

Algunas Consideraciones sobre la Contratación Laboral

Carlos Cornejo Vargas*

La contratación laboral en nuestro país no es una tarea sencilla, ya que cuando llega la hora de incorporar a un nuevo trabajador en la empresa, el gerente de personal o la persona encargada de esa labor tendrá que sopesar entre los distintos mecanismos de contratación laboral regulados en nuestra legislación para tomar una decisión. Para esto, deberá saber, en primer lugar, para qué tipo de actividad es requerido el trabajador, así como otros importantes factores que le ayudarán a determinar el mecanismo ideal de contratación para el puesto. En esa misma línea, el autor del presente artículo nos ilustra dándonos una guía muy completa sobre los mecanismos de contratación de personal, tomando como punto de partida los tipos de actividades que pueden desarrollarse al interior de una empresa, sean estas principales o complementarias, permanentes o temporales.

I. Introducción

Uno de los grandes temas de las relaciones individuales de trabajo es, sin ninguna duda, el de la contratación de personal, no sólo por ser el primer evento relevante de la relación laboral, sino porque de la forma cómo se contrate dependerán los demás eventos relevantes de la citada relación.

Ciertamente, no es lo mismo contratar de manera directa, que de manera indirecta, no es lo mismo contratar a tiempo completo que a tiempo parcial, no es lo mismo celebrar un contrato de trabajo que un convenio formativo, etc.

La forma en que se da inicio a la prestación de servicios condiciona la forma en que se organizan los períodos de trabajo y de descanso, el monto de las remuneraciones a pagar, los beneficios que corresponde reconocer, la forma de extinguir la relación laboral, etc. Luego, es innegable la trascendencia de la contratación laboral.

Los mecanismos de contratación laboral pueden ser clasificados en: (i) mecanismos de contratación directa; (ii) mecanismos de contratación indirecta; y (iii) mecanismos de contratación no laboral, los cuales tienen ámbitos de aplicación específicos, características propias y una regulación exclusiva.

En el presente artículo intentaremos hacer una revisión general de los distintos mecanismos de contratación de personal regulados por nuestra legislación laboral, destacando los aciertos y desaciertos de su regulación.

A tal efecto, resulta de singular importancia hacer referencia de manera previa a las distintas actividades que en cualquier organización empresarial se puede ejecutar, pues a partir de ello -como se explicará más

adelante- será posible identificar cuál o cuáles son los mecanismos de contratación de personal a los que es posible recurrir.

II. Tipos de Actividades

Como ya fue adelantado, el punto de partida para estudiar los distintos mecanismos de contratación de personal es la referencia y revisión de los distintos tipos de labores que pueden ejecutarse al interior de una organización empresarial, las mismas que pueden ser clasificadas en función de dos (2) criterios: naturaleza y duración.

Por su naturaleza las actividades pueden ser principales o complementarias.

Son actividades principales las que corresponde al giro del negocio, esto es, al "core business", las cuales están siempre señaladas en el Estatuto de la empresa bajo la denominación de objeto social.

El artículo 1º del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2002-TR, y modificado por el Decreto Supremo N° 008-2007-TR, establece que "(...) Constituye actividad principal (...) aquella que es consustancial al giro del negocio. Son actividades principales las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa (...)".

De la lectura de la disposición transcrita se advierte que estamos ante una definición amplia e inclusiva de actividad principal, pues se alcanza a las actividades

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la universidad ESAN y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

de organización y administración y a todas aquellas cuya inexecución afectaría y/o interrumpiría el normal funcionamiento de la empresa.

Así pues, para una clínica será actividad principal brindar servicios de atención y asistencia a la salud; para un hotel será actividad principal brindar servicios de alojamiento; para una empresa de transporte de pasajeros será actividad principal el desplazamiento de personas de un lugar a otro; para un estudio contable será actividad principal brindar servicios de asesoría y soporte contable, etc.

Luego, es necesario afirmar con carácter absoluto -y sin temor de incurrir en error- que todas las organizaciones empresariales tienen una actividad principal. No es posible la existencia de una empresa que no tenga una actividad principal. Más aun, es también necesario afirmar con absoluta convicción que normalmente una empresa tendrá más de una actividad principal.

Ciertamente, una empresa que se dedica a la fabricación de pernos, tendrá por actividad principal la actividad propiamente de fabricación de pernos, como también la de comercialización de los pernos (pues no va a fabricarlos para conservarlos en un almacén); y la de soporte administrativo, esta última, que es indispensable y transversal a la ejecución de cualquier actividad empresarial.

Por su parte, son actividades complementarias aquellas que resultan accesorias y auxiliares a la actividad principal de una organización empresarial y que, por ende, no están vinculadas al giro del negocio u objeto social de la empresa.

El artículo 1º del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral antes mencionado establece que "(...) *Constituye actividad complementaria (...) aquella que es de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tales como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza. La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal (...)*" (el subrayado es nuestro).

De la disposición transcrita se advierte claramente que la ejecución de las actividades complementarias es absolutamente prescindible, pues su inexecución no debe afectar ni interrumpir la realización de las actividades principales; caso contrario, estaríamos ante otra actividad principal.

Por su duración las actividades pueden ser permanentes o temporales.

Son actividades permanentes aquellas cuyo requerimiento es constante o cotidiano en la organización empresarial. No existe definición de actividad permanente en nuestra legislación laboral vigente, empero, es posible afirmar que son todas aquellas actividades cuya ejecución será necesaria mientras la organización empresarial se encuentre en operación.

Por ejemplo, en una empresa de generación y distribución eléctrica será actividad permanente la que resulte necesaria para generar y distribuir energía eléctrica; la misma que además de ser permanente se ejecuta de manera ininterrumpida, de lo contrario algunas zonas, distritos o incluso ciudades podrían quedar sin suministro eléctrico, lo que afectaría la vida en sociedad.

Son actividades temporales aquellas cuyo requerimiento es eventual u ocasional en la empresa. Tampoco existe definición de actividad temporal en nuestra legislación, sin embargo, es posible afirmar que se trata de aquellas cuya ejecución se requiere durante un período de tiempo determinado o determinable.

Será "determinado" cuando se conoce exactamente la fecha de inicio y de término de la necesidad temporal de servicios; por ejemplo, cuando un trabajador disfruta de su descanso vacacional, en cuyo caso se sabe desde cuándo y hasta cuándo se habrá generado una vacante temporal en la empresa. Del mismo, cuando una trabajadora hace uso de su descanso pre y post natal, se conoce desde cuándo se ausentará la trabajadora y cuándo se reincorporará al servicio, lo que permite temporalizar la existencia de una vacante laboral.

Por su parte, será "determinable" cuando se conoce el momento de inicio de la necesidad temporal de servicios, pero no se conoce -exactamente- el momento de término de la citada necesidad; lo que sucede, por ejemplo, cuando un trabajador sufre un accidente de tránsito y se incapacita para el trabajo, pues en tal caso se sabe desde cuándo el trabajador estará impedido de prestar servicios, pero no se sabe hasta cuándo durará el citado impedimento. En tal caso, la extinción de la necesidad temporal de servicios se producirá cuando el trabajador accidentado esté listo y apto para la prestación de servicios para la que fue contratado.

En suma, la necesidad temporal de servicios será "determinable" cuando exista un dato objetivo que permita identificar la extinción de la citada necesidad de servicios, lo que en el ejemplo propuesto sucede cuando el trabajador recibe el alta médica para volver al servicio activo.

Ahora bien, de la combinación de los distintos tipos de actividades que se han identificado es posible obtener las siguientes opciones:

- (i) **Labores principales y permanentes:**
Son aquellas que están directamente vinculadas con el giro del negocio y cuyo requerimiento es constante en la empresa. Por ejemplo, en una panadería las labores de transformación del trigo en pan.
- (ii) **Labores principales y temporales:**
Son aquellas que están directamente vinculadas con el giro del negocio y cuyo requerimiento es solamente eventual en la empresa. Por ejemplo, la cobertura de determinados puestos de trabajo por suplencia u ocasionalidad.

(iii) Labores complementarias y permanentes:

Son aquellas que están indirectamente vinculadas con el giro del negocio y cuyo requerimiento es constante en el centro de trabajo. Por ejemplo, las labores de almacenamiento de bienes en una aerolínea.

(iv) Labores complementarias y temporales:

Son aquellas que están indirectamente vinculadas con el giro del negocio y cuyo requerimiento es eventual en la empresa. Por ejemplo, las labores de mantenimiento de ciertos equipos (que se llevan a cabo sólo algunos días al año).

¿Y cuál es la relevancia y/o importancia de haber clasificado y combinado las distintas actividades que se pueden ejecutar al interior de una empresa?

Además de permitir a un empresario identificar su “core business” -lo que le ofrece la alternativa de decidir concentrarse exclusivamente en el mismo y de externalizar todas las demás actividades, realizar la clasificación y combinación antes mencionada-, es de singular importancia porque permite identificar los ámbitos específicos de aplicación de cada uno de los distintos mecanismos de contratación de personal -y de servicios- regulados por nuestra legislación laboral vigente¹.

III. Mecanismos de Contratación Laboral

De lo hasta ahora dicho, resulta que nuestra legislación laboral regula una serie de mecanismos de contratación de personal, los que se han clasificado en: (i) mecanismos de contratación directa, (ii) mecanismos de contratación indirecta y (iii) mecanismos de contratación no laboral, según el siguiente detalle:

(i) Mecanismos de contratación directa

- A plazo indefinido
- A plazo fijo
- A tiempo parcial

(ii) Mecanismos de contratación indirecta

- Intermediación laboral
- Tercerización de servicios
- Encargo integral a un tercero de actividad complementaria

(iii) Mecanismos de contratación no laboral

- Modalidades formativas
- Contratación civil

Conviene precisar que la contratación civil es un mecanismo genérico de contratación de personal, aunque absolutamente irregular para contratar la prestación de servicios en un régimen de subordinación o dependencia. Se hace referencia al mismo con fines absoluta y exclusivamente didácticos, y no porque se le considere una alternativa válida de contratación laboral.

A continuación, nos referiremos específicamente a cada uno de los mecanismos de contratación de personal precedentemente enunciados.

IV. Contrato de Trabajo

En términos absolutamente genéricos, el contrato de trabajo es un acto jurídico que, como lo dispone el artículo 140° de nuestro Código Civil, es una manifestación de voluntad destinada a crear y regular una relación jurídica; y que para su validez requiere de agente capaz, de objeto físico y jurídicamente posible, de fin lícito y de la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

En términos específicos, el contrato de trabajo es “un convenio mediante el cual una persona física (el trabajador) se obliga a poner a disposición y, consecuentemente, subordinar su propia y personal energía trabajo (su actividad) a la voluntad y fines de otra, física o jurídica (el empleador) a cambio de una remuneración”².

De la definición transcrita es posible identificar los tres (3) elementos esenciales de un contrato de trabajo, esto es: la prestación personal de servicios, la remuneración y la subordinación. La prestación personal de servicios, como su nombre lo indica, implica que nadie salvo el trabajador puede ejecutar el servicio contratado, lo que determina que el servicio que debe prestar un trabajador sea “personalísimo”. La remuneración es la contraprestación que corresponde percibir al trabajador por haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del empleador, que puede pagarse en efectivo o en especie, que es de libre disposición y que puede pagarse por unidad de tiempo o unidad de obra. Por su parte, la subordinación es un “(...) vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor del trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla (...)”³. La claridad de esta última afirmación nos libera de la necesidad de realizar comentarios adicionales.

Como bien apunta Neves Mujica, destacado laboralista peruano. “(...) los elementos esenciales, no pueden faltar en un contrato de trabajo y nos permiten distinguirlo de otro de naturaleza civil o mercantil (...)”⁴.

Siguiendo al mismo autor, es preciso destacar que -de manera adicional a los elementos esenciales- la doctrina laboral identifica a otros elementos de presencia frecuente aunque no indispensable que permiten diferenciar los distintos tipos de contratos de trabajo que existen. Los llamados elementos típicos, que permiten tener mayor certeza sobre la existencia de un vínculo laboral, especialmente en supuestos de oscuridad, y que permitirán en algunos casos la titularidad de todos los derechos laborales regulados por nuestra legislación vigente⁵.

1 Será necesario incluir a la legislación civil, que regula al contrato de locación de servicios.
 2 Sanguinetti Raymond, Wilfredo. *El Contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y el Derecho del Trabajo*. Cultural Cuzco Editores. Lima, 1988. Pág. 117.
 3 Neves Mujica, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Ara Editores. Lima, 1997. Pág. 36.
 4 Véase Neves Mujica, Javier. Ob. Cit. Pág. 44.
 5 El papel que los elementos típicos desempeñan, pues, es el de servir como indicios de laboralidad de una relación o como requisitos para el disfrute de determinados derechos. En virtud de su primera función, pueden contribuir a calificar una relación como laboral, cuando alguno de los elementos esenciales (en especial, la subordinación) no está plenamente acreditado. Gracias a la segunda, la percepción de ciertos beneficios puede estar supeditada al cumplimiento de determinado elemento típico. Véase, Neves Mujica, Javier. Ob. Cit. Pág. 44.

Los citados elementos típicos son cuatro (4): la duración indefinida de la relación laboral, la prestación de servicios a tiempo completo, la prestación de servicios para un único empleador y la prestación de servicios en el centro del trabajo del empleador. De acuerdo con lo anterior, estaremos ante una relación “típica” de trabajo cuando se verifique la existencia de todos los elementos típicos señalados, y estaremos ante una relación de trabajo “atípica” cuando falte uno o más de los citados elementos.

Adicionalmente, es preciso apuntar que la doctrina española⁶ ha identificado siete (7) características del contrato de trabajo, las cuales a saber son las siguientes:

- (i) Bilateral, porque vincula a dos (2) partes: el empleador y el trabajador.
- (ii) De prestaciones recíprocas, porque las prestaciones de cada una de las partes son interdependientes, pues cada prestación actúa como presupuesto necesario de su recíproca.
- (iii) Oneroso, porque genera obligaciones de contenido patrimonial para cada una de las partes.
- (iv) Conmutativo, porque debe existir equivalencia entre las prestaciones de las partes.
- (v) Consensual, porque queda perfeccionado por el consentimiento de las partes.
- (vi) De ejecución continuada, porque las prestaciones de las partes se ejecutan sin interrupción en el tiempo.
- (vii) Normado, porque está regulado por la legislación estatal y eventualmente por la colectiva.

Finalmente, habría que agregar que en algunos casos el contrato de trabajo además se caracterizará por ser un contrato formal, cuando esté sujeto al cumplimiento de determinadas formalidades, como por ejemplo, la escrita; o de ciertos requisitos, como por ejemplo, la presentación ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) dentro de un plazo específico.

Complementando lo anterior, es preciso apuntar que nuestra legislación laboral vigente no contiene definición del contrato de trabajo. Nuestra legislación se ha limitado a presumir la existencia de un contrato de trabajo de duración indefinida cuando se verifiquen los elementos esenciales antes mencionados.

Ciertamente, el artículo 4º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), establece que *“En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)”*.

Luego, es claro que nuestra legislación omite definir al contrato de trabajo, lo que genera un vacío que podría ser atendido con la promulgación de la Ley General del Trabajo, texto normativo que a la fecha viene siendo trabajado por una Comisión de Expertos designados por el MTPE.

V. Contratos de Trabajo de Duración Indefinida

Como se indicara líneas atrás, la clasificación y combinación de las distintas actividades que pueden ejecutarse en una organización empresarial es importante porque permite identificar los ámbitos específicos de aplicación de cada uno de los distintos mecanismos de contratación regulados por nuestra legislación laboral vigente, de los cuales el primero es la contratación laboral directa a plazo indefinido.

¿Cuál es el ámbito de aplicación de los contratos de trabajo de duración indefinida?

Los contratos de trabajo de duración indefinida se deben utilizar para atender necesidades de servicios correspondientes a actividades principales y permanentes.

En términos genéricos podría afirmarse que los contratos de trabajo de duración indefinida permiten atender también las necesidades de servicios correspondientes a actividades complementarias y permanentes; sin embargo, creemos que la tendencia actual está llevando a las empresas a concentrarse en sus actividades principales, externalizando todas aquellas que sean accesorias, auxiliares y periféricas a la actividad principal. En efecto, hoy por hoy las actividades complementarias o se intermedian o se tercerizan.

Incluso podría afirmarse que los contratos de trabajo de duración indefinida pueden celebrarse para atender cualquier tipo de necesidad de servicios, incluyendo a las temporales; empero, ello es absolutamente ineficiente, pues cuando se extinga la necesidad temporal de servicios la empresa que haya contratado personal contará con personal estable del que no podrá prescindir salvo por causa justa señalada en Ley. Lo que es más grave aún, si se tiene en cuenta que en nuestro país por mandato del Tribunal Constitucional (TC) existe un régimen de estabilidad laboral “absoluta”, según el cual la única forma de reparar el daño generado por un despido arbitrario es con la reposición en el trabajo. De ahí la importancia de contratar personal de la manera más eficiente posible.

Complementando lo anterior, cabe apuntar que la celebración de un contrato de trabajo de duración indefinida no está sujeta a ningún tipo de formalidad, toda vez que puede celebrarse de manera verbal. Por la misma razón no existe ninguna obligación de poner en conocimiento del MTPE el citado contrato de trabajo.

No obstante lo anterior, sí será conveniente celebrar por escrito un contrato de trabajo de duración indefinida cuando las partes acuerden obligaciones o derechos especiales del trabajador; como, por ejemplo, un deber de confidencialidad o de permanencia, o el pago de un bono por cumplimiento de objetivos. Si no existiera un acuerdo expreso y escrito sobre el particular será muy complicado para quien exige el cumplimiento de la obligación o reclama el otorgamiento de un derecho acreditar la existencia de la obligación o del derecho, según corresponda.

⁶ Véase Manuel Alonso García. *Curso de Derecho del Trabajo*. Sexta Edición. Editorial Ariel. Madrid, 1980. Págs. 282 y 283.

En términos generales, se trata de un mecanismo de contratación de personal que puede ser implementado de manera fácil y sencilla.

VI. Contratos de Trabajo a Plazo Fijo o Temporales

¿Cuál es el ámbito de aplicación de los contratos de trabajo temporales?

Los contratos de trabajo a plazo fijo o temporales se deben utilizar para atender necesidades de servicios correspondientes a actividades principales y temporales. Los contratos de trabajo temporales no pueden ser celebrados para atender necesidades de servicios que para la empresa sean permanentes, sin que sea relevante si son principales o complementarias.

La única excepción a la afirmación anterior, son los contratos de trabajo por inicio de nueva actividad⁷ y de reconversión empresarial⁸, los cuales permiten la celebración de contratos temporales para la atención de actividades que además de permanentes son principales. La excepción bajo comentario tiene origen legal y no es posible comentarla en detalle pues ello excede los alcances del presente documento.

La regla general es que la celebración de un contrato de trabajo temporal exige siempre la existencia de una causa objetiva que acredite la temporalidad del servicio que se requiere contratar. Y es que los contratos de trabajo temporales responden o deben responder al principio de causalidad, el cual no busca sino garantizar que el vínculo laboral dure tanto como la fuente que le dio origen.

El principio de causalidad, se afirma, “(...) se caracteriza por establecer una clara preferencia por los contratos de trabajo por tiempo indefinido (que crean una relación estable o duradera entre las partes) sobre los de duración determinada (que establecen entre ellas una vinculación meramente eventual o transitoria). Esta preferencia se instrumenta adoptando en sustitución de la voluntad de los contratantes criterios objetivos para la fijación de la duración que ha de tener la relación. Conforme a ellos, lo que ha de determinar la opción por uno u otro de ambos tipos contractuales no son las preferencias de las partes, sino la naturaleza permanente o temporal del trabajo objeto de la relación

*contractual. Ello supone que sólo podrá recurrirse a los contratos de duración determinada cuando la labor a desarrollar sea de alcance limitado en el tiempo. En caso contrario, deberá celebrarse un contrato por tiempo indefinido (...)*⁹ (el subrayado es nuestro). La claridad del texto transcrito nos libera de efectuar comentarios adicionales.

Luego, en cualquier caso será necesario analizar el tipo de labor que se desea atender para determinar si el servicio es temporal y solo en ese caso identificar la modalidad contractual a la que se puede o debe acudir. Y es que no basta con afirmar la contratación temporal, además es necesario acreditar la necesidad de recurrir a tal modalidad de contratación.

En ese sentido, el artículo 53° de la LPCL establece que “Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar (...)”.

Luego, como bien apunta Sanguineti¹⁰, es claro que nuestra legislación exige a la contratación temporal el respeto del principio de causalidad, valiéndose para ello de una cláusula general capaz de adaptarse con mayor flexibilidad a las circunstancias de cada caso concreto.

Nuestra legislación laboral vigente regula nueve (9) tipos de contratos de trabajo temporales, los cuales están mencionados en los artículos 54°, 55° y 56° de la LPCL¹¹. Los alcances del presente trabajo impiden hacer referencia detallada a cada una de las modalidades de contratación temporal.

Los contratos temporales -a diferencia de los contratos de duración indefinida- están sujetos al cumplimiento de ciertas formalidades, pues deben ser celebrados por escrito en tres (3) ejemplares, consignándose de manera expresa su duración, las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral, para luego ser presentados ante el MTPE en el plazo de quince (15) días naturales contados desde la fecha de su celebración.

Los contratos temporales pueden tener una duración máxima de cinco (5) años, aunque algunas de las

7 El artículo 57° de la LPCL establece que “El contrato temporal por inicio de una nueva actividad es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres años. Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa”.

8 El artículo 59° de la LPCL establece que “Es contrato temporal por reconversión empresarial el celebrado en virtud de la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos. Su duración máxima es de dos años”.

9 Sanguineti Raymond, Wilfredo. *Los contratos de trabajo de duración determinada*. Ara Editores. Lima, 1999. Págs. 20 y 21.

10 *Ibid.* Pág. 22.

11 El artículo 54° de la LPCL establece que “Son contratos de naturaleza temporal:
a) El contrato por inicio o lanzamiento de una nueva actividad;
b) El contrato por necesidades del mercado;
c) El contrato por reconversión empresarial”.

El artículo 55° de la LPCL establece que “Son contratos de naturaleza accidental:
a) El contrato ocasional;
b) El contrato de suplencia;
c) El contrato de emergencia”.

El artículo 56° de la LPCL establece que “Son contratos de obra o servicio:
a) El contrato específico;
b) El contrato intermitente;
c) El contrato de temporada”.

modalidades reguladas tienen plazos menores, como por ejemplo, la que corresponde al inicio o incremento de actividad que no puede durar más de tres (3) años, o la que corresponde a la reconversión empresarial que no puede durar más de dos (2) años, o la que corresponde al contrato ocasional que no puede durar más de seis (6) meses en un (1) año.

“(…) es preciso mencionar que -a la fecha- la utilización de contratos de trabajo temporales es intensa y abusiva, pues las estadísticas revelan que sólo un 25% del total de trabajadores del sector privado estarían contratados a plazo indefinido.”

¿Y cuál es el riesgo de celebrar contratos de trabajo temporales para atender necesidades laborales permanentes? Antes de responder a la interrogante planteada es preciso mencionar que -a la fecha- la utilización de contratos de trabajo temporales es intensa y abusiva, pues las estadísticas revelan que sólo un 25% del total de trabajadores del sector privado estarían contratados a plazo indefinido.

Refiriéndonos al riesgo planteado, debe apuntarse que el riesgo histórico ha sido la desnaturalización de los contratos celebrados¹², esto es, la conversión de los mismos en contratos de trabajo de duración indefinida; la misma que hasta hace unos pocos años sólo podía ser declarada por el Poder Judicial, lo que obligaba a litigar varios años, realizar una inversión de dinero, y sufrir el desgaste y agobio que se generan por ser parte de un proceso judicial. En ese contexto, eran muy pocos los trabajadores que decidían cuestionar la naturaleza temporal de sus contratos de trabajo o sus desvinculaciones por el vencimiento del plazo del contrato de trabajo celebrado.

En la actualidad ya no es necesario acudir a la autoridad jurisdiccional para cuestionar la celebración de un contrato de trabajo temporal fraudulento, pues es posible también hacerlo ante el MTPE, el que a través de la Inspección de Trabajo puede requerir a un empleador que convierta contratos de trabajo temporales en contratos de trabajo de duración indefinida.

A ello cabe agregar que el TC ha establecido con carácter vinculante que el cese de los trabajadores

temporales contratados de manera fraudulenta encubre un despido arbitrario, que sólo puede ser sancionado y reparado con la reposición del trabajador, o con el pago de la indemnización por despido arbitrario si es que el demandante opta por ella en la etapa de ejecución de sentencia.

Finalmente, cabe apuntar que desde el 30 de octubre del año 2006¹³, la celebración de contratos de trabajo temporales fraudulentos es una infracción laboral “muy grave”, la misma que en caso de ser detectada por el MTPE, puede ser sancionada con la imposición de una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Luego, es claro que la celebración fraudulenta de contratos de trabajo temporales está expuesta a una serie de riesgos, todos de contenido económico, que obligan a recurrir a la contratación temporal observando el principio de causalidad que ya ha sido explicado.

En términos generales, cabe indicar que se trata de un mecanismo de contratación laboral flexible, pues existen nueve (9) tipos de contratos temporales, varios de ellos desvirtuados¹⁴, aunque a la vez rígido, pues sólo permite atender necesidades de servicios temporales (los que la Ley señala como temporales) y nunca permanentes.

VII. Contratos de Trabajo a Tiempo Parcial

¿Cuál es el ámbito de aplicación de los contratos de trabajo a tiempo parcial?

Para responder a la interrogante planteada es necesario, previamente, definir al contrato de trabajo a tiempo parcial apuntando que la doctrina nacional señala que es aquel “(…) que, en oposición al contrato de trabajo a tiempo completo, presenta una jornada de trabajo reducida, es decir, menor a la jornada habitual u ordinaria establecida en el centro de trabajo o, en su defecto, menor a las 8 horas diarias y 48 semanales (...)”¹⁵.

En efecto, como su nombre lo indica, el contrato de trabajo a tiempo parcial es aquel que no se ejecuta a tiempo completo; sin embargo, afirmar que es aquel que se ejecuta en una jornada reducida resulta demasiado vago, impreciso y genérico, sobre todo, si luego se agrega que es el que se ejecuta en una jornada laboral menor a la máxima permitida por la Ley.

Complementando lo anterior, hay quienes afirman que el contrato de trabajo a tiempo parcial es aquel que se ejecuta con “(…) una prestación regular o permanente de servicios, pero con una dedicación sensiblemente inferior a la jornada ordinaria de trabajo (...)”¹⁶; lo que

12 El artículo 77° de la LPCL establece que “Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:

a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido;

b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación;

c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando;

d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley”.

13 El 30 de octubre del año 2006 entró en vigencia el Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo, norma que contiene el nuevo listado de infracciones laborales (actualmente vigente), en el cual se incluyó por primera vez como infracción laboral “muy grave” la contratación temporal fraudulenta.

14 Los contratos de trabajo temporales “desvirtuados” son aquellos a los que se reconoce como temporales solo porque la Ley así lo establece, y no porque estén diseñados para atender necesidades de servicios temporales.

15 Arce Ortiz, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo. Desafíos y deficiencias*. Palestra Editores. Lima, 2008. Pág. 301.

16 Toyama Miyagusuku, Jorge. *Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica. Lima, 2008. Pág. 62.

en mi opinión personal resulta ser más exacto que la afirmación anterior, pues el contrato de trabajo a tiempo parcial es aquel que se ejecuta en una jornada laboral sensiblemente menor a la jornada a tiempo completo, la que normalmente coincide con la jornada máxima legal o está muy cerca de ella.

Empero, para perfilar al contrato de trabajo a tiempo parcial en términos legales, la última de las definiciones propuestas tampoco es suficiente, pues le falta precisión. El problema no se resuelve fácilmente recurriendo a lo establecido en la legislación laboral vigente, pues siendo coherente con la ausencia de una definición del contrato de trabajo, tampoco existe una definición del contrato de trabajo a tiempo parcial. Lo que existe en nuestra legislación es una referencia al citado contrato en función de la duración de la jornada diaria en promedio semanal, lo que para algunos (entre los cuales me incluyo) peca por defecto. Sin embargo, no es este el espacio para revisar el citado vacío, pues el objeto del presente documento es revisar con vocación absolutamente pragmática las distintas alternativas de contratación laboral reguladas por nuestra legislación.

Dicho esto, es necesario apuntar que tras señalarse en el artículo 4º de la LPCL que es posible la celebración por escrito de contratos de trabajo a tiempo parcial sin limitación alguna, el artículo 11º del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, precisa que *“Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor”*, lo que de manera imperfecta establece que el trabajo a tiempo parcial es aquel que se ejecuta en una jornada laboral menor a las cuatro (4) horas diarias.

Lo anterior queda confirmado con lo establecido en el artículo 12º del mismo texto normativo, el cual dispone que *“Se considera cumplido el requisito de cuatro (4) horas en los casos en que la jornada semanal del trabajador dividida entre seis (6) o cinco (5) días, según corresponda, resulte en promedio no menor de cuatro (4) horas diarias”*.

Luego, resulta que -en términos legales- el contrato de trabajo a tiempo parcial es aquel que se ejecuta en una jornada que no supera las cuatro (4) horas diarias en promedio semanal; lo que implica que se deba trabajar menos de veinte (20) o de veinticuatro (24) horas semanales, según corresponda al número de días de labor semanal.

Ahora bien, respondiendo a la interrogante planteada precedentemente cabe apuntar que los contratos de trabajo a tiempo parcial se pueden celebrar para atender cualquier tipo de necesidad de servicios, sean estos principales, complementarios, permanentes, temporales o resultado de cualquiera de las combinaciones posibles.

Lo anterior determina que el contrato de trabajo a tiempo parcial sea total y absolutamente flexible

y versátil, pues permite atender cualquier tipo de necesidad de servicios. La razón es simple y sencilla: el trabajo a tiempo parcial no genera protección contra el despido arbitrario, pues para ello es necesario cumplir una jornada laboral no menor a las cuatro (4) horas diarias.

La celebración de contratos de trabajo a tiempo parcial -exactamente como en el caso de los temporales- obliga al cumplimiento de ciertas formalidades, pues deben ser acordados por escrito en tres (3) ejemplares, para luego ser presentados ante el MTPE en el plazo de quince (15) días naturales contados desde la fecha de su celebración.

Otra de las ventajas de celebrar contratos de trabajo a tiempo parcial es que generan menor costo laboral, pues los trabajadores contratados a tiempo parcial solo son titulares de un catálogo reducido de derechos laborales. Ya dijimos que no tienen derecho a estabilidad laboral, y habría que agregar que tampoco tienen derecho a compensación por tiempo de servicios, pues para ello también es necesario cumplir una jornada laboral de por lo menos cuatro (4) horas diarias. Los trabajadores a tiempo parcial solo tienen derecho a gratificaciones legales, participación en las utilidades y descanso vacacional, aunque reducido.

En términos generales, se trata de un mecanismo de contratación laboral interesante y conveniente por ser versátil y barato, pues como ya ha quedado dicho permite atender las necesidades de servicios generadas por cualquier tipo de actividad empresarial a bajo costo laboral.

VIII. Intermediación Laboral

¿Cuál es el ámbito de aplicación de la intermediación laboral?

Como en el caso anterior, antes de responder la interrogante planteada es necesario revisar el concepto de intermediación laboral, para lo cual es necesario recurrir a la doctrina.

En ese sentido, cabe apuntar que Alfredo Villavicencio, renombrado laboralista peruano, sostiene que la intermediación laboral es aquella *“(...) relación jurídica mediante la cual un empleador, destaca trabajadores a otra empresa para que presten sus servicios bajo las órdenes de esta última, rompiéndose así con la tradicional relación jurídica directa entre quien presta y quien recibe un servicio subordinado y dependiente (...)”*¹⁷.

De lo anterior se advierte claramente que la intermediación laboral -como su mismo nombre lo sugiere- es un esquema de contratación triangular, en el que intervienen un trabajador al que se denomina destacado, y dos (2) empresas, a las que se denominan usuaria y de servicios; situación que revela además, la existencia de dos (2) empleadores y de un desdoblamiento del poder de dirección del empleador.

17 Villavicencio Ríos, Alfredo. *La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: el caso de la intermediación*. En Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Organización Internacional del Trabajo (OIT). Lima, 2000. Pág. 87.

Complementando lo anterior, cabe apuntar que el mismo Alfredo Villavicencio precisa que la intermediación laboral revela la existencia "(...) de dos empleadores, uno formal y otro real, sin que exista una relación laboral entre el empleador real y el trabajador. Se rompe con la tradicional relación jurídica directa entre quien presta y quien recibe un servicio subordinado y dependiente, a partir de la presencia de un tercer actor que se configura como empleador desde el punto de vista formal de unos trabajadores que son destacados a otra empresa para prestar servicios bajo las órdenes de esta última (...)">¹⁸.

Para entender claramente el desdoblamiento del poder de dirección, es necesario recordar que el citado poder tiene tres (3) manifestaciones: la de dirigir, la de controlar y la de sancionar.

Entonces, hay desdoblamiento del citado poder porque las facultades de dirigir y de controlar se trasladan a la empresa usuaria, la que -por tanto- puede señalar qué hacer, cómo hacer, dónde hacer y cuándo hacer, así como controlar que todas las instrucciones dadas efectivamente se cumplan; mientras que la empresa de servicios únicamente conserva para sí la facultad de imponer sanciones, cuando reciba de parte de la empresa usuaria algún requerimiento en ese sentido.

Adicionalmente, considero necesario señalar que cuando se recurre a la intermediación laboral lo que se contrata es simple y sencillamente provisión de personal o de mano de obra, con algunas limitaciones que se mencionarán a continuación.

Dicho esto, corresponde señalar que la intermediación laboral permite atender ciertas necesidades de servicios, aquellas que correspondan a servicios temporales, complementarios o especializados. Puntualmente, cabe apuntar que los servicios temporales son aquellos que podrían ser atendidos de manera directa mediante la celebración de un contrato temporal de suplencia u ocasional¹⁹; que los complementarios son aquellos que están desvinculados de la actividad principal y cuya inejecución no interrumpe la actividad empresarial; y que los especializados, como los complementarios, siendo auxiliares y no vinculados a la actividad principal exigen un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados.

Por expreso mandato legal contenido en el artículo 3º de la Ley 27626, Ley de Intermediación Laboral, no es posible intermediar labores ordinarias y permanentes, esto es, "actividades principales".

Un aspecto interesante y destacable de este mecanismo de contratación indirecta, es el límite cuantitativo, el mismo que está contenido en el artículo 6º de la Ley de Intermediación Laboral, el cual establece que la intermediación de servicios temporales no podrá exceder el 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria, lo que incluye al personal estable, temporal y a tiempo parcial. La misma disposición precisa que el citado límite no se

aplica a los servicios complementarios o especializados siempre que la empresa de servicios asuma plena autonomía técnica y la responsabilidad por el desarrollo de sus actividades, es decir, cuando se comporte como una verdadera empresa de tercerización de servicios.

Sin entrar en detalles, es necesario apuntar que lo establecido en el citado artículo 6º de la Ley de Intermediación Laboral, revela que nuestra legislación confunde los conceptos de intermediación laboral y tercerización de servicios, lo que ya sido advertido y denunciado.

En efecto, Alfredo Villavicencio afirma que "(...) la contratación de servicios complementarios y especializados se encuadra dentro del fenómeno de tercerización o descentralización productiva y no dentro de la intermediación laboral"²⁰.

No obstante el defectuoso tratamiento legislativo, debe apuntarse que la intermediación laboral es un mecanismo de contratación laboral absolutamente necesario que permite atender necesidades de servicios temporales, complementarios y especializados. Destacando su carácter absolutamente necesario piénsese en lo absurdo que resultaría que el personal de limpieza, de seguridad, de mensajería externa, entre otros, debiera ser contratado de manera directa por la empresa usuaria.

Ello implicaría legislar contra la historia y contra las formas modernas de organización empresarial que cada vez más se concentran en su actividad principal y externalizan las actividades complementarias e incluso las principales que no son distintivas, como se explicará más adelante.

Ojala que la anunciada Ley General del Trabajo, la misma que a la fecha (como ya se adelantó líneas atrás) viene siendo revisada por una Comisión de Expertos, no elimine la intermediación laboral, sino que la mantenga; y, en todo caso, refuerce la actividad de control del MTPE, pues los excesos que en efecto se han cometido han sido generados en buena parte por una ausencia total y absoluta de fiscalización laboral.

En términos generales, sólo queda por apuntar que la intermediación laboral es un mecanismo de contratación laboral indirecto absolutamente necesario que no debería ser eliminado.

IX. Tercerización de Servicios

¿Cuál es el ámbito de aplicación de la tercerización de servicios?

Como en los dos casos anteriores, antes de responder la interrogante planteada es necesario revisar el concepto de tercerización de servicios, para lo cual también es necesario recurrir a la doctrina.

Así pues, cabe señalar que en 1980 la doctrina española ya afirmaba que la tercerización de servicios es una

¹⁸ Villavicencio Ríos, Alfredo. *La intermediación laboral peruana. Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico*. En, Ius et Veritas N° 29, Revista editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica. Lima, 2004. Pág. 146.

¹⁹ Obsérvese que el concepto de temporalidad para la intermediación laboral es bastante más reducido que para el régimen general de contratación temporal.

²⁰ *Ibid.* Pág. 143.

"(...) forma de organización de la actividad empresarial, en virtud de la cual una empresa -que denominaremos empresa principal- decide no realizar directamente ciertas actividades, optando por desplazarlas a otras empresas o personas individuales -a quien llamaremos empresas auxiliares- con quienes establece a tal efecto contratos de variado tipo, civiles o mercantiles"²¹.

"(...) la tercerización de servicios es un mecanismo de contratación laboral que sólo permite atender la ejecución de actividades principales, de modo tal que según nuestra legislación las actividades complementarias son absolutamente ajenas a la tercerización de servicios."

A su turno, nuestra legislación laboral vigente y específicamente el artículo 1º del Reglamento de la Ley de Tercerización de Servicios, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, dejando de lado la mala costumbre de no definir los mecanismos de contratación laboral, propone una definición de tercerización señalando que *"(...) es una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma"*²² (el subrayado es nuestro).

De la comparación de ambas definiciones se advierte una única coincidencia y dos diferencias destacables. La única coincidencia es que la tercerización de servicios es una forma de organización empresarial. Entre las diferencias podemos mencionar, en primer lugar, que para la definición teórica es posible tercerizar cualquier tipo de actividad empresarial pues no existe limitación alguna sobre el particular; mientras que para la definición legal solo es posible tercerizar la actividad principal.

La segunda diferencia es que para la definición teórica la tercerización de servicios no es un mecanismo exclusivo de vinculación de empresas, pues es posible vincular también a personas naturales; mientras que para la definición legal la tercerización de servicios es un mecanismo que sólo puede vincular a empresas y no a personas naturales.

Son pues, claras, las diferencias entre la tercerización de servicios que ha sido regulada en nuestro medio y la que ha sido desarrollada por la teoría.

Dicho esto, corresponde responder la interrogante planteada precisando que la tercerización de servicios es

un mecanismo de contratación laboral que sólo permite atender la ejecución de actividades principales, de modo tal que según nuestra legislación las actividades complementarias son absolutamente ajenas a la tercerización de servicios.

Las actividades complementarias, como ya se había explicado, deben ser atendidas recurriéndose a la intermediación laboral, mecanismo de contratación que supone y exige el desdoblamiento del poder de dirección del empleador; aunque -como también hemos señalado y explicado-, en la intermediación de servicios complementarios y especializados la legislación vigente permite a las empresas de servicios comportarse como verdaderas empresas tercerizadoras.

Hubiera sido deseable que la tercerización de servicios permitiera externalizar cualquier tipo de actividad empresarial, principal o complementaria; máxime si, en los hechos, muchas empresas contrataban la prestación integral y autónoma de servicios complementarios.

Complementando lo anterior, es necesario señalar que nuestra legislación laboral vigente no sólo exige el encargo de actividades principales, sino que además exige a la empresa tercerizadora el desplazamiento permanente y continuo de personal al local de la empresa principal o cliente; caso contrario se estará fuera del ámbito de aplicación de la Ley 29245, Ley de Tercerización de Servicios, lo que tiene por única consecuencia liberar a la empresa principal de responder solidariamente por el pago de remuneraciones y beneficios sociales -de origen legal- frente al incumplimiento de la empresa tercerizadora.

Ahora bien, si como ha quedado dicho la tercerización de servicios sólo permite encargar a un tercero actividades principales, ¿cómo distinguir aquellas actividades que serán ejecutadas por la propia empresa de aquellas otras que serán encargadas a un tercero? Otra forma de plantear el mismo tema es preguntarnos ¿qué tipo de actividades son las que pueden externalizarse? o ¿qué tipo de actividades son las que no pueden o no deben externalizarse?

Para responder a tales interrogantes es necesario no perder de vista que la tercerización de servicios es una forma de organización empresarial que autoriza encargar a terceras empresas la ejecución de ciertos labores; y que permite a una empresa concentrarse en la ejecución de sus actividades principales y, además, distintivas, esto es, en aquellas en cuya ejecución se genera valor y se logran importantes ventajas competitivas.

En este sentido, resulta de singular importancia determinar qué se entiende y cómo identificar a las "actividades distintivas".

Respecto de lo primero, se señala que son "actividades distintivas" las que siendo ordinarias y permanentes, además, corresponden a la actividades principales de la empresa o a su "core business".

21 Rodríguez Piñero, Miguel. *Interposición y trabajo en contratas a través de la Jurisprudencia*. En Estudios en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón. Madrid, 1980. Pág. 69.
22 Es absolutamente cuestionable que la norma reglamentaria haya definido la tercerización de servicios, cercenando su ámbito de aplicación, para reducirlo única y exclusivamente a las actividades principales. Y es que la Ley de Tercerización de Servicios no hace ninguna exclusión, lo que en su momento llevó a entender que era posible tercerizar tanto la actividad principal como la complementaria.

Respecto de lo segundo, cabe mencionar que la doctrina más especializada²³ considera que son características de las “actividades distintivas” las siguientes:

- (i) Son un conjunto de habilidades y conocimientos, no productos y funciones;
- (ii) son flexibles, de largo plazo y adaptables a las nuevas condiciones;
- (iii) son limitadas en número;
- (iv) son fuentes únicas de manejo en la cadena de valor;
- (v) son áreas de dominio exclusivo de la organización;
- (vi) son importantes para los consumidores en el largo plazo; y
- (vii) son parte constitutiva de los sistemas de organización.

A modo de resumen, es posible afirmar que la tercerización de servicios ofrece la ventaja de permitirle a una empresa el concentrarse en sus actividades distintivas, y la posibilidad de encargar a “terceros” la ejecución de todas las demás actividades, lo que estratégica y no tácticamente lleva a una empresa a la especialización y, por ende, a ser más competitiva.

Adicionalmente, es necesario destacar que la tercerización de servicios es una forma de organización que permite a las empresas encontrar el tamaño ideal para poder empezar a crecer o para seguir creciendo, y para encontrar al mejor y más barato socio estratégico; por lo que, sin duda, es también un mecanismo para lograr la mayor rentabilidad posible.

En términos generales, debe apuntarse que la tercerización de servicios -como la intermediación laboral- es un mecanismo de contratación laboral indirecta absolutamente necesario en la hora actual; que, sin embargo, exige una modificación para ampliar su ámbito de aplicación y permitir la tercerización de actividades complementarias.

X. Encargo Integral a un Tercero de Actividad Complementaria

¿Cuál es el ámbito de aplicación del encargo integral a un tercero de actividad complementaria?

Antes de responder la interrogante anterior, es necesario plantear y responder otras interrogantes, entre ellas las siguientes: ¿En qué consiste el encargo integral a un tercero de actividad complementaria? ¿Es un mecanismo de contratación laboral realmente necesario? ¿Qué norma lo regula? ¿Es un mecanismo que aporta claridad sobre el tema?

La necesidad de crear y regular esta nueva figura de contratación laboral indirecta tiene origen en la opción de nuestra legislación de permitir solo la tercerización de actividades principales; o, mejor dicho, en la “mal” entendida opción de nuestra legislación de permitir sólo la tercerización de actividades principales. Y es que seguramente se asumió que como solo era posible tercerizar la actividad principal, era necesario crear y regular un mecanismo que permitiera -también- la tercerización de actividades complementarias.

Sin embargo, al tomarse tal decisión no se advirtió que las actividades complementarias eran y son intermediables y que las mismas podían ser prestadas por una empresa de servicios (o entidad intermediadora) asumiendo plena autonomía técnica y la responsabilidad por el desarrollo de las actividades ejecutadas, es decir, como una verdadera empresa de tercerización de servicios.

En suma, la decisión tomada por el MTPE al crear el encargo integral a un tercero de una actividad complementaria fue -en mi opinión- una decisión errada y absolutamente equivocada; pues reitero que no era necesario, porque no aporta claridad, porque no tiene regulación especial y porque perjudica a los trabajadores de la empresa contratada para prestar el servicio.

Desarrollando las últimas afirmaciones es preciso señalar que la tercerización de actividad complementaria no tiene una norma especial, por lo que debe regularse por el Código Civil; y, en estrecha relación con lo anterior, al no existir norma especial para definir si en tal caso existe responsabilidad solidaria es preciso acudir a lo establecido en el artículo 1183° del citado cuerpo normativo, el cual dispone que la responsabilidad solidaria sólo se establece por ley o por acuerdo de partes.

Ya hemos dicho que en el presente caso no existe ley especial, por lo que siendo absolutamente improbable que la empresa cliente acepte responder solidariamente frente a los incumplimientos de su empresa proveedora de servicios complementarios, es claro que los trabajadores de esta última no tendrán a quien recurrir en caso de que no cobren sus remuneraciones y/o beneficios laborales.

Dicho esto, corresponde responder la interrogante inicial y afirmar que el encargo integral a un tercero de actividad complementaria permite, en forma pura y simple, la tercerización de una actividad complementaria; lo que -como ya ha sido señalado- era absolutamente innecesario, pues ya existía (y aún existe) el mecanismo de la intermediación laboral de servicios complementarios, el mismo que en su ejecución permite asumir plena autonomía técnica y la responsabilidad por el desarrollo de las actividades realizadas.

Luego, sólo queda por señalar el deseo y la expectativa de que esta figura de contratación laboral indirecta sea eliminada, pues literalmente no “sirve para nada”; salvo que se mal utilice como instrumento para burlar derechos laborales, dada la ausencia de responsabilidad solidaria que ha sido explicada.

XI. Convenios de Modalidades Formativas Laborales

¿Cuál es el ámbito de aplicación de los convenios formativos laborales?

Como en varios de los casos anteriores, debemos revisar previamente el concepto de convenios de modalidades formativas, para lo cual es necesario recurrir a lo establecido en la legislación laboral vigente y en la doctrina.

23 Véase Schneider, Ben. *Outsourcing, La herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios*. Grupo Editorial Norma. Lima, 2004. Págs. 58 a 65.

A diferencia de lo que sucede casi en todos los casos hasta ahora revisados, la legislación laboral vigente sí define a los convenios formativos laborales.

Ciertamente, el artículo 1º de la Ley 28518, Ley de Modalidades Formativas Laborales, establece que *“Las modalidades formativas son tipos especiales de convenios que relacionan el aprendizaje teórico y práctico mediante el desempeño de tareas programadas de capacitación y formación profesional”*.

Complementando lo anterior, el artículo 3º del mismo texto normativo precisa que *“Las modalidades formativas no están sujetas a la normatividad laboral vigente, sino a la específica que la presente (norma) contiene”*.

De la lectura concordada de las disposiciones transcritas se advierte que para nuestra legislación laboral los convenios formativos son acuerdos especiales que intentan brindar capacitación y que -por opción legislativa- no generan una relación de trabajo.

Desarrollando esta última afirmación es preciso apuntar que en los convenios formativos se aprecian los tres (3) elementos esenciales del contrato de trabajo, pues existe una prestación personal (*personalísima*) de servicios, existe el pago de un suma de dinero periódica como contraprestación por el servicio prestado, y existe subordinación pues los beneficiarios de los convenios formativos deben cumplir con las disposiciones, instrucciones y pautas que imparta la empresa en su condición genérica de capacitador. Entiendo que la razón por la cual nuestra legislación opta por negar carácter laboral a los convenios formativos es justamente por el carácter formativo de los mismos, lo que sin dejar de ser polémico, presenta cierta dosis de razonabilidad que es necesario reconocer.

No obstante lo anterior, hay quienes sin desconocer el carácter formativo de estos convenios especiales, critican la decisión legislativa de haber excluido a los convenios de la aplicación de la legislación laboral vigente y de negarles el carácter de contratos de trabajo que -se afirma- les corresponde por derecho propio.

Específicamente, cabe apuntar que Elmer Arce, laboralista peruano, sostiene que en los convenios formativos *“(...) no se puede negar el carácter personal que siempre tendrá el beneficiario ni tampoco se puede negar la dependencia jurídica a la que está sometido en las modalidades formativas. Sobre todo en lo que se refiere a este último elemento de laboralidad, el de la subordinación, hay que tener presente que el empresario es en última instancia quien dirige la ejecución del programa de actividades del beneficiario dentro de la empresa.*

*No es por casualidad que el artículo 41 de la Ley 28518, referido a las obligaciones de las personas en formación, señala que el beneficiario debe observar las normas y reglamentos que rijan el centro de trabajo (...)”*²⁴. De la revisión de la afirmación previa es claro que quien la formula no está de acuerdo con la regulación dada por nuestra legislación a los convenios formativos, lo que es indudable si se tiene en cuenta que la misma persona afirma que *“(...) La flexibilidad no puede servir de ‘manto’ para deslaborizar relaciones jurídicas que tienen un margen importante de fin productivo (...)”*²⁵.

De acuerdo con lo anterior, para algunos los convenios formativos son un mecanismo de precarización del empleo, que en nada contribuye a reducir el desempleo y la alarmante tasa de subempleo (por ingresos y por horas) que existe en nuestro país.

Sin embargo, considero que también es posible leer la regulación de los convenios formativos laborales de manera distinta, y reconocer aspectos positivos en la misma; pues también es un dato objetivo que la citada regulación está orientada a facilitar el acceso al mercado de trabajo a aquellos grupos laborales que mayores dificultades enfrentan para conseguir un puesto de trabajo: los jóvenes menores de veinticinco (25) años y los adultos mayores de cuarenta y cinco (45) años.

Adicionalmente, se espera que el MTPE cumpla con sus obligaciones y ejecute acciones para controlar el correcto uso de los convenios formativos, para de ese modo evitar que encubran verdaderas relaciones de trabajo.

Ahora bien, respondiendo la interrogante planteada al inicio del presente numeral cabe apuntar que los convenios formativos pueden ser utilizados para colaborar con la ejecución de todas labores que pueden ejecutarse al interior de una empresa, siempre que se genere el espacio regular para la celebración de un convenio formativo. Y es que los beneficiarios de estos convenios pueden desenvolverse en las áreas de gestión administrativa, de producción, de mantenimiento, etc.; lo que confirma que son también un mecanismo de contratación laboral (no laboral para ser exactos) versátil y flexible que sólo exige preservar la cuota formativa de los beneficiarios que se contraten.

Complementando lo anterior, debe mencionarse que nuestra legislación regula cinco (5) tipos de convenios formativos²⁶ y que la celebración de los mismos está sujeta al cumplimiento de ciertas formalidades, pues deben ser celebrados por escrito en tres (3) ejemplares, para luego ser presentados ante el MTPE en el plazo de quince (15) días naturales contados desde la fecha

24 Arce Ortiz, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo. Desafíos y deficiencias*. Palestra Editores S.A.C. Lima, 2008. Págs. 243 y 244.

25 Ibid. Pág. 246.

26 El artículo 2º de la Ley 28518, Ley de Modalidades Formativas Laborales, establece que *“Las modalidades formativas son:*

1. Del aprendizaje:

a. Con predominio en la Empresa.

b. Con predominio en el Centro de Formación Profesional:

b.1 Prácticas Preprofesionales.

2. Práctica Profesional.

3. De la Capacitación Laboral Juvenil.

4. De la Pasantía:

a. De la Pasantía en la Empresa.

b. De la Pasantía de Docentes y Catedráticos.

5. De la actualización para la Reinserción Laboral”.

de su celebración. Adicionalmente, algunos de los convenios exigirán la presentación de Planes Generales y Específicos de Capacitación y Formación.

Para cerrar este tema, debe apuntarse que los convenios formativos permiten captar mano de obra calificada (mediante los convenios de práctica profesional y de actualización para la reinserción laboral) y no calificada (mediante los convenios de aprendizaje y capacitación laboral juvenil) a costo reducido, pues al no ser parte de una relación de trabajo, los beneficiarios de los citados convenios además de la subvención económica mensual y de la cobertura de un seguro contra accidentes y enfermedades, sólo tienen derecho a media subvención mensual cada seis (6) meses de vigencia de convenio, y a quince (15) días de descanso subvencionado cada doce (12) meses de vigencia del convenio. En ningún caso se ha previsto el pago trunco de los beneficios mencionados.

En términos generales, se trata de un mecanismo de contratación no laboral que correctamente utilizado puede ser aprovechado por el sector empresarial para capacitar personal calificado y no calificado con la intención de facilitarle el ingreso al mercado laboral, especialmente a aquellos grupos que mayores dificultades enfrentan para conseguir un puesto de trabajo.

XII. Contratos de Locación de Servicios

¿Cuál es el ámbito de aplicación de los contratos de locación de servicios?

Para no crear una regla distinta hacia el final del presente artículo, antes de responder a la interrogante planteada será necesario revisar el concepto del contrato de locación de servicios, para lo cual será necesario recurrir al Código Civil y a la doctrina. No es posible recurrir a la legislación laboral, pues el contrato bajo comentario está fuera del ámbito del Derecho del Trabajo.

El artículo 1764° del Código Civil establece que *“Por el contrato de locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”*.

De la lectura de la disposición transcrita se advierte que el contrato de locación de servicios es aquel que permite la contratación de servicios personales en un régimen de autonomía y no de subordinación; lo que normalmente implicará que el locador no estará obligado a concurrir al local del comitente, no estará obligado a observar una jornada y un horario para la prestación de servicios, etc.

Adicionalmente, es preciso mencionar que el artículo 1766° del Código Civil establece que *“El locador debe prestar personalmente el servicio, pero puede valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos si la colaboración de otros está permitida por el contrato o por los usos y no es incompatible con la naturaleza de la prestación”*.

Lo establecido en la disposición transcrita confirma que si bien es cierto la prestación personal de servicios es un elemento esencial del contrato de locación de servicios, no es menos cierto que no se trata de una prestación personalísima de servicios, pues se admite como válida la colaboración de terceras personas, lo que confirma las diferencias que existen entre los contratos de trabajo y los de locación de servicios.

A su turno, la doctrina señala que bajo la cuestionable denominación de “locación de servicios” el Código Civil incluye un *“(…) contrato destinado a la tipificación y regulación de la ‘prestación autónoma de servicios’, el cual ha sido diseñado como un ‘tipo amplio’, susceptible de abarcar a toda clase de prestaciones de servicios, con tal que ellas puedan ser consideradas como ‘no subordinadas’ (...)”*²⁷.

Complementando lo anterior, cabe señalar que la doctrina propone que el contrato de locación de servicios tiene tres (3) elementos esenciales: la prestación personal de servicios, la retribución y la autonomía.

Ahora bien, respondiendo la interrogante planteada es necesario señalar que los contratos de locación de servicios no tienen espacio cuando se trata de la contratación para la atención de actividades principales, sean permanentes o temporales, e incluso de actividades complementarias.

No obstante lo anterior, quizás sería posible reconocerle al citado contrato un espacio muy reducido cuando se trate de la contratación de actividades complementarias y además temporales; por ejemplo, cuando en una fábrica de procesamiento de harina de pescado se requiere ejecutar un mantenimiento preventivo de los calderos, en cuyo caso, en lugar de contratar a una empresa que se encargue de realizar el citado mantenimiento, se contrata a cinco (5) profesionales y técnicos especializados en la materia mediante la celebración de sendos contratos de locación de servicios. La polémica está abierta.

Para ir terminando es necesario señalar que, lamentablemente, la recurrencia al contrato de locación de servicios en nuestro medio es alta y casi cotidiana, debido principalmente al alto costo laboral existente en el Perú y, en menor medida, al desconocimiento de la legislación laboral y al simple ánimo de vulnerar la citada legislación.

Siendo específicos debe apuntarse que la contratación de un trabajador, en términos generales, genera un costo cercano al 50% del valor de la remuneración mensual, mientras que el costo que genera la contratación de un locador es igual a 0%, pues no es necesario incurrir en ningún gasto adicional al importe de la retribución mensual. La diferencia es evidente, además de atractiva.

Lo anterior se explica porque existe personal que ejecuta la actividad principal y permanente, incluso en cargos de dirección y de confianza, contratados mediante la

27 Sanguinetti Raymond, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo*. Cultural Cuzco Editores. Lima, 1988. Págs. 433 y 434.

celebración de contratos de locación de servicios, los que en muchos casos son incluso verbales.

La situación descrita es absolutamente irregular y altamente contingente, pues desde que existe la obligación de presentar ante la SUNAT la planilla electrónica, el riesgo de que se detecte a los locadores se ha incrementado de manera más que significativa, lo que revelaría la comisión de varias infracciones laborales que pueden ser sancionadas con la imposición de sendas multas que pueden llegar al monto máximo de treinta (30) UIT.

A partir de ello, la recomendación es simple y sencilla: erradicar la práctica de contratar locadores para la atención de actividades principales.

XIII. Apreciaciones Finales

En función de las consideraciones expuestas resulta necesario destacar los temas que se señalan a continuación:

- (i) La relevancia y/o importancia de clasificar y combinar las distintas actividades que se pueden ejecutar al interior de una organización empresarial consiste en permitir identificar los ámbitos específicos de aplicación de cada uno de los distintos mecanismos de contratación de personal regulados por nuestra legislación laboral vigente.
- (ii) La contratación temporal es un mecanismo de contratación laboral flexible, pues regula nueve (9) tipos de contratos temporales, varios de ellos desvirtuados, aunque a la vez rígidos, pues sólo permite atender necesidades de servicios temporales (los señalados como tales por la Ley) y nunca permanentes.
- (iii) La contratación a tiempo parcial es un mecanismo de contratación laboral interesante y conveniente por versátil y barato, toda vez que permite atender las necesidades de servicios generadas por cualquier tipo de actividad empresarial a bajo costo laboral.

- (iv) La intermediación laboral es un mecanismo de contratación laboral absolutamente necesario que permite atender necesidades de servicios temporales, complementarios y especializados; y que, por tanto, no debe ser eliminado.
- (v) La tercerización de servicios es un mecanismo de contratación laboral indirecta absolutamente necesario en la hora actual; el cual, sin embargo, exige una modificación para ampliar su ámbito de aplicación y permitir la tercerización de actividades complementarias.
- (vi) Los convenios formativos laborales son un mecanismo de contratación no laboral que correctamente utilizado puede ser aprovechado por el sector empresarial para capacitar personal calificado y no calificado con la intención de facilitarle el ingreso al mercado laboral, especialmente a aquellos grupos que mayores dificultades enfrentan para conseguir un puesto de trabajo.
- (vii) El encargo integral de actividad complementaria a un tercero es un mecanismo de contratación laboral indirecta que debe ser eliminado, pues literalmente no "sirve para nada", salvo para ser utilizado como instrumento para burlar derechos laborales, dada la ausencia de responsabilidad solidaria entre las empresas contratantes.
- (viii) No es posible, en ningún caso, contratar al personal de dirección, de confianza y/o al que se dedique a la ejecución de actividades principales mediante la celebración de contratos de locación de servicios.
- (ix) Finalmente, es preciso destacar que -en materia de contratación- nuestra legislación laboral es flexible y no rígida, pues existen siete (7) mecanismos de contratación entre directos, indirectos y no laborales; algunos de ellos absolutamente versátiles y otros con regulaciones bastante permisivas 