



LA NUEVA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN O TERCERIZACIÓN DE ACTIVIDADES PRODUCTIVAS EN AMÉRICA DEL SUR*

Wilfredo Sanguinetti Raymond**
Universidad de Salamanca (España)

SUMARIO: I. El interés coincidente del legislador laboral por regular la subcontratación de actividades productivas y su motivación subyacente. –II. Dos enfoques opuestos sobre la manera de afrontar el mismo fenómeno. –III. El enfoque patológico: la subcontratación como actividad prohibida. –IV. El enfoque fisiológico: la subcontratación como actividad regulada. –V. Una cuestión a pesar de todo pendiente: el potencial impacto negativo sobre las condiciones laborales del recurso lícito a la subcontratación.

RESUMEN

La aprobación de normas reguladoras de los efectos laborales de la subcontratación de actividades productivas, con una llamativa proximidad en el tiempo y un claro paralelismo en cuanto a su orientación tutelar, en un buen número de países de América del Sur es expresión de la emergencia de una conciencia cada vez más clara en torno a los potenciales efectos ad-

* Recibido el 7 de septiembre. Aprobado el 30 de octubre.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Salamanca (España).

El presente artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Impacto laboral de las redes de empresas", financiado por la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación del Ministerio de Economía y Competitividad de España (DER 2015-67099-P MINECO-/FEDER). No hubiese sido posible sin la colaboración de queridos colegas que me hicieron llegar muy valiosos materiales relacionados con sus ordenamientos nacionales, a todos los cuales deseo expresar mi gratitud. En particular a Lucas Caparrós y Agustín Carugo (Argentina), Milena Pinheiro Martins (Brasil), Carmen Domínguez y Karla Varas y (Chile), Víctor Julio Díaz (Colombia), Juan Raso y Federico Rosenbaum (Uruguay) y Cesar Carballo (Venezuela). A los que he de sumar mi reconocimiento inmenso a Oscar Ermida, siempre en el recuerdo, y Alfredo Villavicencio, por su inestimable ayuda para la preparación de versiones anteriores. La presente ha sido preparada a petición de César Augusto Carballo Mena, a los efectos de su inclusión en el volumen colectivo Descentralización empresarial en América Latina, Caracas, UCAB, 2018.

versos del recurso a esta fórmula organizativa sobre la calidad del empleo, los salarios y la efectividad de los derechos colectivos de los trabajadores. El presente artículo lleva a cabo un estudio transversal de tan relevante tendencia reguladora, detectando las diversas líneas de política del Derecho y soluciones normativas que a ella subyacen e interrogándose sobre sus posibilidades y límites.

ABSTRACT

The succession of norms regulating the labor effects of the subcontracting of productive activities, with a striking proximity in time and a clear parallelism regarding its tutelary orientation. In many countries of South America, it is an expression of the emergence of an increasingly clear conscience regarding the potential adverse effects of recourse to this organizational formula. A system that affects the quality of employment, wages and the effectiveness of collective rights of workers. This paper carries out a cross-sectional study of such a relevant regulatory tendency, detecting the different lines of policy of the Law and normative solutions that underlie it and questioning about its possibilities and limits.

Palabras clave: subcontratación, descentralización productiva, tercerización.

Key words: subcontracting, productive externalization, outsourcing.

I. EL INTERÉS COINCIDENTE DEL LEGISLADOR LABORAL POR REGULAR LA SUBCONTRATACIÓN DE ACTIVIDADES PRODUCTIVAS Y SU MOTIVACIÓN SUBYACENTE

En la última década hemos asistido, con una llamativa proximidad en el tiempo y un claro paralelismo en lo que a su orientación tutelar se refiere, a la aprobación de normas reguladoras de los efectos laborales de la subcontratación de actividades productivas en un buen número de países de América del Sur.

La secuencia se inicia en Chile, donde en 2006 fue aprobada la Ley 20.123, reguladora del “trabajo en régimen de subcontratación”, continúa en 2007 en Uruguay, con la aprobación de la Ley 18.099, que establece normas para la “protección” de los trabajadores “ante los procesos de descentralización empresarial”, la cual fue reformada y complementada el año siguiente por la Ley 18.251, se consolida en 2008 mediante la aprobación en el Perú de la Ley 29.245, cuyos alcances serían luego precisados con vocación restrictiva por el Decreto Legislativo 1.038, y la adopción en Ecuador del Mandato Constituyente número 8 y la aprobación de la Constitución de ese país, instrumentos a través de los cuales se opta por prohibir “la intermediación laboral y la tercerización”, bien que con matices y excepciones, y concluye en 2012 en Venezuela con la aprobación de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, que dedica cuatro de sus artículos a la construcción de una regulación de la materia de vocación similar a la que se acaba de apuntar.

Estos países se suman a Colombia, que desde 1950 se inclinaría por introducir un tratamiento normativo de signo tutelar de la subcontratación a través del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, luego modificado por el Decreto 2.351 del año 1965 con el fin de extender sus alcances. Y a Argentina, que en 1974 optó por establecer, mediante el artículo 32 de su Ley de Contrato de Trabajo, un sistema de garantías laborales aplicable a los supuestos de contratación o subcontratación de “obras o trabajos”, el cual sería modificado en 1976 y 1998, bien que sin perder lo esencial de su vocación reguladora, por las Leyes 11.297 y 25.013, hasta dar lugar al hoy vigente artículo 30 de la referida norma. De esta línea de tendencia parece apartarse solamente Brasil, que a través de las recientes Leyes 13.429 y 13.467, aprobadas el 31 de marzo y el 13 de julio de 2017, respectivamente, procedería a modificar el texto de la Ley 6.019, que data del año 1974, con el fin de facilitar el empleo de las denominadas “empresas presta-

doras de servicios a terceros” sin prever un régimen de protección de intensidad equiparable a los contenidos, matices aparte, en las normas adoptadas en los restantes países que han sido mencionados.

Tan extendida preocupación por dotar de una regulación de vocación protectora a un fenómeno que no es nuevo, parece ser expresión de la emergencia en buena parte de los países de la región de una conciencia cada vez más clara en torno a los potenciales efectos adversos que el recurso a la subcontratación de actividades productivas, sobre todo si se produce de manera sistemática e indiscriminada, es capaz de desplegar sobre los salarios y las condiciones laborales, la calidad del empleo y la efectividad de los derechos colectivos de los trabajadores. La cual se habría producido en un momento en el que esta ha pasado a convertirse, debido al cambio económico y organizativo, en una fórmula habitual de integración de los procesos productivos.

Esta conciencia hunde sus raíces en las tensiones sociales que ha venido produciendo al menos desde principios de la década pasada el recurso masivo a estas prácticas con propósitos como los descritos. Expresión de ello serían los muy numerosos conflictos laborales y sociales que, a partir de su extensión, empezarían a producirse en sectores clave de la actividad productiva de la mayor parte de ellos. Unos conflictos a los que subyacía por lo general la misma denuncia en torno a la situación de precariedad laboral de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, las diferencias existentes entre los beneficios laborales de estos respecto de los reconocidos al personal de las empresas titulares de la actividad productiva principal y la constatación de la ineficacia de los tradicionales mecanismos de representación sindical, contratación y conflicto colectivo para revertir esa situación.

El panorama que comenzaba a dibujarse en la región sudamericana como resultado de la cada vez mayor extensión de la subcontratación –o “tercerización”, como por entonces empezó también a denominársela– era, de tal forma, coincidente con las advertencias realizadas por la literatura especializada más atenta a la valoración de las potenciales repercusiones laborales de estos fenómenos.

En principio, como es sabido, el propósito de la puesta en marcha de las estrategias de externalización de las actividades productivas es incrementar la capacidad adaptativa de la empresa, haciéndola más ligera, ágil, eficiente, flexible y competitiva, al reducir sus dimensiones y concentrar su actividad en el desarrollo de competencias básicas o nucleares. Paralelamente, a través de ellas se buscaría también aprovechar la mayor capacidad de respuesta de las pequeñas y medianas empresas al cambio económico y tecnológico. La consecución de objetivos en el plano laboral parecería situarse, así, fuera de la fundamentación nuclear de la conveniencia del recurso a colaboradores externos. A pesar de ello, son abrumadoras las evidencias que ponen de manifiesto cómo el encargo a terceros de parcelas la actividad productiva de la que se es titular, además de incrementar el riesgo de intervención de sujetos escasamente solventes o que ofrecen menores garantías de cumplimiento de sus obligaciones laborales, puede ser utilizado como un instrumento dirigido a conseguir una notable flexibilización de las formas de empleo de la fuerza de trabajo y un ahorro significativo de los costos salariales, soslayando los límites impuestos a estas operaciones por la legislación vigente y los convenios colectivos.

¿Cómo es posible que el simple encargo a un tercero de una actividad en principio semejante a la que debería realizar por sí mismo un empresario permita a este alcanzar efectos de tanta intensidad como los que acaban de ser apuntados?

La explicación se encuentra en la propia técnica empleada. Es decir, en el recurso a la tantas veces mencionada subcontratación de actividades productivas, a través de la cual se consigue eludir, sirviéndose de empresas auxiliares dotadas de personalidad jurídica diferenciada, la configuración de una relación jurídica directa entre las sociedades que recurren a este mecanismo y los trabajadores que laboran en las distintas parcelas integradas dentro de los procesos productivos liderados por ellas. Es este hecho, en apariencia puramente formal, el que hace posible

una importante reducción de la calidad del empleo y las condiciones de trabajo de esos trabajadores. Esto es así en la medida en que, al evitarse la configuración de dicha relación, la duración de las relaciones de trabajo, lo mismo que las retribuciones y demás beneficios de dicho personal dejan de estar vinculadas de manera directa a las condiciones de desarrollo de la actividad productiva desarrollada por la empresa principal, en cuyo ciclo productivo se integra, para pasar a depender exclusivamente de las del contratista.

Dicha operación tiene consecuencias, antes que nada, sobre la aplicación del principio de estabilidad en el empleo. Por efecto de la misma, la vigencia de las relaciones de trabajo del personal al servicio del contratista deja de estar sujeta exclusivamente a las vicisitudes del desenvolvimiento de la actividad productiva de la empresa principal, a la que finalmente sirven, para vincularse también a las de la relación jurídica entre su empleador y la misma. El fin de la contrata pasa a convertirse, de este modo, en un motivo susceptible de ser alegado para la extinción de esas relaciones, así la actividad que atienden sigan siendo requerida por la empresa principal. En tanto que la presunta imposibilidad de garantizar el empleo más allá del plazo del encargo deviene en causa capaz de ser utilizada por el contratista como fundamento para la celebración de contratos de trabajo de duración determinada con su personal coincidentes por tal período, incluso cuando a través de ellos se satisfagan necesidades permanentes de la principal, que esta debería cubrir, de asumir directamente su realización, mediante contratos por tiempo indefinido. Esto supone que mediante la externalización es posible convertir puestos de trabajo que deberían ser permanentes para la principal en puestos temporales en las empresas contratistas. Y también fundamentar su extinción por causas ajenas al funcionamiento de la actividad productiva a la que sirven. De allí que se suela identificar a la sustitución de empleo fijo por temporal como uno de los principales efectos de la utilización de esta técnica y se ponga el acento en la precariedad como uno de los rasgos más característicos de la condición de quienes laboral para esas empresas.

A este potencial efecto precarizador pueden añadirse las consecuencias degradatorias que la operación externalizadora está en condiciones de desplegar sobre los salarios y las demás condiciones laborales de los trabajadores de las empresas contratistas. Y es que, al no poseer vínculo alguno con la empresa principal, dichas condiciones no tienen ya que adecuarse a los módulos uniformes aplicables al personal interno de ésta, sino que dependen exclusivamente de la empresa contratista. Una contratista que debe ofrecer el servicio a ésta en condiciones que hagan más provechoso recurrir a ella que contratar personal directamente. Salvo casos excepcionales, la respuesta a esta tensión es la devaluación de las condiciones de trabajo del personal de contrata respecto del interno de la empresa principal. Una devaluación que viene facilitada por la no aplicación a dicho personal del convenio colectivo al que se encuentran sujetos los trabajadores de la principal. Lo cual abre la puerta a la posibilidad de sustituirlo por otro menos garantista, cuando no por la fijación unilateral de las condiciones de trabajo.

En la medida en que alienta el desequilibrio entre trabajadores integrados dentro de los mismos procesos productivos, el recurso masivo a la subcontratación es capaz de dar lugar, de tal modo, a una cada vez más intensa segmentación del mercado de trabajo, en función de una opción puramente organizativa, como es la de proceder o no a su disgregación. Esto nos coloca delante de un modelo de empresa no sólo ligera, como afirman los defensores de estas técnicas, sino mezquina, conforme destacan sus detractores, en la medida en que basa buena parte de su capacidad competitiva, si no toda, en ahorros en los costos de personal obtenidos mediante el empleo masivo del trabajo subcontratado prestado en condiciones de precariedad.

Naturalmente, frente a ello existiría la posibilidad de recurrir a la acción sindical y la negociación colectiva con el fin de reducir la brecha generada. Las propias características de los procesos de externalización contribuyen, no obstante, a reducir también la efectividad de estos instrumentos, al acentuar las dificultades de sindicación de estos trabajadores, en especial debido a la precariedad de su situación, a la vez que obstaculiza la articulación de la defensa de sus intereses en conjunción con los demás colectivos afectados, disgregados en multitud de empresas de pequeña dimensión, convirtiendo en muchos casos en inviable o ineficaz la negociación a nivel colectivo de sus condiciones laborales.

Las diversas intervenciones normativas reseñadas al inicio tendrían como objetivo, precisamente, tratar de dotar al fenómeno de una regulación de corte garantista, en una etapa en la que los riesgos apuntados harían empezado a materializarse. No está demás apuntar, de todas formas, que las mismas pueden ser consideradas expresión de una tendencia de más amplio alcance registrada en la región durante el período en el que fueron aprobadas, cuyo rasgo más destacado estaría representado dado por la recuperación de la preocupación por el cumplimiento de los fines equilibradores tradicionalmente asignados a las normas laborales, luego de un largo período de cuestionamiento de estos y de consiguientes retrocesos a nivel legislativo.

Esta tendencia se ha manifestado de diversas maneras. A través de reformas constitucionales que han incrementado el catálogo de derechos laborales fundamentales o han concedido aplicabilidad directa a los sancionados por normas internacionales, en los casos de Brasil, Argentina, Colombia o Venezuela; mediante la labor de los tribunales superiores o constitucionales, que se han servido de las normas del máximo nivel para poner en entredicho algunos de los aspectos más cuestionables de la legislación de la década precedente, especialmente tratándose de Argentina, Colombia y Perú; de la adopción de reformas de signo re-regulador antes que desregulador, como ha ocurrido al menos en Chile, Venezuela, Argentina y Uruguay; o, en fin, del impulso de reformas procesales dirigidas a garantizar una tutela judicial más eficaz de los derechos laborales, como ha ocurrido también en Venezuela, Chile, Colombia o, nuevamente, el Perú. El tratamiento en clave garantista de la subcontratación de actividades productivas constituiría, desde esta perspectiva, una manifestación más de esta orientación.

Lo anterior supone que los legisladores de los países concernidos han optado, no sólo por replantearse algunos de los contenidos de las normas laborales aprobadas durante la etapa precedente, sino por imponer garantías frente al uso cada vez más extendido de un mecanismo que permite debilitar la aplicación de buena parte de las garantías asociadas a la aplicación de la legislación laboral sin tener para ello que “tocar” sus contenidos. El resultado ha sido, de tal modo, la puesta en marcha, de manera coincidente en un importante grupo de países de la región sudamericana, de una suerte de reforma laboral de nuevo tipo, que se sumaría a las introducidas en la regulación sustantiva de las instituciones clásicas del Derecho del Trabajo y sus mecanismos de tutela procesal. A esta tendencia solamente se sustraerían los cambios en la regulación del mecanismo introducidos recientemente en Brasil, que parecen ser expresión de la emergencia de una nueva orientación, tanto en lo que se refiere a su tratamiento como en la dirección de los ordenamientos laborales de la región, a cuya consolidación –o no– habrá que prestar atención en el futuro.

La singularidad de este inédito fenómeno normativo de alcance subcontinental, así como el hecho de que hasta el momento haya sido analizado casi exclusivamente desde la óptica de los distintos ordenamientos nacionales concernidos, justifican que dediquemos los siguientes apartados del presente estudio a la presentación de sus rasgos más relevantes y el examen de su potencial efectividad.

II. DOS ENFOQUES OPUESTOS SOBRE LA MANERA DE AFRONTAR EL MISMO FENÓMENO

Aunque la conciencia en torno a los potenciales efectos negativos de las prácticas externalizadoras parece encontrarse muy extendida en la región, las respuestas adoptadas por los legisladores de los países a los que se ha hecho referencia no son precisamente coincidentes.

Una primera y más radical aproximación es la ofrecida por Ecuador y Venezuela. En el caso del primero, la opción elegida ha sido la de prohibir, que a través de decisiones del máximo rango, esta clase de prácticas, siempre que afecten de las “actividades propias y habituales” de las empresas que recurren a ellas. La subcontratación o “tercerización”, como la denominan dichas normas, queda así relegada a supuestos excepcionales, en los que no se configuren los presupuestos de inherencia y habitualidad antes aludidos.

Algo similar ocurre tratándose de Venezuela, al haberse inclinado el legislador igualmente por prohibir la “tercerización”, incluyendo dentro de esta, entre otros supuestos de contratación de personal con propósitos especulativos o fraudulentos, la ejecución de obras, servicios o actividades “que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante” y se relacionen “de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían” sus operaciones. La validez del empleo de contratistas se limita, en consecuencia, exclusivamente a las situaciones no comprendidas dentro de los alcances de esta prohibición.

Frente a este enfoque prohibitivo, el resto de países que se han inclinado por introducir algún tipo de regulación de estas prácticas parte de admitir su licitud con la sola excepción de los supuestos en que el encargo a otro de una parcela de la propia actividad encubra una situación de mero suministro no autorizado o cesión ilícita de personal. La intervención del legislador se dirige en estos casos, por ello, al establecimiento de un sistema de garantías dirigido a reducir o eliminar los riesgos que las mismas pueden suponer para los trabajadores.

Como se verá, estos sistemas suelen girar en torno al establecimiento de un régimen de solidaridad entre la empresa principal y sus contratistas por las obligaciones laborales y previsionales contraídas por estos últimos durante el encargo, que se encuentra prevista por las legislaciones de todos salvo Brasil, que se ha inclinado recientemente por la introducción de un sistema basado en la responsabilidad subsidiaria para la que denomina “prestación de servicios a terceros”. Solo en el caso del Perú se introducen de forma complementaria deberes de información o se prevén cautelas relacionadas con el empleo de la figura como mecanismo de afectación de los derechos laborales. En tanto que exclusivamente en el de la reciente regulación adoptada en Brasil emerge una cierta preocupación por las condiciones laborales que ha de garantizarse al personal de las empresas contratistas.

Por lo demás, dentro del grueso de países que hace pivotar su regulación sobre la responsabilidad solidaria existe una importante diferencia entre un primer grupo, compuesto por Colombia y Perú, en el que esta es sancionada de manera directa, y otro, en el que se integran Argentina, Chile y Uruguay, donde su exigibilidad se encuentra condicionada al incumplimiento por la empresa principal de un conjunto de deberes de vigilancia o control del acatamiento por los contratistas de sus obligaciones laborales y previsionales, previéndose además, en el caso de los dos últimos, la posibilidad de que la primera retenga de las obligaciones pendientes de pago que mantiene a frente a estos últimos las cantidades que se adeuden a los trabajadores o las instituciones previsionales con el fin de abonarlas directamente a ambos, pudiendo también efectuar dichos pagos por subrogación.

Es evidente que estas dos grandes líneas de intervención son la proyección de dos puntos de vista distintos, y en buena medida opuestos, sobre la funcionalidad de la figura. Así, no parece difícil deducir que a la decisión del constituyente ecuatoriano y el legislador venezolano de ilegalizar su empleo con carácter ordinario subyace una contemplación de la “tercerización” como un mecanismo dirigido principalmente a afectar de manera ilegítima los derechos laborales o reducir de forma abusiva las condiciones de trabajo de quienes prestan servicios en el seno de las empresas contratistas. En cambio, los ordenamientos que optan por regular estas prácticas antes que por prohibirlas parecen instalarse en una visión más benigna, de acuerdo con la cual los riesgos que supone para los trabajadores su utilización no le son inherentes sino que se derivan de un uso torticero de las mismas frente al cual es preciso articular garantías.

Es más, el tipo de garantías introducido permite poner de manifiesto cuáles son a juicio del legislador esos riesgos. El hecho de que todos los sistemas se articulen en torno a la responsabilidad solidaria a la principal por las obligaciones de sus contratistas conlleva la admisión implícita de que el problema más relevante o, en todo caso, acucioso que plantea la subcontratación o tercerización es uno de garantía del cumplimiento efectivo de dichas obligaciones por tales sujetos. Y no, por tanto, de calidad del empleo así generado y degradación de sus condiciones. O de utilización potencial de la misma para debilitar la efectividad de los derechos individuales y colectivos. Esta orientación se proyecta con especial transparencia tratándose de los

tres ordenamientos que condicionan la emergencia de la solidaridad a la no comprobación de ese cumplimiento por parte de los contratistas, convirtiéndola en subsidiaria o eliminándola en caso contrario.

III. EL ENFOQUE PATOLÓGICO: LA SUBCONTRATACIÓN COMO ACTIVIDAD PROHIBIDA

La subcontratación de actividades productivas encuentra prohibida, como se ha anticipado, únicamente en los casos de Ecuador y Venezuela. Ecuador adoptó inicialmente esta decisión a través del Mandato Constituyente núm. 8, cuyo contenido sería ratificado más tarde, con algún matiz, por el artículo 327 de la actual Constitución de este país. La razón de esta drástica decisión aparece expresada con claridad y transparencia en la parte considerativa de la primera de las dichas normas, en la que se indica que la “tercerización” constituye una forma “extraña” y “precaria” de trabajo que “es imperativo suprimir y prohibir” en la medida en que a través de ella se “vulneran los derechos del trabajador y los principios de estabilidad, de pago de remuneraciones justas, de organización sindical y contratación colectiva”. La minoración de los salarios y condiciones de trabajo, así como la reducción de la virtualidad de los derechos colectivos, no son considerados, de tal modo, como potenciales consecuencias adversas del recurso a este mecanismo, sino como efectos ineludiblemente unidos a él. Y desprovistos además de cualquier fundamento. La subcontratación se convierte, así, en un puro instrumento para afectar injustificadamente los derechos de los trabajadores, que ha de ser suprimido en aras de su efectivo respeto.

El legislador venezolano, por su parte, ha adoptado una decisión de semejante cariz a través del artículo 48 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. También en este caso, el fundamento de la prohibición se encuentra en una contemplación profundamente negativa de la funcionalidad de la figura. El acento aparece puesto aquí en su potencial empleo para “desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral”. De hecho, tomando una parte por el todo, el artículo 47 de la citada ley define la “tercerización” como “la simulación o fraude” cometido por patronos con alguno de los propósitos recién aludidos. En tanto que el artículo 48 de la misma declara incluida dentro de ese concepto, tanto la subcontratación de actividades productivas *strictu sensu*, siempre que sea utilizada para la realización en las instalaciones de la empresa principal de actividades permanentes sin las cuales la ejecución del proceso productivo de la empresa principal se vería afectada o interrumpida, como el recurso a intermediarios, empresas interpuestas, contratos simulados o cualquier otro mecanismo guiado por semejante propósito evasivo o fraudulento. Supuestos, todos ellos, en los que los trabajadores afectados deberán incorporarse “a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal”, conforme a lo previsto por la parte final del referido precepto, dada su finalidad defraudatoria.

Con todo, según se ha anticipado, en los dos casos la prohibición no alcanza a toda clase de externalizaciones. En el caso de Ecuador, la misma atañe solo a las que afecten a “las actividades propias y habituales de la empresa”, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 327 de la Constitución de este país. Quedan de tal modo excluidas de ellas todas las que tengan por objeto tareas que no reúnan los dos requisitos recién referidos. En particular, de acuerdo con el Mandato Constituyente núm. 8, la prestación de las “actividades complementarias” de “vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza” (artículo 4), el empleo de “servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, entre otros” (Segunda Disposición General), y la contratación de “empresas de servicios técnicos especializados” por “empresas del sector estratégico público” (Primera Disposición General). Ahora bien, sólo para las “tercerizaciones” lícitas que afecten a “actividades complementarias”, el artículo 4 del aludido mandato introduce como garantía la “responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se presta el servicio”, añadiendo que los trabajadores que desarrollen estas actividades “participarán proporcionalmente del porcentaje legal de la utilidades líquidas de las empresas usuarias”.

Tratándose de Venezuela, la ley considera incursas en la prohibición, de acuerdo con lo que se dejó apuntado, las externalizaciones que cumplan de forma cumulativa dos condiciones: desarrollarse con carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad contratante y estar relacionadas de forma directa con el proceso productivo de esta última, de forma que sin su ejecución se afectarían o interrumpirían sus operaciones. Por el contrario, el artículo 49 de la misma atribuye la condición lícita de “contratistas” –y no de “intermediarios” o “tercerizadores”– a los empresarios que, se entiende que sin reunir las referidas condiciones, ejecuten obras o presten servicios “con sus propios elementos o recursos propios” y con personal “bajo su dependencia”. En este último supuesto, que configura el espacio de válido de actuación de la subcontratación, el precepto prevé también, al igual que en el caso del Ecuador, la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra o el servicio, pero únicamente cuando una u otro puedan ser considerados “inherentes” respecto de la actividad a la que este se dedica, por participar de “la misma naturaleza” de esta, o “conexos”, al encontrarse “en relación íntima” y producirse “con ocasión de ella”.

No puede ponerse en duda que, con sistemas como los descritos, se suprime *ab radice* la posibilidad de que este mecanismo pueda ser utilizado en clave degradatoria de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores. Si no con carácter general ya que ambos reconocen excepciones, al menos respecto de los supuestos incluidos dentro de la prohibición. Que por lo demás coinciden con buena parte, aunque no todas, las situaciones en las que este riesgo es capaz de materializarse.

Este resultado se consigue, de todas formas, a costa de introducir una muy importante limitación en la libertad de organización empresarial, cuya compatibilidad con los principios que la reconocen, en muchos casos de alcance constitucional, ha de ser analizada cuidadosamente antes de replicarla en otros ordenamientos. De allí precisamente que no pueda ser considerada extravagante la decisión del constituyente ecuatoriano de pronunciarse, expresamente y por partida doble, sobre esta cuestión. A este primer inconveniente hay que añadirle, no obstante, desde otra perspectiva, la renuncia que de tal modo se hace al potencial efecto benéfico que este tipo de operaciones son capaces de reportar cuando responden a necesidades técnicas o razones organizativas y no a propósitos espurios como los denunciados por el constituyente ecuatoriano o el legislador venezolano. Que esto es así parecen reconocerlo incluso los propios autores de las normas examinadas. No otra explicación tiene que el hecho de que, en el caso del Ecuador, seguramente pensando en sector de hidrocarburos, de importancia capital para la economía del país, la propia norma autorice a las que denomina “empresas públicas de carácter estratégico” a contratar “los servicios técnicos especializados que requieran”, sin incluir aquí la exigencia de que estos sean “ajenos” a sus “actividades propias y habituales”. Y también que el legislador venezolano, a despecho de contundencia de sus afirmaciones de partida, haya terminado por rodear la prohibición de un conjunto de condiciones que limitan su virtualidad.

IV. EL ENFOQUE FISIOLÓGICO: LA SUBCONTRATACIÓN COMO ACTIVIDAD REGULADA

Las normas de los países que parten de admitir la licitud del encargo a terceros de actividades integradas en procesos productivos de mayor dimensión parten de definir los negocios incluidos en su ámbito de aplicación, tanto a los efectos de distinguirlos de aquellos que implican una pura provisión de personal como de fijar cuáles son aquellos, de entre todos los del género, a los que se aplica el sistema de garantías diseñado a continuación.

A estos efectos, lo habitual es la noción de subcontratación o tercerización, como con carácter alternativo se inclinan por denominar al supuesto regulado las normas de estos países, aparece vinculada a la realización por un tercero, en virtud de un acuerdo contractual, de una obra, un servicio o una actividad especializada, la cual deberá ser ejecutada con autonomía, asumiendo todos los riesgos y con disposición de una organización y recursos propios, así como de personal a él subordinado. Pionera es, desde esta perspectiva, la referencia del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, introducida en 1950 y todavía vigente, a la contratación de “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. Más sencillas, aunque igualmente expresivas, son las definiciones aportadas por la legislación chilena (artículo 183-A del Código del Trabajo) y uruguayo (artículo 1 de la Ley 18.251), que se conforman con señalar, de forma coincidente, que existe subcontratación cuando un empresario, “en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores a su servicio”.

Emblemática por su exhaustividad resulta, por su parte, la definición aportada en el caso del Perú por el artículo 2 de la Ley 29.245, de acuerdo con el cual “se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores se encuentren bajo su exclusiva subordinación”. Es más, en este caso el precepto se ocupa de ofrecer también una lista de “elementos característicos” de esta clase de actividades, dirigida a facilitar su distinción de los supuestos en que existe una “desnaturalización” de la tercerización, de acuerdo con la terminología acuñada por la propia ley, entre los que se incluye, “entre otros”, “la pluralidad de clientes”, que la empresa tercerizadora “cuente con equipamiento propio”, “la inversión de capital y la retribución por obra o servicio”.

Finalmente, preocupaciones distintas, más vinculadas con la ampliación del espacio de utilización de este mecanismo, parecen inspirar la noción aportada por el legislador brasileño (artículo 4-A de la Ley 6.019, reformado por las Leyes 13.429 y 13.467). De acuerdo con esta, ha de considerarse “prestación de servicios a terceros” a los efectos previstos por esta norma la “transferencia efectuada por la empresa contratante de la ejecución de cualquiera de sus actividades, incluyendo su actividad principal, a una personal de derecho privado prestadora de servicios que tenga capacidad económica compatible con su ejecución”. El interés por dejar bien a las claras que el espacio de lo “externalizable” comprende toda clase de actividades, y entre ellas las que pueden ser consideradas “nucleares” para la empresa que realiza el encargo, poniendo así fin mediante un pronunciamiento legislativo expreso a un debate que viene produciéndose de forma recurrente en varios países de la región en torno a esta cuestión, se aprecia aquí con toda claridad.

Menos explícitos se muestran en cambio los legisladores a la hora de establecer las consecuencias de la falta de cumplimiento de las condiciones de existencia de un supuesto válido de subcontratación o tercerización. Solo en el caso de Chile el precepto ya citado se ocupa de añadir que si los servicios son prestados sin sujeción a los requisitos señalados “o se limitan solo a la intermediación de trabajadores”, se entenderá “que el empleador es el dueño de la obra”. Previsión que aparece recogida también por el artículo 5 de la ley peruana mediante la indicación de que los “contratos de tercerización” que incumplan los requisitos anotados e “impliquen una simple provisión de personal” determinan que “los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal”.

La coincidencia que se advierte en la definición de los rasgos que permiten distinguir la subcontratación válidamente realizadas de las fórmulas de intermediación prohibidas no se traslada al terreno, más delicado, de la determinación de los supuestos de utilización de este mecanismo a los que resultan de aplicación las garantías previstas por los distintos ordenamientos nacionales.

Un primer sistema, de evidente amplitud, es el que la vincula, de manera directa y sin más exigencias, a la realización por los contratistas de tareas que formen parte de la actividad habitual de la empresa principal. Este es el caso de Colombia y Chile, donde los artículos 34 y 183-A de sus códigos del trabajo excluyen de sus respectivos espacios de aplicación exclusivamente a las “labores extrañas a las actividades normales” del negocio del empresario principal, en el primer caso, y “las obras o servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica”, en el segundo. Y también, a pesar de las diferencias de redacción, de Uruguay, que in-

cluye a través del artículo 1 de la Ley 18.251 a las obras o servicios que “se encuentren integrados en la organización” de la empresa principal o “formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo”.

Una segunda opción, de más acotado impacto, se basa en la aplicación selectiva del sistema de garantías a cierto tipo de actividades, caracterizadas por su especial vinculación con la actividad de la empresa que realiza el encargo. Así sucede, al menos en principio, tratándose de la legislación argentina, al exigir el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo que los trabajos o servicios que se contraten o subcontraten correspondan “a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito”, ya que los tribunales han adoptado una interpretación amplia de este requisito, que ha conducido a extender su aplicación a todas las tareas que, aun no siendo técnicamente las normales y específicas del establecimiento, son inescindibles para el cumplimiento del objeto social de la empresa principal, guardan una estrecha relación con la actividad normal y específica propia de esta, resultan coadyuvantes o complementarias a ella o, aún siendo accesorias o secundarias, se encuentran integradas permanentemente en el establecimiento. Este es también el sistema vigente en Venezuela, siempre que de “contratistas” y no de “tercerizadores” se trate, ya que entonces la regulación vigente afecta solamente, como se dejó apuntado, a aquellos que realicen actividades que puedan ser consideradas, bien “inherentes” al proceso productivo de quien las encarga o bien “co-nexas” al mismo, recurriendo a una definición particularmente exigente de este último requisito.

Por último, una tercera posibilidad es aquella por la que se inclina la legislación peruana (artículos 4, 5 y 9 de la Ley 29.245), que recurre a un criterio de mera coincidencia espacial al declarar comprendidas dentro de sus previsiones las actividades que se desarrollen “en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal”. La regulación de la prestación de servicios complementarios y especializados con desplazamiento personal por una norma distinta dentro de la cual no se encuentra previsto un sistema equivalente de garantías, como es la Ley 27.626, termina restando, sin embargo, buena parte de su potencial inclusivo a esta solución.

Como es fácil de advertir, nos encontramos delante de opciones de política legislativa de consecuencias muy distintas, detrás de las cuales se sitúan valoraciones no coincidentes en torno a los alcances que ha de atribuirse a los sistemas de protección y, en particular, respecto del tipo de externalizaciones que, debido a su importancia o peligrosidad, están en condiciones de justificar con mayor claridad la atribución de responsabilidad solidaria al empresario que solicita el encargo. Debe apuntarse, en cualquier caso, que la decisión de excluir las actividades de carácter complementario respecto de las que conforman el giro de la actividad de la empresa principal, como pueden ser por ejemplo las relacionadas con la vigilancia, limpieza o mantenimiento de las instalaciones, incluso cuando respondan a necesidades habituales o permanentes de esta, conduce a situar extramuros del sistema de protección a colectivos de trabajadores que, por la debilidad de su situación y la precariedad de la posición de las empresas para las que prestan servicios, son precisamente los más necesitados de ella.

De todas formas, y a despecho de estas diferencias, los sistemas de garantías pivotan en todos los casos, según se indicó, en torno a la regulación de la responsabilidad del empresario principal por las obligaciones laborales y de Seguridad Social de los contratistas. Solo en el caso de la legislación peruana se prevén deberes adicionales vinculados con el suministro de información, al haber introducido la Ley 29245 a través de su artículos 4 y 6 una doble exigencia: a) de especificación en los contratos de trabajo del personal de las empresas contratistas, que deberán ser celebrados por tanto necesariamente por escrito, de “la actividad empresarial a ejecutar” y las “unidades productivas o ámbitos de la empresa principal” en las que tendrá lugar, y b) de información por parte de “empresa tercerizadora”, igualmente por escrito, “a los trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicio, a sus representantes, así como a las organizaciones sindicales y a los trabajadores de la empresa principal”, sobre: i) “la identidad” de esta última, incluyendo a estos efectos su denominación o razón social, su domicilio y número de identificación fiscal, ii) “las actividades que son objeto del contrato” que serán llevadas a

cabo “en el centro de trabajo o de operaciones de la misma” y iii) el “lugar donde se ejecutarán” estas. Deberes que vienen acompañados de la creación de un Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, en el que han de inscribirse todas las que pretendan desarrollar esta clase de actividades según el artículo 8 de la ley. El parentesco con el sistema diseñado por el Estatuto de los Trabajadores español luego de su reforma de 2006 es evidente y constituye una contribución importante, tanto a los efectos de garantizar la transparencia de estas operaciones como de hacer posible el control individual y colectivo de su desenvolvimiento.

La responsabilidad de la empresa principal por las obligaciones de los contratistas aparece configurada como una de carácter solidario en la gran mayoría de los países que parten de admitir la legitimidad del recurso a la subcontratación de actividades productivas. E incluso tratándose de aquellos que, como Ecuador y Venezuela, la autorizan solo en vía de excepción, en este caso solamente respecto de los supuestos de externalización admitidos. Solo Brasil se aparta de esta pauta y opta por atribuirle carácter meramente subsidiario. Ahora bien, sea uno u otro el sistema, esta responsabilidad se extiende, de manera coincidente, tanto a las obligaciones laborales como de Seguridad Social devengadas por el contratista durante la ejecución de la obra o el servicio, como apuntan las legislaciones chilena o uruguaya (artículos 183-B y 1 del Código del Trabajo y la Ley 18.099), o por “el tiempo que el trabajador estuvo desplazado” en las instalaciones de la principal, según apunta la peruana (artículo 9 de la Ley 29.245). La tendencia es aquí a no hacer excepciones y declarar comprendidas todo tipo de obligaciones pecuniarias. Entre ellas las de carácter indemnizatorio derivadas de la terminación de la relación laboral, a pesar de su naturaleza no remunerativa, según se encargan de aclarar expresamente las normas vigentes en Colombia (artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo), Argentina (artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo), y Chile (artículo 183-B del Código del Trabajo).

Paradigmático resulta aquí por su vocación onmicomprensiva el caso uruguayo, donde el artículo 7 de la Ley 18.251 se cuida de declarar expresamente que “las obligaciones laborales” garantizadas “comprenden aquellas derivadas de la relación de trabajo que surgen de las normas internacionales ratificadas, leyes, decretos, laudos o decisiones de los Consejos de Salarios, de los convenios colectivos” o “de la información que surja” de “la planilla de control de trabajo” y los “recibos de haberes salariales”. En tanto que incluye entre las “obligaciones previsionales” las “contribuciones especiales de seguridad social (patronales y personales)”, con exclusión de las multas, recargos, impuestos y demás cantidades recaudadas por los organismos de Seguridad Social.

Únicamente en el caso del Perú, lastimosamente, el Decreto Legislativo 1.038 opta por limitar a través de su artículo 3 la responsabilidad de la empresa principal a las obligaciones “establecidas por norma legal”, con exclusión de “las de origen convencional o unilateral”. Una decisión poco coherente con el respaldo que han de tener las manifestaciones del derecho a la negociación colectiva dentro de un estado social y democrático de derecho como el proclamado por la Constitución de ese país. Y además no sensible a la utilidad que pueden tener los productos de la autonomía colectiva para reequilibrar los efectos degradatorios de los salarios y las condiciones de trabajo que el recurso a estas técnicas está en condiciones de facilitar, del que se hablará luego.

Cuestión particularmente delicada, en la que tampoco existe unanimidad, es la relativa a la proyección de la responsabilidad solidaria más allá de la relación inmediata y directa entre la empresa principal y el contratista, hacia los restantes eslabones que pueden componer la cadena de subcontratación.

Un primer y más elemental sistema es el que excluye esa proyección, limitando la responsabilidad de la principal exclusivamente a las obligaciones laborales y previsionales devengadas por sus contratistas respecto de su personal. Este es el caso del Perú, a salvo de una interpretación jurisprudencial flexibilizadora que de momento no parece haberse producido, a la luz de lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 29.245, que solo la prevé respecto del “personal de la empresa tercerizadora” que sea desplazado a las instalaciones de la principal para cumplir con el encargo.

En el polo opuesto se sitúan los sistemas que prevén la responsabilidad “en cadena” de la empresa principal por las obligaciones de la totalidad de los contratistas y subcontratistas que intervienen en sus procesos de producción, sin importar si estos tienen o no una relación jurídica directa con ella. Así ocurre con claridad en el caso del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia luego de la reforma de su contenido adoptada en 1965, al disponer este que “el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable” por “las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas”. En esta línea se situaría también, a pesar del carácter menos explícito de su redacción, el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina.

Finalmente, una opción intermedia es la que prevé la configuración de la responsabilidad solidaria “por eslabones”, de forma que la empresa principal responde por las obligaciones de los contratistas y estos, a su vez, por las de sus subcontratistas, pero sin proyección de los eslabones superiores a los inferiores. Este sería el caso del Uruguay, al poderse deducir de la indicación del artículo 1 de la Ley 18.099 en el sentido de que “todo patrono o empresario que utilice subcontratistas” será “responsable de las obligaciones laborales de estos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social”, que el empresario principal debe responder por las obligaciones de esa naturaleza devengadas por las empresas a las que contrató directamente y estas últimas, por su parte, por las contraídas por aquellas de las que puedan servirse.

En esta línea parecería situarse también Chile, al establecer en párrafos sucesivos el artículo 183-B de su Código del Trabajo que la empresa principal es solidariamente responsable por las obligaciones de sus contratistas y estos de las que afecten a sus subcontratistas, añadiendo que la principal “responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas” cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad prevista por el inciso siguiente del propio precepto. Referencia, esta última, que parecería atribuir carácter subsidiario a la responsabilidad de la principal respecto de los sucesivos eslabones de la cadena de subcontratación, pero que resulta de difícil interpretación, toda vez que es en el párrafo precedente y no en el posterior donde se prevé la responsabilidad de los contratistas. En cualquier caso, y a despecho de esta distinción, la jurisprudencia de este país ha optado por considerar a la empresa principal solidariamente responsable por las obligaciones laborales y previsionales de los contratistas y subcontratistas, diluyendo la diferencia con los sistemas mencionados en segundo lugar, que son desde luego los que mayores garantías de cobro efectivo de las obligaciones laborales y de Seguridad Social pendientes de pago ofrecen.

Ahora bien, en contra de lo que pudiera pensarse, los efectos beneficiosos de la imposición de la solidaridad entre principal y contratista no se agotan en la garantía de cobro de los créditos laborales y previsionales en los casos de insolvencia de este último. En realidad, este mecanismo despliega su verdadera utilidad en dos momentos previos a la configuración de una situación de ese tipo, como son los de la selección de las empresas contratistas y el control de su actuación durante la realización del encargo, ya que su imposición constituye un claro incentivo para que las entidades que recurren a estas prácticas entren contacto con entidades serias y solventes y supervisen de forma constante el cumplimiento adecuado y oportuno de las obligaciones contraídas por estas con su personal.

Este último es un efecto que aparece claramente potenciado en los tres ordenamientos que liberan de responsabilidad a la empresa principal o la convierten en responsable subsidiaria en caso de que esta ejerza una labor de control de ese cumplimiento sobre sus contratistas.

El origen de este singular mecanismo, de origen genuinamente americano, lo encontramos en la reforma de 1998 del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina, por medio de la cual se que estableció la “responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas” respecto de sus trabajadores, precisando los documentos a través de los cuales este debería llevarse a cabo y

señalando que “el incumplimiento de alguno de los requisitos” exigidos por la norma “hará responsable solidario” al primero. Posteriormente, esta idea se trasladaría, bien que con matices y añadidos que contribuirían a perfeccionarla, a las legislaciones chilena y uruguaya a través de las Leyes 20.123 y 18.251.

En ambos casos, a diferencia de lo que ocurre en el caso argentino, donde opera como sanción, los artículos 183-B del Código del Trabajo y 1 de la Ley 18.099 parten de proclamar la condición de responsable solidaria de la empresa principal por las deudas laborales y previsionales de sus contratistas. No obstante, a continuación, y siguiendo una pauta común, el artículo 183-C del primero y los artículos 4, 5 y 6 de la Ley 18.251 proceden a configurar un muy semejante derecho de la empresa principal “a ser informada” por sus contratistas y subcontratistas “sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a estos correspondan respecto a sus trabajadores” mediante la presentación de los certificados o documentos que las mismas precisan de forma detallada, con la indicación adicional de que, cuando el obligado “no acredite oportunamente el cumplimiento” de tales obligaciones, dicho empresario “podrá retener” de las que tenga a favor del mismo “el monto correspondiente”, estando “obligado a pagar con ella” a los trabajadores o la entidad acreedora. Dichas normas añaden que “ese mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas y que el pago a los trabajadores o a la institución previsional acreedora podrá hacerse también “por subrogación”. Las regulaciones se cierran con la indicación de que cuando el empresario principal “hiciera efectivo el derecho a ser informado y el derecho de retención”, en el caso de Chile, o solo el primero, en el de Uruguay, “responderá subsidiariamente” de las obligaciones antes referidas.

Es evidente que una regulación de este tipo es capaz de actuar como un eficaz incentivo para que las empresas que recurren a estas operaciones a la hora de configurar sus procesos productivos cumplan una labor eficaz de fiscalización del cumplimiento de las obligaciones que como empleador corresponden a sus contratistas. A la vez, el derecho de retención, al que se añade la posibilidad de pago por subrogación, constituyen originales mecanismos dirigidos a hacer posible el pago de las obligaciones no satisfechas por el contratista sin tener que recurrir para ello a la mediación judicial o hacer efectiva ningún tipo de responsabilidad. La efectividad de estos sistemas puede ser, de este modo, muy superior a la de los que sancionan de manera directa e ineludible la responsabilidad solidaria de la empresa principal, pero supeditan su aplicación a la exigencia de los créditos en la vía judicial.

No está demás destacar, de todas formas, que la observación detenida de los sistemas chileno y uruguayo permite detectar entre ellos una diferencia fundamental, cuyo impacto sobre su potencial efectividad no resulta precisamente desdeñable. Esta se vincula con la naturaleza del evento desencadenante de la transformación de la responsabilidad solidaria en subsidiaria.

Mientras el Código de Trabajo de Chile requiere para ello que la principal haya ejercido de forma cumulativa los derechos a ser informada y de retención, esta última exigencia desaparece en el caso de la norma vigente en Uruguay, que supedita ese efecto exclusivamente al ejercicio del primero de tales derechos. Esto supone que, en el caso chileno, la conversión de la responsabilidad solidaria en subsidiaria sólo puede tener lugar cuando, existiendo créditos laborales o previsionales pendientes de ser satisfechos, se ha procedido a retener los montos correspondientes y abonarlos a los acreedores o se ha realizado el pago por subrogación. Supuestos en los que, en realidad, el deudor se encuentra liberado de toda responsabilidad al no existir deuda alguna pendiente.

En Uruguay, en cambio, dicha conversión operaría, al menos en principio, por el solo ejercicio del derecho de información, así la principal no haya realizado a continuación retención alguna por los créditos pendientes de pago cuya existencia pudiera deducirse del examen de la documentación recibida y, menos aún, efectuar el abono correspondiente a los trabajadores y la entidad previsional. Es importante anotar, en todo caso, que el ejercicio del derecho de información requiere para desplegar ese efecto, a la vista de la finalidad de la institución, de una actuación diligente de la empresa principal a la hora de efectuar el control, a partir de la documentación recibida, sobre el cumplimiento de sus obligaciones laborales por el contratista.

V. UNA CUESTIÓN A PESAR DE TODO PENDIENTE: EL POTENCIAL IMPACTO NEGATIVO SOBRE LAS CONDICIONES LABORALES DEL RECURSO LÍCITO A LA SUBCONTRATACIÓN

Como ha habido ocasión de destacar en las páginas precedentes, solo los sistemas ecuatoriano y venezolano buscan hacer frente de manera directa, bien que a través de prohibiciones, las consecuencias adversas que es capaz de desplegar el recurso a la subcontratación de actividades empresariales sobre la calidad del empleo, los salarios y el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores inmersos en ella. Los demás sistemas, en cambio, al centrar su intervención en el plano del reparto de responsabilidades entre principal y contratista, no suelen incluir previsiones dirigidas a imponer límites a los efectos no deseables que el recurso, en principio lícito y legítimo, a este tipo de operaciones está en condiciones de ocasionar. De esta pauta se apartan únicamente, bien que de forma discreta, los ordenamientos peruano y brasileño, este último luego de la reforma de la que ha sido objeto en 2017.

En el caso del Perú, la Ley 29.245 contiene algunas previsiones a las que subyace esta preocupación. Este es el caso, singularmente respecto de los derechos de naturaleza colectiva, de su artículo 7, apartados 3 y 4, a través del cual se dispone que 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 trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical”, añadiendo que, de ser así, los trabajadores afectados podrán interponer las correspondientes denuncias antes la Autoridad Administrativa de Trabajo o recurrir al poder judicial “para solicitar la protección de sus derechos colectivos”, incluyendo dentro de ello la posibilidad de “impugnar” las correspondientes “prácticas antisindicales” o “la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación” y obtener, de ser el caso, “su reposición en el puesto de trabajo” o “su reconocimiento como trabajador de la empresa principal”.

La introducción de mandatos como estos no es, por supuesto, ociosa. Antes bien, sirve para alertar sobre el potencial uso torticero de la subcontratación a los efectos de vulnerar los derechos que garantizan una adecuada defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, poniendo además de manifiesto la posibilidad de servirse contra él los medios de reacción previstos por el ordenamiento jurídico. No obstante, es obvio que, salvo quizá en lo relativo a la indicación expresa de que este mecanismo no puede ser utilizado para sustituir trabajadores en huelga, no añade posibilidad alguna de defensa de esos derechos que no pudiese ser deducida de la aplicación de las normas generales que dentro del ordenamiento laboral peruano ofrecen su tutela a los derechos de libertad sindical, negociación colectiva o huelga. Y, lo que es aún más relevante, tampoco permite hacer frente por sí misma al efecto debilitador —en muchos casos deliberadamente perseguido— que las estrategias de segmentación de los procesos productivos pueden tener sobre la efectividad de esos derechos, sobre todo cuando el sindicato opera en el ámbito empresarial y la negociación colectiva se desenvuelve a ese nivel, como ocurre en prácticamente todos los casos en este país. Un efecto que puede ser conseguido sin necesidad de vulnerar precepto legal alguno, mediante el simple empleo de esta técnica.

Algo muy parecido puede decirse de lo indicado por los apartados 1 y 2 del precepto recién citado. Mientras el primero garantiza a los trabajadores implicados en estos procesos que laboren con contratos de duración determinada, “iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado”, el segundo declara que los “que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal en una tercerización” disponen de “todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos por la normativa vigente”. Estas son previsiones que serían de extrema trascendencia si tuviesen como punto de referencia a la empresa principal, en cuyo ciclo productivo se integra en última instancia la actividad de estos trabajadores. No es éste el caso, ya que la norma se encarga de aclarar, siguiendo lo establecido antes por el artículo 183-D del Código del Trabajo de Chile en su parte final, que los derechos en cuestión los ostentan dichos trabajadores “respecto de su empleador”, vale decir la empresa contratista. El carácter meramente declarativo del precepto salta aquí nuevamente a la vista. Como también el hecho

de que, quíerose o no, de tal modo se deja claro que la externalización permite eludir las condiciones que la principal aplica a su personal, asegurándose prestaciones equivalentes de trabajadores “externos” con beneficios laborales distintos y, en su caso, inferiores.

Que los potenciales efectos negativos del recurso a la subcontratación, y en particular las diferencias de trato que su empleo permite, se encuentra cada vez más sobre el tapete en la región lo demuestra el hecho de que la última reforma laboral operada en Brasil, a despecho de su orientación general no volcada precisamente hacia la creación o recuperación de garantías, haya optado por introducir en el texto de la Ley 6.019 un nuevo artículo 4.C a través del cual “se garantiza a los empleados de la empresa prestadora de servicios”, mientras estos “se ejecuten en las dependencias” de que realiza el encargo, “las mismas condiciones” que los trabajadores de esta última en materia de: a) “alimentación”, cuando esta “se ofrezca en comedores”, b) utilización de “servicios de transporte”, c) “atención médica o ambulatoria”, cuando es prestada en dichas dependencias, d) “entrenamiento adecuado”, cuando la actividad lo requiera, y e) “medidas de protección a la salud y de seguridad en el trabajo” e “instalaciones adecuadas para la prestación del servicio”. Esta es una equiparación que, como salta a la vista, no afecta al núcleo de las condiciones laborales, que no tienen por qué ser similares. No obstante, el propio legislador se hace cargo de la existencia del problema y los límites de la respuesta que ofrece, al añadir que la empresa contratante y la encargada de prestar el servicio “podrán establecer, si así lo entendieran”, que los trabajadores de esta última “tendrán derecho a un salario equivalente al pagado a los empleados” de la primera. La paridad salarial aparece así recogida por vez primera dentro de las legislaciones de la región, bien que solo como una opción a disposición de la autonomía de la voluntad de los empresarios contratantes.

De lo hasta aquí apuntado se desprende que la cuestión de los efectos desfavorables del recurso no fraudulento ni ilícito a la tercerización, que fue su día fuente de los conflictos laborales y sociales que se situaron en la base de la emergencia de la tendencia a regular estos fenómenos, se encuentra todavía, a pesar de los avances realizados y de su cada vez mayor presencia en los textos normativos, pendiente de ser afrontada por la gran mayoría de los ordenamientos de la región.

Crear instrumentos que impidan, limiten o creen alguna garantía frente al potencial efecto precarizador, debilitador de los derechos colectivos y degradatorio de los salarios y las condiciones de trabajo de estas técnicas constituye una tarea extraordinariamente difícil, para la cual casi no existen referencias a nivel comparado. Sin embargo, resulta ineludible llevarla a cabo si se desea evitar que las normas e instituciones laborales sucumban al impacto demoledor que sobre ellas puede tener el cambio organizativo y productivo y puedan seguir cumpliendo en el futuro la función equilibradora y, a la vez, fomentadora de una adecuada y justa distribución de los frutos del esfuerzo económico de nuestras sociedades, que justifica su existencia.

De todas formas, en los últimos años se han venido desarrollando en algunos países interesantes iniciativas parte de los trabajadores “de contrata” de algunos sectores productivos clave, en particular extractivos y de servicios, dirigidas a reducir la distancia de sus condiciones de trabajo respecto de las que aplica la empresa principal en cuyos procesos productivos participan, basadas en la coordinación de las organizaciones representativas de los trabajadores que laboran para contratistas de una misma casa matriz y la negociación conjunta de todas o algunas de sus condiciones de trabajo contando con la participación de esta.

Un buen ejemplo lo encontramos, en el caso del Perú, en la serie de convenios colectivos de contenido similar suscritos de forma paralela en 2010 por las más importantes empresas contratistas de la Compañía de Minas Buenaventura, fruto de un proceso de negociación promovido de forma coordinada y con reivindicaciones idénticas por las organizaciones sindicales representativas de los trabajadores de cada una de esas empresas, en el cual intervino de forma indirecta y para garantizar la viabilidad de los acuerdos a los que pudiera llegarse, la referida compañía minera, el cual pudo ser abierto a partir de la realización de una serie de huelgas coordinadas que terminaron por afectar de forma relevante a las actividades de esta.

La experiencia más relevante está teniendo lugar, no obstante, en el sector minero chileno, donde desde el 2007 se ha suscrito una serie de cuatro acuerdos marco dirigidos a regular las condiciones laborales que han de aplicar las empresas contratistas de la compañía minera estatal CODELCO a sus trabajadores.

Estos acuerdos se caracterizan, antes que nada, por la riqueza de sus contenidos, que conforman una suerte de tronco común de condiciones de trabajo y beneficios laborales, dentro del cual se incluyen relevantes mejoras e incentivos de naturaleza salarial, que actúa como base para la negociación colectiva que se lleve a cabo en el seno de las empresas afectadas, a la que, por supuesto, no se contraponen. Y también por ser el fruto de negociaciones de carácter tripartito, en las que la participación de la empresa la principal al lado de las organizaciones representativas de las empresas contratistas (Asociación Gremial de Empresas para la Minería y Rubros Asociados) y de sus trabajadores (Confederación de Trabajadores del Cobre) ha resultado decisiva. Esta participación se ha reflejado en los correspondientes acuerdos marco de manera distinta a lo largo del tiempo. Inicialmente mediante la presencia de CODELCO como una de las entidades suscriptoras y a la vez garante de su cumplimiento, recurriendo para ello a un mecanismo singular, como es el de asumir el compromiso de incluir en las bases de licitación de los contratos que tenga previsto celebrar en el futuro condiciones vinculadas con la aplicación y el respeto de sus contenidos. Y con posterioridad, en los acuerdos celebrados en 2009, 2011 y 2013, todos de carácter bilateral, a través de intervención como entidad facilitadora de su celebración y, nuevamente, garante de su cumplimiento, mediante el impulso de una mesa permanente de trabajo integrada por las organizaciones firmantes y el desarrollo de una labor continuada de “verificación y fiscalización del íntegro cumplimiento del pago de remuneraciones y beneficios establecidos por las empresas contratistas en sus respectivas ofertas económicas”, según se lee en el último de ellos.

Esta experiencia se ha replicado en el sector privado de la minería chilena a través del “acuerdo marco ramal” suscrito en 2014 por la Confederación de Trabajadores del Cobre y las empresas contratistas de faenas operadas por la empresa AngloAmerican, dentro del cual se incluye una serie de beneficios laborales comunes aplicables al personal de esas empresas, a la vez que se cuenta con la participación de la empresa principal también como entidad facilitadora y garante de su cumplimiento mediante la introducción de estipulaciones ad hoc en los pliegos de futuras licitaciones.

Estas iniciativas se suman a la presencia, bien que por el momento no frecuente, de convenios colectivos y acuerdos de consejos de salarios que en Argentina y Uruguay regulan condiciones laborales comunes para los trabajadores de las empresas contratistas y los ocupados por la empresa principal o prevén la equiparación de las retribuciones de ambos. Paradigmático de lo primero resulta, en el caso argentino, el convenio del Complejo Oleaginoso Agroexportador (COPA), dentro del cual operan empresas dedicadas a diversas actividades, por medio del cual se fija un salario mínimo aplicable a todos los trabajadores que dentro de él prestan servicios. Mientras que son expresión de lo segundo, tratándose del Uruguay, decisiones de consejos de salarios como los correspondientes a los capítulos de “molino de café y té” del sector alimentario y “compañías aéreas extranjeras” del de transporte, en el primero de los cuales se puede leer que “la remuneración del trabajo empleado a través de empresas mercerizadas afectado a la línea de producción, no será inferior a la remuneración existente para tareas iguales realizadas por el personal permanente de las empresas del sector”.

Allanar los obstáculos formales que se oponen a esta clase de iniciativas en algunos sistemas nacionales, en particular en lo relativo a la conformación de organizaciones transversales representativas de los trabajadores de las empresas contratistas y la adopción de acuerdos colectivos de nivel supraempresarial, ofreciendo además respaldo normativo a los instrumentos colectivos atípicos a los que esta peculiar praxis negociadora “a tres bandas” es capaz de dar lugar, legitimándola e incluso fomentando su utilización, podría ser una buena forma de empezar a recorrer, desde el fortalecimiento de la autonomía colectiva, tan venida a menos en la región

luego del proceso de socavamiento de sus fundamentos llevado a cabo en los años noventa, este camino sin el cual los esfuerzos desplegados a nivel legislativo para hacer frente a los desafíos planteados por la generalización del recurso a la subcontratación o tercerización de actividades productivas no estarán en condiciones de alcanzar de forma plena los objetivos que inspiraron su puesta en marcha.