAGA, Jorge Orlando.” La libertad sindical en el ordenamiento jurídico peruano. La necesaria reforma laboral para efectivizar su tutela”, *Revista Actualidad Jurídica* N.º 180, noviembre 2008, 2008
2. BALDEON BEDON, Luis y MAYOR SANCHES Jorge, ¡Todos para uno y uno para todos! Nuevas perspectivas sobre la estabilidad y la responsabilidad empresarial en la descentralización productiva, *RAE Jurisprudencia* N° 48, Lima, Normas Legales, junio 2012.
3. BARDALES PEREIRA, Antonio y AGUILAR LIMA Dany, “Los servicios de tercerización en el Perú”, *Revista Jurídica del Perú* N° 89, Lima, Normas Legales S.A., julio 2008.
4. CARRASCO MENDOZA, Hugo, “Sentencia de Corte Suprema define elementos constitutivos de la tercerización”, *Dialogo a la Jurisprudencia* N° 188, Lima, Gaceta Jurídica, mayo 2014.
5. DOLORIER TORRES, Javier.” La libertad sindical en el ordenamiento peruano”, *Actualidad Laboral*, N° 123, Lima, Gaceta Jurídica, febrero 2004.

6. GAMARRA VILCHEZ, Leopoldo, “Comentarios a la Ley que regula los servicios de tercerización y las razones que justifican su promulgación”, *Actualidad Jurídica* N° 175, Lima, Gaceta Jurídica, junio 2008.
7. LENGUA APOLAYA, Cesar.” La seguridad y salud en el trabajo en la descentralización productiva. Los deberes de coordinación preventiva en la concurrencia empresarial”, *Actualidad Laboral* N° 235, Lima, Gaceta Jurídica, junio 2013.
8. MECHATO ALDAVE, Luis Eduardo, “Ratificación de la legalidad de la tercerización laboral. Análisis de la Sentencia Popular N° 1607-2012-Lima”, *Dialogo a la Jurisprudencia* N° 188, mayo 2014.
9. NEVES MUJICA, Javier. “Balance de la reforma laboral”, *Asesoría Laboral*, N° 120, Lima, Gaceta Jurídica, agosto 2000.
10. PUNTRIANO ROSAS, Cesar, “Apuntes sobre la tercerización de servicios Ventajas y comentarios a su regulación”, *JUS Doctrina y Practica*, N° 5, Lima Normas Legales, mayo 2014.
11. PUNTRIANO ROSAS, Cesar, “Tercerización de servicios Análisis de la anterior y actual legislación”, *Actualidad Jurídica* N° 175, Lima, Gaceta Jurídica, junio 2008.
12. SANTACRUZ BUSTILLOS, Luis, “Criterios acerca de los cuestionamientos a los servicios de tercerización”, *Dialogo a la Jurisprudencia*, N° 188, Lima, PUCP, mayo 2014.
13. SERRANO PERNAS, Fernando. “Acción sindical y descentralización productiva”, *Revista de Derecho Social*, N° 40, Madrid, Bomarza, octubre 2007.
14. TOYAMA MIGAUSUKU, Jorge, “Tercerización e intermediación laboral: diferencias y tendencias”, *Revista Derecho & Sociedad*, Ni 30, Lima, PUCP, Julio 2008.
15. VALDERRAMA VALDERRAMA, Luis Ricardo, “Ámbito de aplicación y elementos de la tercerización de servicios. Análisis de la Sentencia Popular N° 1607-2012-Lima”, *Dialogo a la Jurisprudencia* N° 188, Lima, Gaceta Jurídica, mayo 2014.
16. VALDERRAMA VALDERRAMA, Luis Ricardo, “La Tercerización de Servicios y sus causas de desnaturalización”, *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 101, Lima, Gaceta Jurídica, mayo 2016.

17. VITERI GUEVARA, Julissa Magaly, “Reflexiones sobre la desnaturalización de la Tercerización de Servicios”, *Soluciones Laborales* N° 98, Lima, Gaceta Jurídica, febrero 2016.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

1. ARCE ORTIZ, Elmer. La Descentralización Productiva y su efecto “estrella” la subcontratación, 2006 [Acceso 12.11.2017] En: <https://app.vlex.com/#PE/search/jurisdiction:PE/DESCENTRALIZACION+PRODUCTIVA/PE/vid/370461302>
2. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos *La Cláusula del Estado Social en la Constitución Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales*, 1° Ed, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2011 [Acceso 12.11 2017]. En: https://app.vlex.com/#WW/search/*/libertad+sindical+colectiva+peru/p3/WW/vid/382400382/graphical_version
3. BUSSER, Esther; Gonzales, Ivan (Coordinadores). “Tercerización mediante agencias de trabajo temporal en América Latina”, 1ra Ed., Brasil, GTAS, p. 135. [Acceso 15.10.2018]. En https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_227991.pdf
4. CANESSA MONTEJO, Miguel. “*La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana*”. Cuaderno de trabajo del CICAJ N.º 8, 2013, [Acceso 09.04.2018]. En: <http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/06/MIGUEL-CANESSA.pdf>
5. DIARIO GESTIÓN, 2018, [Acceso 21. 08. 2018]. En: <https://gestion.pe/economia/outsourcing-86-empresas-peru-tercerizan-servicios-232422>
6. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1951. [Acceso 04.11.2018]. En: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=dotar>
7. GARCIA MORALES, LILIANA. “La importancia de la negociación colectiva en las relaciones laborales”, *Revista UNAM*, N° 21, agosto 2015, p. 79. [Acceso 28. 09. 2018]. En https://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ3_Art_12.pdf

8. ERMIDA URIARTE, Oscar. "Crítica a la libertad sindical", *Revista Derecho PUCP*, N° 68, 2012. Lima. Fondo Editorial PUCP, [Acceso 12.11. 2017]. En: https://app.vlex.com/#WW/search*/LIBERTAD+SINDICAL+PERU/p3/WW/vid/422495194/graphical_version

9. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Subjetivación de las empresas, 1988. [Acceso 01.10 2018]. En <https://alexzambrano.webnode.es/products/la-libertad-de-empresa-como-derecho-constitucional/>

10. JIMENEZ CORONADO, Ludmin Gustavo, La desnaturalización de la tercerización, *Actualidad Empresarial*, N° 323, Lima, instituto Pacífico, marzo 2015 [Acceso 12.06 2018]. En: http://aempresarial.com/web/revitem/4_17460_42305.pdf

11. MEJIA MADRID, Renato. El alcance de la Regulación Laboral de la Descentralización Productiva, *Revista Themis* N° 65, agosto 2014, Lima, Juris S.A. [Acceso 06.04. 2018]. En: https://app.vlex.com/#PE/search/jurisdiction:PE/DESCENTRALIZACION+PRODUCTIVA/PE/vid/651797465/graphical_version

12. OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO, Negociación Colectiva 2016, [Acceso 28. 09. 2018]. En https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---Américas/---ro-lima/documents/publication/wcms_528312.pdf

13. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO, Convenio N 87 Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección al Derecho a la Sindicación de Organización Internacional de Trabajo, 1948. [Acceso 21.08. 2018]. En https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312232

14. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. Del derecho a asociarse al derecho de sindicación, 2009. [Acceso 23.08 2018]. En: https://www.ilo.org/global/publications/world-of-work-magazine/articles/ilo-in-history/WCMS_115924/lang--es/index.htm

15. PAREDES NEYRA, Magno Iván, La descentralización productiva (Outsourcing): ¿Es causa objetiva de cese colectivo de trabajadores?, Congreso de la Republica del Perú, 2012, [Acceso 24..04.2018] En [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/E13D761ABD31D739052573240081D8D5/\\$FILE/Outsourcing.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/E13D761ABD31D739052573240081D8D5/$FILE/Outsourcing.pdf)

16. PUNTRIANO ROSAS, Cesar. “La descentralización productiva como tarea a propósito de la cuarta revolución industria”, *Revista Jurídica Esan*, 2017, p. 7. [Acceso 05.10.2018]. En https://www.esan.edu.pe/sala-de-prensa/2017/05/29/descentralizacion_productiva_tarea.pdf
17. PUNTRIANO ROSAS, Cesar. “Los efectos de la subcontratación en las relaciones laborales Análisis de la responsabilidad solidaria como mecanismo de tutela”, *Revista Derecho & Sociedad*, N° 37, diciembre 2011, p. 153. [Acceso 03.10 2018]. En <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/13168/13781>
18. RIERA MILLA, Mariela. “Alternativa de Financiamiento de Factoring”, *Actualidad Empresarial*, N° 325, Lima, instituto Pacifico, mayo 2013 [Acceso 12.11.2017] En: http://aempresarial.com/servicios/revista/276_9_FPHWQSHOFLFPJYXSUELTZT_GCUWSSHJMLRIBJQPPBVEKUCDOGP.pdf.
19. RODRIGUEZ GAMERO, Marco. “Efectos de la Flexibilización Laboral a 20 Años de Vigencia Entrevista al Dr. Alfredo Villavicencio Ríos”, *Revista Derecho & Sociedad*, N° 37, Lima, PUCP, mayo, 2011 [Acceso 25.04. 2018]. En: <file:///C:/Users/HP/Downloads/13162-52415-1-PB.pdf>
20. STC N.° 1124-2001AA/TC, de fecha 11 de julio de 2002 (Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A contra Empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A), Fundamento 8, 2004. [Acceso 17.10.2017]. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>
21. STC N.° 3039-2003-PA/TC, de fecha 29 de enero de 2004 (Caso Sindicato de Trabajadores Municipales Unitario de Casa Grande contra Municipalidad Distrital de Casa Grande), Fundamento 5. [Acceso 02.11 2017]. En: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03039-2003-AA.html>
22. STC N.° 03561-2009-PA/TC, de fecha 17 de agosto de 2009 (Caso Sindicato Único de Trabajadores Marinos y Portuarios del Puerto del Callao contra Asociación Peruana de Operadores Portuarios), Fundamento 3. [Acceso 02.11 2017]. En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03561-2009-AA%20Aclaracion.html>
23. STC N.° 3311-2005-PA/TC, de fecha 05 de enero de 2006 (Caso Sindicato de Trabajadores Mineros de Atacocha contra Compañía Minera Atacocha S.A),

- Fundamento 16. Acceso 02.11 2017]. En <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03311-2005-AA.html>
24. STC N° 2135-2012-AA/TC, de fecha 26 de enero de 2006 (Caso Luis Alberto Cardoza Jiménez contra Repsol YPF Comercial del Perú S. A Fundamento 4.3.8, 2006. [Acceso 12.11.2017] En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/02135-2012-AA%202.pdf>
25. STC N° 003-2006-PI/T, de fecha 19 de setiembre de 2006 (Caso 5000 ciudadanos contra el artículo 37° de la Ley N.º 28094-Ley de Partidos Políticos), Fundamento 66, 2006. [Acceso 21.08.2018]. En [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/D58576EDAE031046052575C40062091F/\\$FILE/EXP_00003-2006-AI.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/D58576EDAE031046052575C40062091F/$FILE/EXP_00003-2006-AI.pdf)
26. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “El contenido del convenio colectivo del trabajo”, *Revista Ius Et Veritas*, N° 9, 1994, p. 172. [Acceso 28.09.2018]. En <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15461/15913>
27. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias, *Revista Derecho & Sociedad*, N° 30, Lima, PUCP, noviembre 2008 [Acceso 12.11 2017] En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/17332/17618>
28. UGAZ OLIVARES, Mario, “El Régimen Legal de la Subcontratación”, *Revista Foro Jurídico*, N° 10, Lima, PUCP, julio 2010 [Acceso 24.05. 2018]. En: <file:///C:/Users/HP/Downloads/18563-73568-1-PB.pdf>
29. VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “La intervención estatal en la libertad sindical en américa latina: los planos orgánicos y tutelar”, *Revista Ius Et Veritas*, N° 48, Lima, Normas Legales. [Acceso 12.11. 2017]. En https://app.vlex.com/#WW/search*/libertad+sindical+peru/p3/WW/vid/585728366/graphical_version
30. VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo.” La negociación colectiva en el Perú: la hiperdescentralización y sus múltiples inconvenientes”, *Revista Derecho PUCP*, N° 75, abril 2015, p. 352. [Acceso 28.09.2018]. En <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/14435/15049>

TESIS

1. NAVARRO REYES CIURLIZZA VILLABOS, Isabel y VELEZMORO DELGADO, Mayra Teresa de Jesús. *La representación de los trabajadores en los grupos de empresa*, Tesis para optar a título de abogado. Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, 2011.
2. PACO ARMESTAR, Josune Graciely. *Protección jurisdiccional de la libertad sindical*, Tesis para optar a título de abogado. Universidad Santo Toribio de Mogrovejo.2012.
3. TORRES TAFUR, Cristina. *Efectos de los Mecanismos de Descentralización Productiva en las Relaciones Individuales de Trabajo*, Tesis para optar a título de abogado. Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, 2009.

NORMAS

1. Constitución Política del Perú, 1° ed., Lima, Grijley, 2010.
2. Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. 1er ed. Lima. Themis.2014

ANEXO



PERÚ



GOBIERNO REGIONAL LAMBAYEQUE
GERENCIA REG. DE TRAB. Y PROM. DEL EMPLEO
DIRECCION DE PREVENCION Y SOLUCION DE CONFLICTOS



Firmado digitalmente por BARRENO QUIROZ Tania Gabriela FIR
16648307 hard
Unidad: DIRECCION DE PREVENCION Y SOLUCION DE CONFLICTOS
Cargo: DIRECTOR DE PREV. Y SOLUC. CONFLICTOS
Fecha y hora de proceso: 29/07/2020 - 08:18:59

Id seguridad: 4633308

Año de la Universalización de la Salud

Chiclayo 29 julio 2020

PROVEIDO N° 000459-2020-GR.LAMB/GRTPE-DPSC [3607478 - 2]

CARMEN CECILIA PANAQUE ARBULU

**ASUNTO: REQUERIMIENTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA FORMULADO
POR LA CIUDADANA CARMEN CECILIA PANAQUE ARBULU**

REFERENCIA: SOLICITUD - VARIOS 000050-2020-GR.LAMB/GRTPE-DIAD-JMUN [3607478 - 1]

En atención al escrito de registro N° 3607478-1 presentado por CARMEN CECILIA PANAQUE ARBULU:
NOTIFIQUESE con el listado de organizaciones sindicales registrado hasta el 05 de noviembre de 2019.

Firmado digitalmente
TANIA GABRIELA BARRENO QUIROZ
DIRECTOR DE PREV. Y SOLUC. CONFLICTOS
Fecha y hora de proceso: 29/07/2020 - 08:18:59

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por Gobierno Regional Lambayeque, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://sisgedo3.regionlambayeque.gob.pe/verifica/>

Acti
Ve a C