

Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias

Jorge Toyama Miyagusuku*

“Por medio del presente artículo, el Dr. Tomaya pretende descubrir los rasgos esenciales del proceso de externalización de servicios, a través del uso, por parte de los empleadores, de la intermediación laboral y la tercerización. Asimismo, busca diferenciar ambas instituciones desde una perspectiva académica y normativa, sin dejar de prestar atención a los mecanismos más relevantes que se aprecian en la realidad”.

La intermediación laboral (“services”) y la tercerización (“outsourcing”) han merecido la mayor atención en los últimos tiempos –de hecho, son las instituciones laborales que más cambios legislativos han tenido- para encontrar una regulación adecuada, entre la necesidad de aceptarlas y las delimitaciones y requisitos que se deben considerar para su empleo.

Debido a las transformaciones de los sistemas productivos, la tendencia hacia una “huida del Derecho Laboral” o una destipificación del Derecho Laboral así como las modificaciones legislativas, se aprecia toda una manifestación en las empresas hacia la utilización de diferentes mecanismos de descentralización de servicios por medio de la intermediación laboral o internalización de servicios laborales (desarrollada en nuestro país por las empresas de servicios especiales –“services”- y cooperativas de trabajadores) pero especialmente por el outsourcing o externalización de obras y servicios (denominado también tercerización).

Más todavía, este fenómeno de descentralización de servicios no siempre se debe a una estrategia de negocios pues la motivación puede contraerse en la única salida laboral sin afectar la planilla de la empresa principal: es decir, el impedimento de una contratación laboral directa por políticas de la empresa y que dirige su atención a la intermediación (llamada también descentralización administrativa) y outsourcing (denominada también como descentralización productiva).

En muchas empresas se puede tomar una foto o registro de todos los trabajadores que están prestando servicios físicamente en ella, pero el número de trabajadores registrado en la planilla laboral de tales empresas es notoriamente inferior con relación a la totalidad del personal que se registra laborando. La explicación usualmente se contrae en que la diferencia del número de trabajadores está compuesta por personal de los mecanismos de intermediación laboral (empresas de servicios de vigilancia, limpieza, mantenimiento, reemplazos temporales, etc.) y outsourcing o externalización de los servicios (servicios diferenciados e integrales bajo contratos de locación de servicios u obra, cooperación, asociativos, comerciales, representación, etc. tanto nacionales como transnacionales). Ciertamente, a ello se puede añadir las prácticas indebidas de contratar trabajadores bajo relaciones no laborales (contratos de locación de servicios, servicios de cuarta-quinta categoría, etc.) que, vía la aplicación del principio de primacía de la realidad, debieran reputarse como reguladas por el Derecho Laboral.

Por ejemplo, la mayoría de las empresas mineras cuentan con mecanismos de subcontratación de sus operaciones. La tercerización es de tal magnitud que actividades principales y permanentes han merecido de procesos de descentralizaciones productivas y administrativas. La importancia que tienen los contratistas mineros dentro de la gestión de la actividad minera se refleja en el número de trabajadores que están dentro de la plantilla

* Profesor Asociado de la PUCP. Profesor en ESAN, UDEP y UPC. Socio del Estudio Jurídico Miranda & Amado Abogados.

de tales contratistas: 58% del total del personal en la actividad minera pertenecen a una contrata¹.

De este modo, la figura del empleador se difumina y diluye, perdiendo la transparencia que la seguridad jurídica exige, a *“disolverse en una red de telaraña cuyo efecto social más inmediato no está siendo otro que el de acrecer la posición de fuerza de las empresas ubicadas en el epicentro de la red sobre el mercado de trabajo globalizado”*².

Entonces, estamos ante un proceso de descentralización de los servicios³ que se acrecienta en nuestro país –en países desarrollados el uso de la tercerización es una regla-. En medio de ello, mientras que la intermediación laboral tiene una reglamentación muy rígida y delimitada, el outsourcing o tercerización cuenta con una regulación genérica y abierta pero bajo ciertos requisitos. Justamente, por esta diferencia regulatoria y, ciertamente, las modificaciones de los sistemas productivos, el crecimiento del outsourcing y mecanismos de externalización de servicios es mucho mayor que el uso de la intermediación laboral.

A través de este artículo, queremos describir los rasgos centrales de este proceso de descentralización y diferenciar sus principales instituciones (intermediación y outsourcing) desde una perspectiva académica y normativa, sin dejar de prestar atención en los mecanismos más relevantes que se aprecian en nuestra realidad.

Antes, conviene realizar una precisión terminológica sobre los alcances de las expresiones empleadas. Existe una variedad de términos –utilizados indistintamente y hasta con contenidos diferentes- con relación a los fenómenos que abordaremos⁴. Nosotros utilizaremos la expresión “intermediación laboral”, para denominar aquellos supuestos en los cuales un tercero destaca exclusivamente mano de obra a una empresa usuaria para que preste servicios bajo la dirección y fiscalización de esta última; y, de “tercerización” u “outsourcing”, para referirnos a los casos en los cuales un contratista se compromete a prestar un servicios bajo su dirección y control, de modo tal que el personal involucrado permanece bajo su dirección y fiscalización.

1. Los Procesos de Externalización de Servicios

Por externalización de servicios entendemos todo fenómeno por el cual el empleador se desvincula de una actividad o proceso del ciclo productivo que venía realizando para trasladarla a un tercero. Este proceso de desvinculación podría ser solamente de mano de obra (intermediación laboral) o de un servicio integral (tercerización u outsourcing), pero, en ambos casos, estaríamos ante diversos mecanismos de control de la actividad externalizada para que no nos encontremos ante una simple sustitución de empresas⁵. En las siguientes líneas se explicará rápidamente el intenso crecimiento de estos mecanismos de externalización.

Ciertamente, un tema relevante para determinar la validez de los procesos de tercerización es el principio de razonabilidad citado por PLÁ RODRÍGUEZ y por el cual, es necesario analizar si las empresas han procedido conforme a las reglas de la razón que justifiquen un proceso de externalización de servicios, inclusive al ámbito de las relaciones de intermediación laboral tal como ha sido referido por el citado autor⁶.

Las clásicas funciones del Derecho del Trabajo, basadas en la formulación de un derecho tuitivo y protector al trabajador con mecanismos compensatorios, se han visto afectadas por las transformaciones del sistema productivo que han destipificado las funciones clásicas del Derecho Laboral y convierten en necesario el estudio de los nuevos fenómenos de contratación laboral. El centro de trabajo ya no es más el lugar de trabajo que pertenece e identifica al empleador pues los cambios son de tal magnitud que resulta imperativo diferenciar y “desmenuzar” detenidamente las relaciones jurídicas entre las empresas para determinar los niveles de vinculación contractuales para luego establecer las consecuencias laborales, y aparecen las denominadas por PLÁ RODRÍGUEZ, “relaciones mediatas” donde la empresa encomienda a un tercero la realización de ciertas actividades⁷.

De un lado, las organizaciones empresariales han migrado de una estructura vertical o pirámida –que suponía el control de todas las etapas productivas y las relaciones autónomas entre las empresas- a una organización de “red” que importa relaciones horizontales con una fragmentación de los ciclos

1 Al respecto, puede verse el trabajo de PRICEWATERHOUSE COOPERS. Estudios sobre las condiciones de trabajo y beneficios adicionales en campamentos mineros. Lima, 2004. Este estudio fue realizado entre los meses de mayo y julio de 2004 sobre 17 empresas de la gran y mediana minería peruana que representó 32,692 trabajadores.

2 VALDÉS DAL-RE, Fernando. “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo”. En: AA.VV. (Coordinador: Abdón Pedrajas Moreno). La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinaria. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2002, p. 36.

3 Para VILLAVICENCIO, lo adecuado es la expresión “subcontratación” como término que comprende tanto la intermediación como la tercerización (outsourcing). Al respecto, puede verse VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laborales: el caso de la intermediación”. En: AA.VV. (Coordinadora: Mariluz Vega). Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. OIT. Lima, 2000, pp. 81 y ss.

4 Sobre los alcances terminológicos, pueden verse VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico”. Revista Ius Et Veritas No. 29. Lima 2004, pp. 143 y ss.; y BRONSTEIN, Arturo “Entorno socioeconómico y jurídico de la subcontratación laboral”, 1999. Mimeo.

5 RASO DELGUE, Juan. “Outsourcing”. En: AA.W., “Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo”, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 41.

6 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Los principios del Derecho de Trabajo. Ediciones De Palma. Buenos Aires, 1990, p. 295.

7 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Op. Cit., pp. 293 y ss.

productivos y vinculaciones de las empresas a niveles de coordinación y articulación. De otro lado, se aprecia una concentración de la PEA laboral cada vez mayor en el sector de servicios y se verifica una universalización de las tecnologías de información –la tecnología de la información es un instrumento que permite “externalizar” toda actividad- que generan un incremento de las actividades externalizables a tal punto que la tercerización de servicios está traspasando fronteras de modo incontenible, siendo un fenómeno globalizado y que cada vez más se arraiga en los sistemas económicos⁸.

Todo ello lleva a la existencia de empresas “flexibles” que, mediante la desintegración vertical del ciclo productivo, generan relaciones de trabajo a niveles ínter empresarial, obteniéndose altos niveles de flexibilidad interna y externa sobre la base de diferentes grupos de trabajadores⁹. Este fenómeno importa una “dislocación” de trabajadores, una “huida” del servicio subordinado laboral en el centro de trabajo en favor de la tercerización de servicios.

En otras palabras, las empresas tienen como eje central una flexibilidad operativa -que les permita garantizar una adecuación inmediata ante las vicisitudes del mercado- y una concentración de sus actividades en aquellas de carácter estratégicas, el *core business* (*Back to basics*). De este modo, toda actividad no estratégica o que pudiera ser temporal, contingente, complementaria, especializada, menos costosa, etc. es desarrollada por otras compañías, generándose relaciones de coordinación, cooperación, riesgo compartido, delegación, supervisión, asociación, etc.

A lo expuesto, razones ya más típicamente laborales permiten explicar este fenómeno de externalización de servicios. Veamos algunas de las principales motivaciones de carácter laboral para el uso de los mecanismos de externalización. La reducción de la plantilla laboral (que impide contratar trabajadores directamente pero sí mediante terceros); la flexibilidad en los mecanismos de contratación, especialmente en aquellos referidos a la extinción de la relación laboral y los bajos presupuestos asignados para los requerimientos de mano de obra (que genera la búsqueda de mercados laborales menos costosos); la imposibilidad de extender beneficios y compensaciones a un número determinado de trabajadores; y las políticas para evitar la constitución de un sindicato de trabajadores¹⁰.

La intermediación laboral es una actividad que tuvo un importante desarrollo en nuestro país durante la década de los noventa, y ello se debió a las reglas flexibles que

permitieron contratar hasta el 50% del personal vía un mecanismo de intermediación laboral. Empero, esa actividad, fruto de la regulación vigente desde mediados de 2002 más los cambios operados desde fines de julio de 2007, ha tenido una caída relevante (de casi el 9% de la PEA a la mitad, y con tendencia a la reducción). En cambio, la tercerización es un fenómeno que está expandiéndose en nuestro país a tal punto que en el 2007 se han tenido que emitir una serie de normas para delimitar su utilización.

El outsourcing o tercerización está teniendo un desarrollo vertiginoso en nuestro país, como simple expresión de los fenómenos internacionales relacionados con la transformación de los sistemas productivos. Prácticamente, no hay áreas o actividades que no sean materia de una descentralización productiva, en tanto se aprecien los elementos constitutivos de esta institución.

Inclusive, algunos sistemas productivos han “migrado” de un sistema de intermediación laboral hacia uno de tercerización para una misma actividad o fase de la cadena productiva, luego de las limitaciones planteadas en enero de 2002 a la intermediación laboral (Ley No. 27626) y en abril de 2007 (Decreto Supremo No. 008-2007-TR); y, ante esta tendencia hacia la descentralización productiva, a fines del 2007 se establecieron mayores límites a la tercerización (Decreto Supremo No. 020-2007-TR). En suma, de una mera provisión de mano de obra en actividades principales (intermediación) se ha transformado la relación ínter empresarial a la prestación de un servicio integral y autónomo (outsourcing).

En tanto la intermediación laboral ha visto limitada su actuación por la regulación laboral reduciéndola a actividades marcadamente complementarias y ciertas de carácter temporal, la tercerización encuentra sus límites en la libertad de empresas para configurar las relaciones ínter empresariales y requisitos propios de una adecuada tercerización de servicios. Así, se aprecian supuestos de tercerización en los contrato de obra o servicio, colaboración empresarial, transporte de mercaderías, factoring, marketing (promociones), gerencia, asesoría legal o contable-tributaria, operación y mantenimiento, etc.

2. Intermediación y Tercerización: Principales Diferencias

2.1. El Proceso de Tercerización de Servicios

Además de las razones enunciadas en las primeras líneas de este artículo –basadas en los nuevos sistemas de

8 Al respecto, se ha dicho que la externalización laboral “alcanza tal intensidad que transforma significativa y cualitativamente el modelo, pues convierte en generalizado lo que hasta el presente era singular o excepcional, eleva a la condición de estructural lo que se estimaba hasta ahora como mecanismo de naturaleza coyuntural, y, en definitiva, permite su materialización bajo modalidades que hasta el presente resultaban de imposible puesta en práctica”. Véase CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Outsourcing, contratas y subcontratas”. En: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo. AEDTSS. Zaragoza, 1999, p. 6.

9 MERCADER, Jesús. Nuevas Tecnologías y sociedad de la información. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2002, p. 195.

10 Sobre las causas propiamente laborales de la descentralización, puede verse RASO DELGUE, Juan. “Outsourcing”. En: Revista Advocatus No. 9. Lima, 2003, pp. 197-8.

producción-, por las especiales limitaciones planteadas en la legislación laboral a la intermediación laboral (límite de actividades y número de trabajadores, existencia de responsabilidad solidaria, igualdad en el pago de beneficios laborales y ausencia de detracción del IGV de acuerdo con las normas tributarias como veremos más adelante), la tendencia que se registra es hacia la mayor utilización del outsourcing o tercerización de servicios.

A ello, habría que anotar que la flexibilidad que se genera con la externalización de servicios es tal, que los costos fijos (los laborales son un claro ejemplo, expresados en estabilidad laboral, intangibilidad del salario, procesos formales para la modificación de condiciones de trabajo, etc.) se transforman en costos variables y flexibles (que permiten establecer plazos, condiciones resolutorias, retribuciones variables, facultades de modificación de los contratos, etc. en los contratos con terceros, incluyendo la mano de obra).

De lo visto, podríamos definir al outsourcing o tercerización como todo proceso de externalización o desplazamiento hacia actividades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa. Para CRUZ VILLALÓN, la descentralización productiva (outsourcing) importa que *“una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo”*¹¹.

Los elementos configurativos de la tercerización u outsourcing importan una prestación de servicios que refleje “algo más que trabajadores”, esto es, la prestación de servicios integrales y autónomos¹². A su vez, lo dicho supone: ejecución independiente de los servicios sub contratados (estructura necesaria de personal que no labora bajo la dependencia de la empresa principal), constitución jurídica y formal del contratista; diferenciación general de accionistas, directivos y apoderados; un patrimonio y capital suficientes del contratista con relación al objeto de los servicios prestados, y; una organización productiva, administrativa y de gestión diferenciadas del contratista con relación a las empresas contratantes.

Lo expresado permite diferenciar al outsourcing del grupo de empresas y de las transmisiones de empresas. En la primera figura, no se aprecian empresas

independientes –actúan “confusamente como una unidad” ante terceros- pues éstas se encuentran vinculadas por relaciones económicas, societarias, directivas, etc. y, por ello, se impone la responsabilidad solidaria en el pago de obligaciones laborales en caso de incumplimiento del empleador formal.

La segunda figura importa una transferencia del negocio de una empresa a otra sin que existan vínculos económicos entre ambas. En este caso, la nueva empresa asumirá las contingencias laborales pero si se trata de un fraude (un caso de desprendimiento patrimonial relevante para evitar el pago de beneficios laborales), la empresa vendedora deberá responder en forma solidaria por el cumplimiento de las obligaciones laborales¹³.

“De lo visto, podríamos definir al outsourcing o tercerización como todo proceso de externalización o desplazamiento hacia actividades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa.”

En suma, el outsourcing supone: i) la existencia de una unidad económica en una empresa susceptible de explotación externa, y; ii) una capacidad de ofrecer en forma independiente –léase sin sujeción laboral- e integrales de bienes y servicios por parte del contratista. En este caso, las relaciones no tienen mayor contenido legal pues las partes pueden autonormarse y prever los derechos y deberes que correspondan, en la medida que la empresa contratada tenga una organización económica independiente y brinde un servicio diferenciable de la empresa contratante¹⁴.

Todo proceso de externalización vía outsourcing puede realizarse de diferentes maneras: una transformación societaria (escisión, fusión, reorganización, etc.), una venta de activos, la concesión de una obra o servicio (operación y mantenimiento), los procesos de privatización del Estado (concesiones, ventas totales, etc.), las figuras de colaboración empresarial o simplemente los procesos de tercerización de servicios. La externalización también se

11 CRUZVILLALÓN, Jesús. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. En: Revista de Trabajo y Seguridad Social No. 13. Madrid, 1994, p. 8.

12 Un desarrollo profundo sobre los alcances de la tercerización puede verse en SANGUINETTI, Wilfredo: “La descentralización productiva: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del derecho del trabajo”, y ARCE, Elmer: “El outsourcing y sus efectos sobre la relación de trabajo”. En: AA.VV. “Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004.

13 La Directiva de la Comunidad Europea 98/50 indica que “se considera traspaso (...) el de una unidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica ya fuera esencial o accesoria”.

14 BARREIRO, Germán. “Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna”. En: Revista Española de Derecho del Trabajo No. 94. Madrid, marzo 1999, p. 169.

origina por procesos de crisis económicas laborales que importan ceses colectivos: compañías que suscriben con una empresa recientemente formada por ex trabajadores la prestación de un servicio que antes era realizado por dichos ex trabajadores.

Lo típico de la externalización son las relaciones entre dos o más personas jurídicas. Empero, cabe anotar que también se aprecia un fenómeno de traslación de las relaciones laborales directas a tercerizaciones externas con personas naturales. Un ya clásico ejemplo –también en el Perú– lo constituye el trabajador con vehículo propio. En este caso, una empresa de transportes conviene con un chofer que está en su planilla la generación de dos nuevas relaciones: la venta a plazos del vehículo de transporte, y la provisión del servicios de transporte bajo cuenta, costo y riesgo del chofer; entonces, el trabajador dependiente (chofer) se convierte en una empresa unipersonal, en un proveedor

de servicios externos (outsourcing) mediante un contrato de transporte. Antes y después de estas “transformaciones” se aprecia la prestación de un mismo servicio pero bajo diferentes relaciones jurídicas; hay, entonces, una migración de lo laboral a lo comercial y mercantil.

El proceso de filialización es, cada vez, una estrategia de organización de muchas empresas transnacionales¹⁵, por medio de las cuales se generan relaciones entre la matriz y las empresas filiales: la matriz genera políticas y directivas uniformes relacionadas con la prestación de servicios que deben ser cumplidas por las empresas filiales (algunas veces, estas empresas satélites son creadas expresamente para formar parte de la telaraña del sistema productivo).

En el siguiente cuadro se detallan algunos de los mecanismos de tercerización u outsourcing¹⁶.

Denominación	Descripción
Sub contratación de obras o servicios	Construcción o elaboración de una obra (contrata minera) o inmaterial (estudio de mercado)
Operación y Mantenimiento	Administración, operación y ejecución de una parte o toda la actividad productiva
Gerencia y/o administración	Gerencia general, management, servicios gerenciales y administrativos estratégicos o de soporte
Comercio	Ventas, comisión, mediación, agencia, concesión, franquicia (filialización)
Informático	Contrato de servicios informáticos (hardware + software)
Factoring	Facturación + gestión de cobros
Promoción	Marketing, merchandising, publicidad
Comercialización	Distribución, colaboración, comercialización
Transporte	Transporte, redes de distribución
Colaboración	Asociación en participación, joint venture, consorcio

Ciertamente, el proceso de externalización productiva importa también que las empresas tengan que generar una serie de mecanismos de coordinación con las contratistas, y en mayor medida en las actividades que son centrales del giro del negocio. De ese modo, tenemos

el control de calidad, el cumplimiento de obligaciones legales –dentro de ellas, las de carácter laboral–, la aplicación de códigos de conducta corporativos y las políticas sobre responsabilidad social laboral¹⁷, el trabajo *just in time* y la satisfacción del cliente en

15 Sobre este tema, puede verse PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco. “La filialización de la empresa”. En: Revista Actualidad Laboral No. 29. Madrid, 1999, pp. 533 y ss.

16 Parte de esta clasificación ha sido tomada de GARCÍA-MORENO, José. “Contratos entre empresas para la instrumentalización de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen jurídico básico”. En: AA.VV. (Coordinador: Abdón Pedrajas Moreno). Op. Cit., pp. 49 y ss.

17 La Responsabilidad Social Empresarial (RSE) importa un compromiso voluntario –algunos hablan de una actitud voluntaria y proactiva– de las empresas para asumir una serie de actividades y obligaciones con los trabajadores, accionistas, entidades y sociedad que se relacionan con las actividades empresariales que realiza. En materia laboral, esta responsabilidad se traduce no solamente en la observancia de las normas mínimas laborales –nacionales e internacionales– o en la obtención de un certificado de cumplimiento y gestión de las normas laborales –como el SA 8000–. La RSE laboral importa ir más allá de la normativa legal: de un lado, tendremos las políticas de promoción de los derechos fundamentales de los trabajadores (contenidos en las declaraciones de derechos humanos, convenios de la OIT y nuestra Constitución) y, del otro, iniciativas voluntarias contenidas en políticas corporativas laborales, códigos de ética y conducta, códigos multilaterales, tratados internacionales, contratos bilaterales de comercio, convenios colectivos de trabajo, etc.

Las buenas prácticas laborales conllevan una transparencia en las operaciones y negocios de la empresa así como la promoción al derecho de información de los trabajadores, relaciones horizontales de trabajo, audiencias y atenciones a los requerimientos del personal, claridad en la línea de carrera, etc.

calidad y precio¹⁸. Pese a ello, usualmente los beneficios y condiciones laborales de los trabajadores de las empresas periféricas o filiales (proceso denominado por algunos como de filialización) es menor que la central: *“a mayor lejanía del epicentro, las condiciones de trabajo tienden a degradarse”*¹⁹.

Estos mecanismos de control son más complejos cuando se trata de la llamada “dislocación territorial”, esto es, los supuestos de externalización de servicios que importa la generación de relaciones jurídicas de empresas que están ubicadas en diferentes países, lo cual supone la aplicación de normas comunitarias en los casos donde exista estos mecanismos sólidos de integración o tratados internacionales para los demás supuestos. Nuestro país tampoco ha sido ajeno a estas figuras transnacionales: generalmente, se aprecian mecanismos de descentralización productiva que importan que la empresa peruana preste servicios a otra situada en el exterior –provisión de insumos, maquila, elaboración de materia prima, etc.- en la cual los estándares son exigidos y los mecanismos de control y fiscalización son constantes.

Este último supuesto, ciertamente, importa la aplicación de los complejos criterios del Derecho Internacional Privado para delimitar la jurisdicción y normativa aplicables, lo que en Derecho Laboral resulta de complicada delimitación sin dejar de tener en cuenta los escasos recursos de un trabajador para incursionar en un proceso judicial de carácter internacional.

2.2. Regulación de la Tercerización

Aun cuando no es necesaria su regulación en sede laboral, la legislación peruana alude a la tercerización

en el sentido de que este mecanismo no es un supuesto de intermediación laboral. En efecto, el artículo 4 del Reglamento de la Ley No. 27626, modificado por el Decreto Supremo No. 020-2007-TR, prevé que no califican como intermediación laboral los contratos de gerencia, obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se encargue de una parte integral de la actividad productiva y los servicios se presten por empresa contratistas o subcontratistas, siempre que “asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación”. Además, se destacan como rasgos sintomáticos de una tercerización “la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal”.

Además, el artículo 4-A del Decreto Supremo No. 020-2007-TR, indica que la tercerización con destaque de personal a la empresa principal contratante “no pueden tener por objeto afectar los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores y deben constar por escrito, especificando cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en que unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza”. Finalmente, agrega este mismo dispositivo que *“Las empresas que desplazan personal deben contar con recursos económicos suficientes para garantizar el pago de obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados”*.

En resumen, los servicios de tercerización tienen los siguientes requisitos y rasgos típicos:

Tercerización	
Requisitos	Rasgos típicos
Servicios bajo cuenta y riesgo del contratista	Pluralidad de clientes de la contratista.
Recursos financieros, técnicos y materiales del contratista que respalden los beneficios laborales del personal	Equipamiento propio del contratista.
Trabajadores del contratista están bajo su dirección y supervisión.	Forma de la retribución del precio del servicio.
Contrato escrito con indicación de objeto y lugar del servicio	

En buena cuenta, estas prácticas lograrán altos estándares de clima laboral, facilitarán las políticas de retención de personal y la productividad y competitividad, ciertamente, debieran mejorar o consolidarse.

Algunas transnacionales exigen la observancia de Códigos de RSE a las empresas con las que se relacionan vía tercerización de servicios (contratos asociativos, colaborativos o franchising; actividades de provisión de insumos y maquila; etc.).

18 MERCADER, Jesús. Op. Cit., p. 196-197.

19 VALDÉS DAL-RE, Fernando. Op. Cit., p. 39.

La regulación sobre la tercerización denota las características y rasgos propios de una prestación independiente de obra y servicios. De este modo, la definición legal no aporta más que la expresión usual de una sub contratación autónoma: i) recursos propios relacionados con los servicios prestados; ii) servicios bajo su propia cuenta y la consecuente asunción de riesgos; iii) sujeción y dependencia del personal de las contratistas a sus respectivos jefes y supervisores; y, iv) contrato escrito.

En la misma línea, el artículo 4-C del Decreto Supremo No. 020-2007-TR se preocupa por ratificar que el personal de las contratistas tiene todos los derechos laborales (individuales, colectivos y seguridad social así como los mecanismos de exigencia del cumplimiento de las normas laborales a través del Ministerio de Trabajo) que las normas prevén para los trabajadores y prohibir el uso de la tercerización para afectar los derechos colectivos de los trabajadores (libertad sindical, negociación colectiva y huelga).

Por último, si se verificara una simulación u ocultamiento de un real y simple destaque de mano de obra, se aplican las consecuencias de una intermediación laboral (artículo 4-B del Decreto Supremo No. 020-2007-TR). Como destaca PLÁ RODRÍGUEZ, el principio de la primacía de la realidad²⁰ importa que, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos suscritos entre las partes, deba otorgarse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Como toda institución jurídica, hay supuestos que pueden denotar una desnaturalización y, por ende, estimarse que existe un mero destaque de mano de obra que conlleva desde una laboralización directa con los trabajadores de la supuesta "contratista", la aplicación de la responsabilidad solidaria en el pago de beneficios laborales y sociales y/o la aplicación de una multa administrativa.

Hay empresas que, pese a la existencia de un proceso de externalización (outsourcing), no dejan de controlar la actividad laboral de los trabajadores que prestan los servicios (hecho que se aprecia con mayor intensidad cuando nos encontramos ante actividades estratégicas o cercanas al núcleo duro de la matriz) y, en estos

casos, se podría verificar la existencia de una relación laboral directa entre la contratante y los trabajadores de la contratista, máxime si no se aprecia un patrimonio inherente a la actividad externalizada²¹. De lo que se trata, entonces, es de apreciar los supuestos donde se detecta una disociación ilícita: una contradicción entre el reconocimiento formal de una figura externalizada de servicios (outsourcing) y la empresa principal que actúa como empleador ejerciendo las facultades típicas de dirección, fiscalización y sanción²².

Nos encontramos ante supuestos en los cuales se aprecia una interposición: empresas de tercerización que no cuentan con un patrimonio y que solamente tienen por finalidad el ocultamiento del verdadero empleador, con el fin de eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales²³.

En suma, en tanto el outsourcing es una figura contractual que no está sujeta a los límites laborales, puede generarse toda una tendencia hacia su utilización indebida y desmesurada. Los aspectos que se pueden evaluar para determinar la existencia de una relación laboral directa son, entre otros, los siguientes: una mera provisión de personal bajo las órdenes de los jefes y supervisores de la usuaria; una mezcla de actividades del trabajador destacado con los de la usuaria sin diferenciación alguna; ausencia de servicios y bienes que se requieren para la prestación de servicios; no diferenciación entre las actividades desarrolladas por el contratista con las de la usuaria; tratamiento de los trabajadores del contratista como personal propio de la usuaria²⁴; etc. En suma, se trata de apreciar si, en la práctica, el outsourcing es una mera formalidad porque los servicios prestados se reducen al envío de trabajadores destacados a la empresa usuaria en la que esta última mantiene todas las facultades inherentes de un empleador.

Entonces, resultan aplicables los supuestos de traslación de la responsabilidad y riesgo laboral en los casos donde se demuestre la existencia de un fraude, simulación o en general cualquier mecanismo de evasión del cumplimiento de las reglas del Derecho del Trabajo. Y, en casos donde se verifica el traslado de bienes en un escenario de insolvencia y falta de pago laboral, se prevé la persecutoriedad de bienes²⁵ o, en cuanto se verifican

20 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Los Principios...". Op. Cit., p. 243. También puede verse RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. Presunción de la existencia de un contrato de trabajo. Ed. Civitas. Madrid, 1998, pp. 48 y ss. Además, puede analizarse un riguroso estudio de LUJAN ALCARAZ, José. La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. MTSS. Madrid, 1994, y a nivel peruano, un texto imprescindible NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2003, pp. 36 y ss.

21 DEL REY GUANTER, Salvador & LUQUE PARRA, Manuel. "Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral". En: Revista Relaciones Laborales No. 20. Madrid, 1999, p. 46.

22 PEDRAJAS, Abdón. "La cesión ilegal de trabajadores". En: AA.VV. (Coordinador: Abdón Pedrajas Moreno). Op. Cit., pp. 221-222.

23 VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Op. Cit., p. 97.

24 Una descripción sobre algunos indicios de un outsourcing simulado (o un "falso autónomo"), puede verse en CERDA MICO, Alberto. "La ingeniería laboral del outsourcing". En: Arazandi Social No. 21, 1999, pp. 75 y ss.

25 El Decreto Legislativo No. 856 anota que la persecutoriedad de bienes se aplica también en los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro del trabajo. Sobre este tema, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en la CAS. N° 128-2001 LIMA define los presupuestos bajo los cuales opera la persecutoriedad de los beneficios sociales:

"Que, la acción persecutoria de los beneficios sociales se enmarca necesariamente a partir de dos presupuestos (i) la irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores (ii) su abono con carácter prioritario. Que estos dos presupuestos dan fundamento o fuerza a la acción persecutoria tendiente al cobro de las acreencias laborales."

criterios de unidad económica de empresas, se genera una responsabilidad solidaria²⁶.

Salvo la regulación tradicional en el sector de construcción civil²⁷ y las normas sobre riesgo laboral de la Seguridad Social²⁸, no existe tratamiento normativo adicional sobre la tercerización en la normativa laboral peruana. Ciertamente, ello no ha impedido que, mediante la aplicación de criterios como la vinculación económica empresarial (típicamente, los grupos de empresa), se genere una responsabilidad solidaria en el pago de beneficios sociales.

Ahora bien, esta regulación está, a la fecha, siendo cuestionada ante el Poder Judicial. En la Acción Popular, promovida por el Sindicato Unitario de Trabajadores Operarios de Estaciones de Control de Agua Potable y Alcantarillado en la cual solicita la declaración de ilegalidad del artículo 4 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral (Decreto Supremo No. 003-2002-TR), la Sala Laboral de Lima (Expediente No. 030-2003-AP), declaró ilegal este artículo. En esta sentencia, la Sala Laboral anota que la tercerización “supone que la producción o prestación se realice de manera organizada bajo la dirección y control del contratista, usualmente una empresa, que cuenta con un patrimonio y una organización propia dedicada a la producción de bienes o servicios, la cual se realiza a favor del contratante dentro del centro de labores de éste o fuera de él, de manera que los trabajadores de la contratista se encuentran bajo las órdenes y el control de éste y no del contratante, y para su realización además se requiere de total independencia administrativa y funcional de la actividad tercerizada de la demás que realiza la empresa contratante de modo que su tercerización no entorpezca su normal desenvolvimiento”.

Por su parte, la misma sentencia indica que “mediante la intermediación laboral una empresa denominada usuaria contrata a otra de servicios para que le suministre o proporcione personal, el cual, si bien prestará sus servicios a favor de la compañía usuaria, no sostendrá vínculo laboral con esta última y se mantendrá bajo la dirección y control de la empresa de servicios”.

Debemos precisar que esta sentencia –que ha sido recurrida ante la Corte Suprema en última instancia-, si

bien declara ilegal el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Intermediación, el análisis se centra en un control de legalidad (formalidad) sin que se desconozca la realidad y validez de la tercerización, indicando que “resulta innegable la importancia del outsourcing o tercerización como herramienta de gestión de la empresa moderna que contribuye a hacerla competitiva; sin embargo, tal figura puede desarrollarse válidamente de acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil en materia de locación de servicios y obra así como lo regulado en la Ley General de Sociedades para los contratos de gerencia y en las normas de minería, petróleo, telecomunicaciones o construcción civil en materia de contratación y subcontratación”.

2.3. Un Ejemplo: las Contratas Mineras

Un sector en el cual existe un alto predominio de tercerizaciones, es el minero. En esta actividad, las tercerizaciones se denominan contratas.

En el sector minero, las actividades tercerizadas más relevantes que son desarrolladas por empresas especializadas y registradas previamente son las prestadas en las etapas de exploración (determinación de las dimensiones y valores de la unidad minera), explotación (la propia extracción de minerales), desarrollo (actividades de soporte de la explotación) y beneficio (procesos para la extracción o concentración de minerales), a los que se les ha denominado contratas mineras²⁹. Estas actividades se desarrollan dentro de la unidad minera del titular o cesionario de ser el caso –y por ello la vivienda y los servicios básicos son usualmente brindados al personal de la contrata³⁰, y usualmente los servicios se retribuyen en función a la producción, extracción de minerales, etc.

De otro lado, las actividades no comprendidas dentro de las anteriormente descritas y que pueden ser contratadas a través de un tercero por el titular de la actividad minera tales como gestión y administración, comedores y mercantil, medio ambiente, transporte de minerales y personal, geología minera, etc. En estos casos, nada obsta para que empresas que no están registradas como contratistas mineros pero que tienen capacidad y autonomía suficientes puedan prestar servicios al titular de la actividad minera vía contratos de tercerización (outsourcing).

26 Al respecto, sobre el sistema español, puede verse CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”. En: Revista Relaciones Laborales. Ed. La Ley. Madrid, 1992-II, pp. 114 y ss.

27 La Resolución No. 27 del 15 de marzo de 1958 estableció que el propietario de una obra de construcción civil es solidariamente responsable, conjuntamente con los contratistas, subcontratistas o destajeros, en el pago de los beneficios sociales de los trabajadores de construcción civil.

28 Las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (Decreto Supremo No. 003-98-SA) establecen que las aportaciones a este seguro también comprenden a las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios especiales –ya sean temporales o complementarias-, los contratistas y subcontratistas así como toda institución de intermediación o provisión de mano de obra que destaque personal hacia centros de trabajo donde se ejecuten actividades de riesgo. En estos casos, se ha establecido que las empresas que contraten obras, servicios o mano de obra provenientes de terceros, están obligadas a verificar que todos los trabajadores hayan sido debidamente asegurados; de lo contrario, deberán contratar el seguro por propia cuenta, a fin de no incurrir en responsabilidad solidaria con las empresas proveedoras, el trabajador, ESSALUD y la ONP. Este es el único caso de responsabilidad solidaria –en seguridad social- entre el empleador que realiza una actividad de riesgo y las entidades de intermediación laboral así como las empresas dedicadas a la tercerización.

29 El artículo 37.11 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (Decreto Supremo No. 014-92-EM) prevé que los titulares de concesiones gozan del atributo de contratar para la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio con empresas especializadas inscritas en el Registro de Contratistas Mineros.

30 El 71% del personal de contratas recibe una vivienda y servicios básicos. PRICEWATERHOUSE COOPERS. Op. Cit., p. 11.

Los dos grupos descritos son supuestos de tercerización de servicios, descentralización productiva u outsourcing (el proceso de migración hacia un tercero de una determinada actividad propia o no), solamente que las primeras tienen una regulación especial y requieren de una autorización previa del Ministerio de Energía y Minas.

“Mientras que la intermediación laboral importa una mera cesión o destaque de trabajadores (...) en la tercerización se presta un servicio integral y suficiente (...)”

Desde el plano laboral, lo más relevante es que el contratista minero debe tener la capacidad de desarrollar de manera autónoma e independiente los servicios subcontratados, de tal manera que dirija, organice y fiscalice su propia actividad, y de allí que deba tener capacidad de asumir los riesgos y servicios subcontratados³¹.

De alguna forma, las normas peruanas exigen la configuración de los requisitos descritos para el registro de las empresas como contratistas mineros. Así, la inscripción en el Registro de Empresas Especializadas de Contratistas Mineros exige que, previo al inicio de sus operaciones, las contratistas tengan capital mínimo, capacidad técnica –un mínimo de plantel técnico conformado por profesionales de la actividad minera, en función a la capacidad de contratación-, solvencia económica, organización suficiente, etc.

2.4. Diferencias entre Intermediación y Tercerización

Antes de describir a la intermediación, resulta importante dedicar unas breves líneas a describir las diferencias centrales entre la intermediación laboral y el outsourcing o tercerización.

El Convenio 181 de la OIT sobre Agencias de Empleo Privadas, prevé que éstas prestan servicios en relación con el mercado de trabajo *“consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su*

ejecución” (artículo 1.b)”. Estaríamos ante una definición de la intermediación laboral.

Sobre las empresas de intermediación laboral, anota ERMIDA URIARTE que, en este fenómeno de “prestamismo laboral”, se relacionan con la subcontratación de mano de obra porque la contratación no se produce directamente entre el trabajador y la empresa beneficiaria del trabajo (empresa principal), sino a través de un tercero subcontratista (empresa de trabajo temporal)³².

Mientras que la intermediación laboral importa una mera cesión o destaque de trabajadores para que éstos laboren bajo la dirección de la empresa usuaria, en tanto que existe un reparto de las facultades empresariales entre la empresa usuaria y la empresa de servicios especiales³³, de tal manera que representa una excepción al principio de no interposición que importa la relación directa que debería existir entre el empleador y trabajador³⁴; en la tercerización se presta un servicio integral y suficiente (se ha dicho que la empresa debe contar con una estructura productiva y organizativa autónoma, independiente, suficiente y adecuada para desarrollar determinada actividad³⁵) y los trabajadores prestan servicios bajo la dirección de la empresa contratista, sin que se configure una distribución de los poderes del empleador.

Sobre esto último, para SALA FRANCO, la empresa contratista de obra o servicios puede ceder al trabajador a la empresa usuaria pero organizando su trabajo y aportando los medios materiales, aspectos que son centrales para diferenciarla de la intermediación laboral³⁶.

De este modo, los trabajadores de las entidades de intermediación laboral prestan servicios por cuenta ajena a favor de la usuaria, y el vínculo de ajenidad importa que el riesgo de los servicios laborales prestados serán asumidos por la usuaria; de otro lado, los trabajadores del outsourcing ejecutan sus servicios por cuenta ajena del contratista, y ello genera que el riesgo de los servicios prestados recaerá en el propio contratista.

Dado que la intermediación laboral supone un simple destaque de mano de obra, está regulada por el Derecho Laboral a tal punto que las entidades que prestan el servicio deben tener autorizaciones, los servicios que se prestan son limitados (cualitativa y cuantitativamente), el procedimiento de contratación está sumamente regulado y se prevén una serie de exigencias (por ejemplo, los contratos de los trabajadores destacados deben ser

31 SAGARDOY Abogados & HAY GROUP, Factbook Relaciones Laborales. Tercera Edición. Ed. Thomson Aranzadi. Navarra, 2004, pp. 489 y ss.

32 ERMIDA URIARTE, Oscar. Prólogo en ¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Cuadernos de Investigación No 10. Dirección del Trabajo de Chile. Santiago, 1999, p. 10.

33 PÉREZ YÁNEZ, Rosa. “El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a trabajadores en misión”. En: Revista Relaciones Laborales I/1998. Ed. La Ley. Madrid, 1998, pp. 133 y ss.

34 VILLAVICENCIO, Alfredo & BALBIN, Edgardo. “Intermediación y tercerización, labores principales y complementarias. Precisiones conceptuales, de naturaleza y alcances”. Revista Trabajo. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Lima, 2007, p. 13.

35 NOGUEIRA, Magdalena. “Ingeniería jurídica y empresas de trabajo temporal: las difusas fronteras entre las contratistas y la cesión de trabajadores”. En: Revista Temas Laborales No. 56. Madrid, 2000, p. 230.

36 SALA FRANCO, Tomás. “La regulación legal de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) en algunos países europeos”. En: “¿Empresas sin trabajadores?...”. Ob. Cit., p. 107.

por escritos aun cuando se trate de contratos a plazo indeterminados que, por regla general, no tienen que cumplir este requisito) y responsabilidades solidarias.

De otro lado, la tercerización no está mayormente regulada por las normas legales pero se exigen requisitos que apuntan al reconocimiento de las tercerizaciones que cuenten con rasgos propios de una subcontratación de obras o servicios. El profesor PLÁ RODRÍGUEZ anota que es un intermediario toda persona que contrata el trabajo de otros para realizar "tareas u obras que no entrega directamente a los clientes sino a otro empresario principal"³⁷. Dentro de la terminología que estamos manejando, esta definición se acercaría al concepto de tercerización.

En definitiva, como anota RASO DELGUE, la subcontratación importa una relación triangular entre, valga la redundancia, tres empresas, sin que exista un vínculo laboral entre las empresas que conforman las operaciones involucradas. Por otro lado, la intermediación laboral presupone una relación triangular pero una de las relaciones jurídicas es laboral, uno de los sujetos involucrados es un trabajador³⁸.

Seguidamente, presentamos un cuadro que pretende remarcar las principales diferencias entre la intermediación laboral y la tercerización (outsourcing), algunas de las diferencias serán tratadas más adelante:

Intermediación y Tercerización: Diferencias

INTERMEDIACIÓN	TERCERIZACIÓN U OUTSOURCING
<ul style="list-style-type: none"> • Hay solamente un destaque de mano de obra a la empresa contratante (un puesto de trabajo) 	<ul style="list-style-type: none"> • Se brinda un servicio integral a la empresa contratante (la mano de obra constituye solo una parte del servicio).
<ul style="list-style-type: none"> • Se prestan servicios en actividades principales de la contratante solo temporalmente bajo la modalidad de un contrato ocasional (duración: 6 meses) o de suplencia. También se realizan actividades complementarias o especializadas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se prestan servicios en actividades principales (temporales o permanentes), de especialización o complementarias de la contratante.
<ul style="list-style-type: none"> • Los trabajadores que realizan actividades principales temporalmente no podrán exceder del 20% del total de trabajadores de la empresa contratante. 	<ul style="list-style-type: none"> • No está sujeto a límite porcentual alguno.
<ul style="list-style-type: none"> • La empresa que realiza este servicio debe inscribirse en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividad de intermediación. 	<ul style="list-style-type: none"> • No debe inscribirse en registro laboral alguno.
<ul style="list-style-type: none"> • El service debe conceder fianza obligatoriamente para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones laborales. 	<ul style="list-style-type: none"> • No se encuentra obligado a conceder fianza alguna.
<ul style="list-style-type: none"> • El service solo se puede constituir para destacar trabajadores. El service debe contar con un capital mínimo no menor al valor de 45 Unidades Impositivas Tributarias (UIT). 	<ul style="list-style-type: none"> • La contratista se constituye para brindar un servicio integral. La provisión de mano de obra constituye solo una parte del servicio.
<ul style="list-style-type: none"> • Detracción de IGV (14%) 	<ul style="list-style-type: none"> • Solo se prevé la detracción del IGV en algunos supuestos.

37 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. El salario en el Uruguay. T. II. Montevideo, 1956, p. 238.

38 RASO DELGUE, Juan. La contratación atípica del trabajo. AMG Editorial. Montevideo, 2000, p. 243.

3. La Intermediación Laboral: las Limitaciones de la Legislación Laboral

3.1. Alcances Generales

La intermediación laboral puede ser definida como la provisión de trabajadores de una entidad que es el empleador (empresas de servicios especiales o cooperativas de trabajadores) para que éstos presten servicios bajo la dirección o sujeción de un tercero (empresa usuaria). Entonces, se aprecian relaciones triangulares, por las cuales se rompe la tradicional relación directa y bilateral entre quien emite las órdenes (empleador) y aquellos que deben cumplirla (trabajadores): en medio de ambos, aparece el empleador formal que será la entidad de intermediación laboral³⁹.

La intermediación laboral, centralmente, supone dos elementos claves: i) se verifica un destaque exclusivamente de trabajadores al centro de trabajo –o el radio de acción- de la empresa usuaria, y; ii) los trabajadores laborarán bajo las órdenes de los jefes y supervisores de la empresa usuaria, es ella quien definirá el contenido de la prestación laboral.

La intermediación laboral importa la configuración de tres relaciones: i) de carácter civil, entre la entidad intermediadora y la usuaria, para la prestación de servicios; ii) de naturaleza laboral o asociativo-laboral entre los trabajadores o socios trabajadores –estos últimos, pese a su calificación de trabajadores autónomos por las normas del sistema cooperativo, tienen derechos laborales- y las empresas de servicios especiales o cooperativas de trabajadores, respectivamente, y; iii) de sujeción laboral, entre la empresa usuaria y el trabajador o socio-trabajador destacado.

En nuestro sistema, la intermediación laboral tiene una regulación que limita considerablemente su actuación. En efecto, la Ley No. 27626, Ley de las empresas especiales de servicios (“services”) y las cooperativas de trabajadores, y su Reglamento, Decreto Supremo No. 003-2002-TR, y que luego fue modificado por el Decreto Supremo No. 008-2007-TR, han delimitado considerablemente las actividades de las entidades de intermediación laboral luego de poco más de una década de uso abierto y permisible de esta figura laboral. Se ha pasado de una regulación flexible –que permitía la contratación de todo tipo de trabajador hasta en 50% del total de la plantilla laboral- a una normativa rígida que ha reducido la actividad de intermediación a actividades marcadamente periféricas o complementarias, altamente especializadas o solamente ciertos supuestos de temporalidad⁴⁰. Posteriormente, el Decreto Supremo No. 008-2007-TR ha limitado más las actividades de intermediación laboral ampliando el ámbito de las actividades principales (prohibidas) y limitando más el concepto de actividades complementarias (permitidas).

Los cambios que se plantearon fueron, entonces, radicales con relación a la regulación anterior (contenidas centralmente en las Leyes de Productividad y Competitividad Laboral y de Formación y Promoción Laboral). Curiosamente, se ha seguido en el Perú un proceso inverso a la OIT pues los Convenios Internacionales de Trabajo de la OIT han evolucionado desde una prohibición pasando por una modulación y terminando con la admisión y regulación de la contratación laboral vía la intermediación laboral.

Veamos en el siguiente cuadro, los principales cambios que se han producido, comparando la legislación permisible precedente con la restrictiva vigente:

Materia	Regulación Anterior	Regulación Actual
Actividades materia de intermediación laboral	Todo tipo de actividades: temporales o permanentes, principales, complementarias y especializadas de las usuarias	Actividades temporales sólo ocasionales y de suplencia, complementarias limitadas al máximo y especializadas de las usuarias.
Contratación de personal destacado ante una huelga	Posible	Si la intermediación busca limitar derechos sindicales, ésta es nula.

39 VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laborales: el caso de la intermediación”. En: AA.VV. (Coordinadora: Mariluz Vega). Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. OIT. Lima, 2000, p. 87.

40 Algunas cooperativas de trabajadores plantearon una acción de amparo contra la aplicación de la Ley No. 27626. Mediante sentencia recaída en el Expediente No. 2670-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, indicando centralmente que “si bien el artículo 62° de la Constitución establece que la libertad de contratar (...) dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2°, inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público (...) en el contexto descrito, la norma cuestionada pretende revertir el uso indiscriminado que se ha venido haciendo de determinadas modalidades contractuales en desmedro de lo que deben representar verdaderos contratos de trabajo. De las abundantes instrumentales obrantes en el expediente, se puede apreciar que lo que han hecho las cooperativas recurrentes y las empresas usuarias, no es precisamente facilitar, so pretexto de la existencia de contratos, el establecimiento de relaciones jurídicas en las que al trabajador se le garantizan todos y cada uno de los derechos laborales, sino incorporar modalidades sustitutorias (típicos contratos de naturaleza civil) en las que no quedan explícitas las condiciones en las que estos van a prestar sus servicios, ni mucho menos la garantía de que todos sus derechos van a ser reconocidos (...) el Estado no sólo tenía la facultad, sino el deber de intervenir creando una normativa que resultara compatible con los derechos laborales del trabajador”.

Límite cuantitativo	50%. Se excluyen empresas de servicios de actividades complementarias	20% del personal de la usuaria. Se excluyen servicios complementarios y especializados siempre que usuaria no asuma total autonomía técnica y responsabilidad.
Derechos y beneficios de trabajadores destacados	Iguales derechos y beneficios a los trabajadores de la usuaria que realizan labores análogas	Iguales derechos y beneficios de los trabajadores de la usuaria, salvo diferencias objetivas.
Formalidades de contratos entre usuaria y entidades de intermediación	Registro de entidades de intermediación ante Ministerio de Trabajo	Registro de entidades de intermediación ante Ministerio de Trabajo. Registro de contratos con usuaria (con contenido mínimo) y de contratos de destacados.
Fianza	Sólo vigente en caso de incumplimiento.	Obligatoria, que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de la seguridad social.
Responsabilidad solidaria	Sólo para el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo	Si la fianza es insuficiente para el pago de derechos laborales, las empresas usuarias son responsables solidarias. Además para el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.
Sanción a los supuestos de intermediación laboral	Multa administrativa y, en algunos casos, laboralización de los destacados en la empresa usuaria	Multa administrativa y varios casos de laboralización de los destacados en la empresa usuaria.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar las actividades de ciertas cooperativas de trabajadores en las cuales no se aprecia una auténtica actividad asociativa. Como apunta VILLAVICENCIO RÍOS, “en la mayoría de los casos los integrantes ni siquiera se conocen entre sí por estar desempeñando funciones en empresas totalmente diferentes y tienen un índice de rotación muy alto, por lo que sólo permanecen en la institución en la medida en que exista un trabajo para ellos”⁴¹. Por ello, consideramos que la fiscalización debería comprender la actividad de fondo de las cooperativas de trabajadores pues si no cuentan con un ánimo ni existe vida asociativa, se deberían disolver por contravenir las normas generales sobre cooperativas. Este, tal vez, sea uno de los mayores puntos neurálgicos de la intermediación laboral.

3.2. La Compleja Regulación de la Intermediación Laboral

Las normas que regulan la intermediación laboral suelen presentar un sistema limitado, en tutela de los derechos laborales y en prevención de los abusos en los sistemas de contratación, pues, como ha destacado PLÁ RODRÍGUEZ, puede utilizarse estos mecanismos para “eludir o aligerar sus responsabilidades laborales o de previsión social, promoviendo artificialmente la ficción de una empresa que figura a nombre de una persona (generalmente, un ex empleado); pero que en realidad actúa como un simple intermediario de la empresa principal, que es la auténtica empleadora tanto del que figura como intermediario como de sus empleados”⁴². El contenido de la actual

normativa peruana es complejo, contradictorio y que merece ser destacado en este punto. Seguidamente, se reseñan los principales aspectos del sistema normativo de intermediación laboral.

i. **Ámbito de Actuación Subjetiva: Empresas de Servicios y Cooperativas de Trabajadores**

En primer lugar, estamos ante una actividad regulada y que cuenta con una legislación que prevé un mecanismo de control sobre las empresas que pueden prestar servicios bajo la intermediación laboral. De un lado, las empresas y cooperativas deben tener como único fin dedicarse a la intermediación laboral, para prestar servicios temporales y complementarios y especializados.

En concreto, tenemos a las empresas de servicios especiales (“services”) que pueden prestar servicios en actividades temporales, complementarios y especializados; por otro lado, están las cooperativas de trabajadores que pueden ser temporales (actividades temporales) y de trabajo y fomento del empleo (actividades complementarias y especializadas). Entonces, las entidades dedicadas a la intermediación laboral, deben dedicarse a prestar exclusivamente estas actividades.

De otro lado, para efectos del inicio de sus actividades, se debe contar con una autorización previa (registro) y expresa del Ministerio de Trabajo para poder iniciar

41 VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Op. Cit. “La intermediación laboral peruana...”, pp. 8-9.

42 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Op. Cit. “Los principios...”, pp. 293-4.

sus operaciones. Este registro es temporal (debe ser renovado) y debe mencionar las actividades concretas que pueden ser materia de intermediación laboral.

ii. **Ámbito de Actuación Objetiva: Actividades de la Usuaria**

Como anota ERMIDA URIARTE, toda legislación que aborde el fenómeno de la intermediación laboral es que ésta sea objetivamente temporal, transitoria, ocasional o interina, debiendo evitarse que sea para recurrir al reemplazo de trabajo normal, pues la verdadera ventaja de la intermediación no está en el costo laboral sino en cubrir rápida y eficazmente necesidades aleatorias, imprevistas, extraordinarias y ajenas al giro normal de la empresa⁴³.

Sobre este tema, la Recomendación 188 de la OIT sobre Agencias de Empleo Privadas, expresamente, anota que la legislación debería prohibir el suministro de trabajadores temporales para realizar actividades permanentes de la empresa usuaria (artículo II.15).

Las normas peruanas han dispuesto que las actividades de intermediación laboral solamente puedan ser de carácter temporal, especializado y complementario (artículo 3 de la Ley) de la empresa usuaria. Ahora bien, nótese que la temporalidad se reduce a dos supuestos claramente delimitados (artículo 11.1 de la Ley): la contratación vía suplencia y de carácter ocasional, aplicándose los requisitos de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL, aprobada por Decreto Supremo No. 003-97-TR)

Los supuestos de suplencia son evidentes: los reemplazos de un trabajador titular mientras dure la ausencia de éste (casos de maternidad, descansos vacacionales, licencias por capacitación, etc.), ya sea que el cargo ocupado corresponda a una actividad principal o complementaria. Ciertamente, no se incluyen en estos casos a los contratos "interinos": servicios temporales en una plaza que era ocupada por un trabajador estable y contratado directamente cuya relación culminó mientras se busca al nuevo trabajador para este puesto laboral.

De otro lado, el supuesto de contratación ocasional (artículo 60 de la LPCL) permite atender "necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis meses al año". Estamos ante un contrato de difícil configuración pues lo relevante es lo no habitual (resulta, existir, finalmente, una causa accidental) y que permite contratar no trabajadores de refuerzo de las actividades principales sino personal adicional para efectuar tareas distintas⁴⁴.

Entonces, estamos ante causas temporales que son una excepción a la regla de contratación general que

prefiere los contratos de duración indeterminada, en la más pura expresión del principio de continuidad laboral aludido por PLÁ RODRÍGUEZ⁴⁵; la pauta es el criterio de temporalidad "en la medida en que para la válida celebración del contrato se exige estricta correspondencia entre la duración del contrato y la naturaleza de los trabajos"⁴⁶. Más todavía, la propia Ley se encarga de advertir que los trabajadores destacados no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de las usuarias. En definitiva, la contratación de personal vía intermediación laboral para actividades principales de una usuaria solamente puede realizarse en dos supuestos: suplencia y ocasionales.

"Las normas peruanas han dispuesto que las actividades de intermediación laboral solamente puedan ser de carácter temporal, especializado y complementario (artículo 3 de la Ley) de la empresa usuaria."

El segundo supuesto son las actividades complementarias de las empresas usuarias. Para la Ley, estamos ante actividades accesorias o no vinculadas al giro principal de las usuarias (artículo 11.2). El Reglamento de la Ley, modificado por el Decreto Supremo No. 008-2007-TR, destaca sobre este tema que estamos ante actividades auxiliares, "no vinculada a la actividad principal y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza"; luego, agrega "La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria" (artículo 1).

En oposición, es una actividad principal de la usuaria y no permitida vía intermediación laboral aquella que "es consustancial con el giro del negocio. Son actividad principal 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" (artículo 1 del Reglamento, también modificado por el Decreto Supremo No. 008-2007-TR)

Este es uno de los temas medulares de la intermediación laboral, en tanto ha dado cabida a las actividades

43 ERMIDA URIARTE, Oscar. Op. Cit. "Prólogo...", pp. 12-13.

44 SANGUINETI, Wilfredo. Los contratos de trabajo de duración determinada. Ed. Ara. Lima, 1999, p. 48.

45 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Los Principios..." Op. Cit., pp. 95 y ss.

46 MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ -SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. Derecho del Trabajo. Ed. Tecnos. Madrid. 2001, p. 502.

complementarias, tanto temporales como permanentes. Los criterios de interpretación sobre los alcances de la actividad principal o propia respecto de la complementaria son múltiples. Así, se ha dicho que lo principal son aquellas que se relacionan con el ciclo productivo, tanto las propiamente principales como aquellas que sirven o colaboran para su cumplimiento; actividades esenciales e imprescindibles; actividades inherentes al ciclo productivo de bienes y servicios; actividades indispensables para desempeñar adecuadamente las funciones; etc.⁴⁷. Como bien destacan VILLAVICENCIO y BALBIN, no se debe atender al objeto social o las actividades usuales de la entidad de intermediación laboral sino a la *"función que la unidad productiva cumple en el mercado"*⁴⁸.

Debemos comprender que las actividades complementarias deben ser periféricas, que no forman parte de la actividad principal o estratégica de la empresa usuaria ni tampoco de las actividades de soporte, a tal punto que la regla interpretativa debe ser la actividad principal y la excepción la complementaria. De este modo, por ejemplo, en una empresa de la industria textil, los obreros de la fábrica realizan una actividad principal y no pueden ser reemplazados por trabajadores destacados de empresas de servicios o de cooperativas de trabajadores (salvo los supuestos de suplencia). A su vez, el personal administrativo de soporte debería ingresar dentro de la actividad principal (conformado por gerentes, abogados, contadores, administradores, etc.) y no califican como actividades complementarias.

Si bien la normativa reseña algunos ejemplos de las actividades complementarias (limpieza, seguridad, vigilancia, reparaciones y mensajería externa), no necesariamente éstos deben ser tomados como los únicos –por ejemplo, además de las citas legales, las actividades realizadas por jardineros o fotocopistas- ni tampoco como que siempre califican como tales –por ejemplo, en una empresa de vigilancia, los vigilantes no pueden ser contratados por una empresa de servicios complementarios-

La actividad complementaria debe ser analizada de modo casuístico, no puede realizarse una afirmación genérica. Pero, en el proceso de identificación de las actividades complementarias debe tenerse en cuenta que la regla en el ordenamiento es la contratación directa por sobre la indirecta (intermediación laboral) y ello implica que la interpretación sobre los alcances de "las actividades complementarias" deba ser restrictiva y limitada a casos concretos. Esto último es relevante porque se aprecia una tendencia inclusiva de las actividades de soporte principal como de carácter complementario.

Además, es importante advertir que las normas no aluden a puestos complementarios sino a actividades complementarias. En tal sentido, la actividad complementaria no importa que los puestos de apoyo

dentro de un área sean accesorios (como un asistente o auxiliar de ingenieros en una fábrica) dado que lo esencial es la calificación de la actividad o fase como complementaria (todos los mensajeros externos, por ejemplo).

Finalmente, tenemos las actividades especializadas, o más concretamente *"de alta especialización"* (artículo 11.3 de la Ley), que son aquellas que exigen *"un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados como el mantenimiento y saneamiento especializados"* pero que son auxiliares, secundarias o no vinculadas a la actividad principal de la usuaria (artículo 1 del Reglamento). Los supuestos son, ciertamente, excepcionales y se reducen a casos como un alto conocimiento en tecnología (tan sofisticado y especializado que los especialistas en el mercado son reducidos).

De lo expresado, queda claro que los supuestos de actuación de las empresas de servicios y cooperativas de trabajadores son reducidos. La intermediación está vedada para las actividades de carácter principal y permanente de la usuaria, muy limitada para las de origen principal y temporal (solamente suplencia y ocasional no mayor de seis meses al año) y delimitada para las actividades complementarias y de alta especialización.

iii. Las Facultades de la Empresa Usuaria: entre la Intermediación y el Outsourcing

Como indicamos precedentemente, la intermediación laboral importa que los trabajadores de las empresas de servicios especiales y cooperativas de trabajadores sean destacados a las empresas usuarias para laborar bajo la dirección de estas últimas. Empero, la regulación laboral se presenta confusa sobre este tema. Veamos.

De un lado, para las actividades temporales, resulta claro que los trabajadores son destacados para prestar servicios a favor de las empresas de usuarias bajo la dirección de las propias contratantes (artículos 11.1 y 12 de la Ley). Luego, el Reglamento apunta que el destaque de los trabajadores a una empresa usuaria importa que ésta *"dirige y supervisa sus tareas"* (artículo 1). Ciertamente, la facultad disciplinaria se mantiene en la entidad de intermediación pues ella no puede ser pasible de transmisión.

Empero, para las actividades especializadas se destaca que *"la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados"* (artículo 11.2 de la Ley) y adicionalmente se anota que estas actividades más las complementarias importan que las entidades de intermediación destacan trabajadores a una empresa usuaria pero *"esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado"*

47 Un estudio de la jurisprudencia española sobre el tema, puede encontrarse en MOLERO MARAÑÓN, María. La descentralización productiva en la unificación de la doctrina. Ed. La Ley, Madrid, 2003, pp. 73 y ss.

48 VILLAVICENCIO, Alfredo & BALBIN, Edgardo. Op. Cit., p. 17.

(artículo 1 del Reglamento) Finalmente, se apunta que los porcentajes limitativos de contratación de trabajadores vía intermediación laboral no se aplican cuando las cooperativas de trabajadores o las empresas de servicios que prestan *“servicios complementarios o especializados deben asumir plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades”* (artículo 5 de la Ley, reiterado por el artículo 3 de la Ley).

De lo expresado, las actividades temporales importan un supuesto que encaja dentro de cualquier definición de intermediación laboral, en tanto se reconoce el ejercicio de las facultades de dirección, organización y fiscalización de las empresas usuarias sobre los trabajadores destacados. Empero, tanto las actividades complementarias como las altamente especializadas reflejan un contenido *“anti-intermediación laboral”* pues aluden a la carencia de facultades de dirección y supervisión de las empresas usuarias (y, si las hace, no serán de modo sustancial), y de otro lado, se anota que si las cooperativas de trabajadores y empresas de servicios asumen plena autonomía técnica y responsabilidad en el desarrollo de sus actividades, no se aplicarán los porcentajes limitativos.

Sobre este tema, destaca VILLAVICENCIO RÍOS que *“estas empresas no entran dentro del paradigma de la intermediación de mano de obra, sino una participación empresarial en un segmento autónomo de las actividades de la empresa usuaria, que incluso en algunos casos hasta requiere incluso de una autorización administrativa”*, inclusive estas empresas tienen muchos rasgos de los procesos de tercerización que aparecen descritos en el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Intermediación laboral⁴⁹.

En nuestra opinión, la regulación legal desnaturaliza la figura de intermediación laboral al excluir al empleador de sus facultades de dirección y control. ¿Cómo puede existir un destaque de mano de obra sin poder de dirección? Si el poder de dirección y fiscalización se mantienen en las empresas de servicios y cooperativas de trabajadores, ¿puede sostenerse válidamente que estamos ante una intermediación laboral? Más todavía, ¿se puede excluir de los límites de la intermediación cuando los trabajadores de una cooperativa de trabajadores o empresa de servicios tienen autonomía técnica y responsabilidad en el desarrollo de sus labores?.

Una manera de salvar la regulación en este punto es indicar que las referencias a la autonomía técnica y la responsabilidad en la prestación de servicios se exigen para que no se apliquen los límites del 20% limitativo (artículos 6 y 3 de la Ley y Reglamento, respectivamente) para las actividades complementarias o especializadas, pero ello encuentra contradicción con lo expresado en los artículos 11.3 de la Ley y 1 del Reglamento que

regulan los supuestos de procedencia de la prestación de servicios complementarios y especializados vía intermediación laboral.

Las respuestas a las preguntas citadas solamente pueden admitirse si estamos ante un mecanismo distinto de la intermediación: pareciéramos encontrarnos ante el outsourcing o tercerización de actividades complementarias y altamente especializadas pues en ellas no hay sujeción de subordinación de los trabajadores de los contratistas y éstas desarrollan sus servicios con niveles relevantes de autonomía y bajo su cuenta y riesgo –lógicas consecuencias de asumir una *“responsabilidad en las labores”*⁵⁰.

“En nuestra opinión, la regulación legal desnaturaliza la figura de intermediación laboral al excluir al empleador de sus facultades de dirección y control”.

Cabe apreciar si es válida una configuración contractual que suponga que trabajadores de una empresa de servicios complementarios o de cooperativa de trabajadores se encuentren en bajo completa subordinación de una empresa usuaria y sin que se verifique una autonomía técnica ni una responsabilidad en el desarrollo de la prestación laboral. En este caso, ¿estaríamos ante una intermediación laboral válida? La respuesta debiera ser afirmativa a nuestro entender, muy a pesar de la poca adecuada regulación laboral sobre este punto, pues estamos ante un ordinario supuesto de intermediación laboral. En definitiva, nos encontramos ante mecanismos de intermediación laboral por imposición legal pese a que, en la práctica, usualmente funcionan como empresas de tercerización de servicios.

Para terminar, debemos añadir que la regulación sobre la autonomía técnica y la responsabilidad en el desarrollo de los servicios responde a la propia clasificación de actividades complementarias: muchas de las actividades complementarias representan, en realidad, la prestación de un servicio integral con asunción de los costos y gastos del servicio (piénsese en un servicio de vigilancia o limpieza en la cual los uniformes, herramientas de trabajo e insumos son asumidos por las entidades de intermediación laboral). En estos casos, estamos ante una calificación legal sobre supuestos de intermediación laboral.

En definitiva, en el caso de actividades temporales, los trabajadores destacados laboran bajo la dirección

49 VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Op. Cit. *“La intermediación laboral peruana...”*, pp. 9-10.

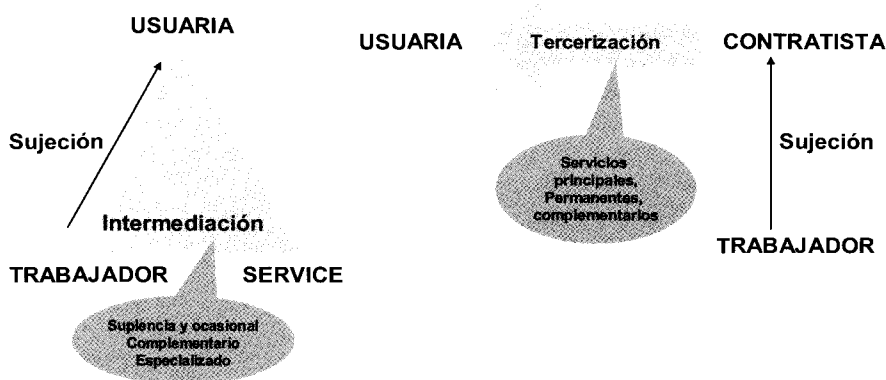
50 Un análisis sobre la real naturaleza de los servicios complementarios, puede encontrarse en VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *“La flexibilidad ...”*. Op. Cit., pp. 88-89.

de la usuaria (típica configuración de intermediación laboral). En las actividades complementarias y de alta especialización, no debe existir una preeminencia de las empresas usuarias en la determinación del contenido obligatorio de los trabajadores destacados pues la fuente central debe provenir de las cooperativas

de trabajadores y empresas de servicios especiales (delicado equilibrio que debe lograrse para diferenciar una intermediación de un outsourcing).

Todo lo que hemos expresado precedentemente, puede resumirse en el gráfico siguiente:

DIFERENCIAS ENTRE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS



iv. La equiparación de derechos y beneficios laborales

Nos parece que la legislación debió prever, antes de una equiparación, contener una norma expresa que reconozca que los trabajadores que laboran vía intermediación laboral, tienen todos derechos y beneficios previstos en la legislación laboral, tanto individuales como los colectivos (tal como lo prevé el Convenio 181 de la OIT).

Las normas disponen que las empresas de servicios y las cooperativas de trabajadores deben reconocer las mismas remuneraciones y condiciones de trabajo a sus trabajadores destacados que aquellos que se otorgan a los trabajadores de la empresa usuaria (artículo 7 de la Ley), siempre que se cumplan las siguientes premisas (artículo 5 del Reglamento): i) se trate de remuneraciones y condiciones de alcance general de acuerdo a la categoría ocupacional; ii) la extensión procederá por el tiempo de destaque; iii) no serán extensivas cuando los beneficios se concedan por una situación especial objetiva, inherentes a las calificaciones personales, desarrollo de actividades, particularidades específicas o cumplimiento de condiciones específicas, y; iv) la extensión procederá siempre que exista un trabajador en las mismas laborales que los trabajadores destacados.

Hay varios comentarios sobre este tema. En primer lugar, consideramos que los beneficios que se pueden extender deberían ser aquellos que correspondan al puesto de

trabajo y no la persona misma del trabajador de la empresa usuaria; en esta línea, aquellos complementos y suplementos como un bono de antigüedad o una asignación por cónyuge, no debieran ser materia de equiparación, y en sentido contrario, una bonificación por nocturnidad aplicable al puesto si debiera ser materia de extensión⁵¹.

De otro lado, llama la atención que se extiendan las condiciones de trabajo y las remuneraciones, sin que se mencione a los conceptos no remunerativos (artículos 19 y 20 de la Ley de CTS, Decreto Supremo No. 001-97-TR, en concordancia con el artículo 7 de la LPCL); de este modo, asignaciones por fallecimiento, escolaridad, vales de alimentos, refrigerio, etc. no serían materia de extensión. Ciertamente, las utilidades sí deben ser excluidas pues cada empresa cuenta con sus utilidades propias pero pareciera ser que no existe una causa razonable para no incluir dentro de la extensión a los conceptos o remunerativos.

En segundo lugar, es curiosa la referencia al criterio de generalidad (criterio más bien utilizado por el Derecho Tributario para aceptar la deducción de gastos laborales), especialmente cuando en determinados casos puede existir un solo trabajador de la empresa usuaria y varios de las entidades de intermediación laboral.

En tercer lugar, los requisitos que se exigen para que proceda la extensión de derechos y beneficios sociales aluden a la verificación de criterios objetivos

51 En la misma línea, REY GUANTER, Salvador Del. "Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal". En: AA.VV. El Estatuto de los Trabajadores, Veinte Años Después. Revista Española de Derecho del Trabajo, Madrid, 2000, pp. 922-23.

y razonables de comparación entre el trabajador de la usuaria y el destacado. Tal vez, en este punto, habría sido más conveniente una mención al principio de igualdad de trato para la determinación del supuesto legal, tal como lo regulaban las normas anteriores⁵².

Por último, conviene advertir que, en el caso de los socios-trabajadores de una cooperativa, el derecho a una indemnización por despido es, prácticamente inexistente. En efecto, como se ha anotado, cuando las cooperativas deciden prescindir de un socio trabajador no aplican *“las reglas concernientes al despido sino que aplica su estatuto en la parte concerniente a la separación de los asociados, que suele ser incausada y surtir efectos sólo por la decisión del órgano directivo correspondiente”*⁵³. En suma, al no existir despido, no se reconoce el derecho a una indemnización por despido arbitrario que, en el caso de una cooperativa de trabajadores que no cuenta con una vida asociativa, las observaciones son mayores.

v. Los Límites Cuantitativos: Carencia de Relevancia

Los límites cuantitativos debieran constituir en uno de los elementos centrales para el empleo de la intermediación laboral. Empero, en tanto el límite del 20% sobre la planilla de la empresa usuaria ha sido planteado para las actividades temporales que son solamente de suplencia y ocasionales (artículos 6 y 3 de la Ley y Reglamento, respectivamente), carece de relevancia pues las empresas no suelen requerir de un alto índice de trabajadores para suplencia (reemplazos) o necesidades ocasionales (no habituales, no mayores de seis meses).

Como ya se apuntó, para las actividades complementarias o de alta especialización, no están bajo los alcances de los límites porcentuales de contratación en tanto son accesorios o periféricos, salvo que se considere que si no existe autonomía o responsabilidad en las labores tales servicios también estarían dentro del límite del 20% (artículo 5 de la Ley, reiterado por el artículo 3 de la Ley). De aceptarse esto último, el límite del 20% sí podría ser un elemento delimitador de la prestación intermediadora.

vi. Igualdad de Trato: no Discriminación de Trabajadores

El Convenio 181 de la OIT sobre Agencias de Empleo Privada, indica que las empresas dedicadas a la provisión de mano de obra deben tratar *“a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales, tales como la edad o la discapacidad”*

Las normas laborales peruanas no contienen precepto sobre este principio de igualdad aplicado a las relaciones laborales en las empresas de servicios y cooperativas de trabajadores. Aspectos referidos a preferencias subjetivas en el sistema de destaque de personal en las empresas clientes o la rotación entre las empresas clientes, así como la entrega de condiciones laborales y beneficios diferenciados sin base objetiva, etc. son aspectos que, si bien están prohibidos en virtud de la Constitución (artículo 26, 2 de la Constitución de 1993), pudieron estar incluidos dentro de la regulación legal en intermediación laboral.

vii. Las Garantías Laborales: Beneficios Laborales y Seguridad Social

La legislación ha previsto una serie de garantías que permiten que los trabajadores destacados puedan cobrar sus beneficios sociales y no pierdan la protección de la seguridad social. De esta manera, se prevé un capital mínimo (45 UIT para empresas de servicios especiales, artículo 14 de la Ley), la expedición de una carta fianza grupal o individual (artículo 24 de la Ley y artículos 17 y siguientes del Reglamento) y, si pese a ello, no se pagaran los beneficios laborales, se impone una responsabilidad solidaria de las empresas usuarias (artículos 25 y 26 de la Ley y Reglamento, respectivamente).

El artículo 24 de la Ley indica que la fianza garantiza *“el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria”*. Seguidamente, el artículo 25 de la Ley prevé que en caso que *“la fianza otorgada por las entidades resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores destacados a las empresas usuarias, éstas serán solidariamente responsables del pago de tales adeudos”*. Finalmente, el artículo 26 del Reglamento prevé que *“la empresa usuaria es solidariamente responsable con la entidad que le destaca trabajadores por los derechos laborales, de origen legal o colectivo, de éstos que no están cubiertos por la fianza”*.

De lo expresado, puede notarse que la fianza cubre los adeudos laborales y de seguridad social, y la solidaridad se aplica a falta de la fianza y se extiende a los adeudos laborales, sin que exista mención en la Ley y Reglamento a la seguridad social. En nuestra opinión, la solidaridad también se extendería a los aportes a la Seguridad Social, pues la responsabilidad solidaria se aplica en defecto de la fianza y, consideramos que la expresión *“obligaciones laborales”* se ha utilizado de manera general y coloquial, comprendiendo las aportaciones a la seguridad social. Sobre este tema, se puede agregar que el Convenio OIT 181 (que tiene el carácter de recomendación en nuestro sistema legal), anota que el sistema de responsabilidad de la empresa usuaria también debe comprender a las aportaciones de seguridad social obligatorias (artículo 12).

52 Pese a ello, cabe anotar la escasa aplicación práctica que tiene una regulación de extensión de derechos y beneficios laborales a los trabajadores de intermediación laboral pues resulta muy difícil encontrar trabajadores de la empresa usuaria que desarrollen las mismas actividades. Al respecto, puede verse VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *“La flexibilidad ...”*. Op. Cit., pp. 94-95.

53 VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *“La intermediación laboral peruana ...”*. Op. Cit., p. 14.

Con relación a la imputación de la solidaridad, consideramos que lo más adecuado hubiera sido prever una responsabilidad subsidiaria, que importa una prelación de responsabilidades, de tal manera que la empresa de servicios sea la directa y primera responsable (finalmente, es el empleador y éste deba asumir los pagos laborales) y subsidiariamente la empresa usuaria, salvo, como apunta AMEGLIO, que exista un fraude en la contratación de parte de la empresa usuaria⁵⁴.

Estos mecanismos legales buscan que los trabajadores destacados no dejen de percibir los beneficios laborales y sociales –dentro de estos últimos, los pagos a ESSALUD, ONP, AFPs, EPSs y Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo-. Ciertamente, la protección comprende cualquier beneficio legal o convencional y por los períodos laborados para cada empresa usuaria.

Ahora bien, cabe preguntarse si, en caso de insolvencia de la empresa usuaria, ¿cómo se aplicarían las reglas de privilegio laboral: tanto los trabajadores de la empresa usuaria como los que fueron destacados a ella por una cooperativa de trabajadores –que tampoco pagó los beneficios laborales- están en el mismo nivel de privilegio laboral, o los trabajadores de la cooperativa debieran ocupar un nivel inferior en la prelación de créditos. El Decreto Legislativo No. 856 no cuenta con una regulación sobre el particular pues solamente alude a los créditos laborales. Nosotros estimamos que los trabajadores de las entidades de intermediación laboral tienen los mismos derechos que los trabajadores de la empresa usuaria y la aplicación legal de la solidaridad importa que los trabajadores destacados tengan a su favor un crédito laboral⁵⁵.

Finalmente, cabe referirnos a un cuestionable supuesto de exclusión de responsabilidad laboral. La Primera Disposición Final y Transitoria del Reglamento de la Ley prevé que los organismos públicos se rigen por las normas de presupuesto y de contratación estatal y, por ello, no resulta aplicable en estos casos la responsabilidad solidaria ni la exigencia de la carta fianza; si se detectara un incumplimiento laboral, los respectivos contratos se resolverán. Consideramos que no hay razones para que el Estado incorpore una cláusula de exclusión y no tenga responsabilidad solidaria cuando contrata trabajadores vía intermediación laboral. Estamos, una vez más, ante un supuesto de “desigualdad de trato” a favor del Estado.

3.3. Principales Supuestos de Incumplimientos y Laboralización en la Empresa Usuaria

La regulación de la intermediación laboral tiene una seria de supuestos de incumplimientos y sanciones laborales. Llama la atención la apuesta de la regulación laboral por la imposición de sanciones pecuniarias (multas) sobre la laboralización directa de los trabajadores en la usuaria. La consideración de una relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador destacado se produce en supuestos delimitados y en la reiterancia –es el único supuesto de laboralización por reiterado incumplimiento, pues la relación laboral directa suele imponerse cuando se detecta el primer incumplimiento- del incumplimiento del empleador.

A continuación, describiremos los más relevantes supuestos de incumplimientos previstos en la Ley y Reglamento de intermediación laboral⁵⁶.

Denominación	Descripción
1. No conceder carta fianza o que ésta sea insuficiente para cubrir los adeudos que pudiera tener la empresa de intermediación con trabajadores.	Si la carta fianza concedida resulta insuficiente para el pago de los derechos laborales que pudieran adeudarse, la empresa usuaria será responsable solidaria por el pago de dichos adeudos.
2. Si es que la empresa de intermediación no hubiera acreditado el capital mínimo exigido.	Si es que la empresa de intermediación no acredita el capital mínimo, la Autoridad Administrativa denegará la inscripción solicitada, por tanto, al contratar con una empresa que no hubiera acreditado el capital mínimo requerido se estaría contratando con una empresa informal y las consecuencias serían las siguientes: <ul style="list-style-type: none"> - Se entenderá que desde el inicio de la prestación los trabajadores destacados han sido trabajadores de la empresa usuaria, si luego de una visita inspectiva no existiera alguna adecuación. - Se le impondrá a la empresa usuaria una multa equivalente a una sanción de tercer grado, que, dependiendo del número de trabajadores afectados y del número de infracciones cometidas, fluctuará entre el 5% y el 100% de 10 UIT.
3. Si es que se contrata a una empresa a la cual la Autoridad Administrativa no le ha otorgado la autorización respectiva.	Si es que se contrata a una empresa de intermediación que no cuenta con la autorización respectiva, las consecuencias serían las mismas que las previstas en el numeral 2 precedente.

54 AMEGLIO, Eduardo. Las empresas suministradoras de mano de obra temporal. FCU. Montevideo, 1984, pp. 144 y ss.,

55 Sobre este mismo tema pero respecto de la legislación precedente, pueden verse TOYAMA, Jorge. “La intermediación laboral: las nuevas formas de contratación”. En: Revista Asesoría Laboral No. 57. Lima, setiembre de 1995, p. 14 y ss. y, TOYAMA, Jorge. “El nuevo Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo y las Cooperativas de Trabajadores”. En: Revista Asesoría Laboral. Lima, febrero de 1996, p. 12 y ss.

56 Los supuestos de laboralización directa entre el trabajador destacado y la empresa usuaria, ha sido ratificada por el artículo 9.3 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 020-2001-TR y modificado por el Decreto Supremo No. 010-2004.

<p>4. En el caso que se contrate a una empresa de servicios complementarios para que a través de su personal se desarrollen actividades principales, o una empresa de servicios especializados para actividades que no son de alta especialización.</p>	<p>Si se contrata a una empresa de servicios complementarios para que se desarrollen actividades principales o una empresa de servicios especializados para actividades que no son de alta especialización, las consecuencias serían las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Se entenderá que desde el inicio de la prestación los trabajadores destacados han sido trabajadores de la empresa usuaria. - Se le impondrá a la empresa usuaria una multa equivalente a una sanción de tercer grado, que, dependiendo del número de trabajadores afectados y del número de infracciones cometidas, fluctuará entre fluctuará entre el 5% y el 100% de 10 UIT.
<p>5. Si se excedieran los porcentajes limitativos establecidos por la Ley con respecto a la contratación de una empresa de servicios temporales (20%).</p>	<p>Si se excedieran los porcentajes limitativos establecidos por la Ley con respecto a la contratación de una empresa de servicios temporales (20%), las consecuencias serían las descritas en el numeral 4. precedente.</p>
<p>6. Si se contratase a una empresa de servicios temporales para que desarrollen actividades distintas a las que pudieran ser cubiertas por contratos de naturaleza ocasional o de suplencia.</p>	<p>En el caso que se contratase a una empresa de servicios temporales para que desarrollen actividades distintas a las que pudieran ser cubiertas por contratos de naturaleza ocasional o de suplencia, las consecuencias serían las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Se considerará a estas personas como trabajadores de la empresa usuaria - Se le impondrá a la empresa usuaria una multa equivalente a una sanción de tercer grado, que, dependiendo del número de trabajadores afectados y del número de infracciones cometidas, fluctuará entre fluctuará entre el 5% y el 100% de 10 UIT.
<p>7. Si en el contrato de Locación de Servicios que celebrasen la empresa usuaria y la entidad intermediadora no se incluyeran la fundamentación de la naturaleza temporal, complementaria o especializada del servicio ni los términos del contrato del personal destacado.</p>	<p>Se considerara tal incumplimiento como una sanción de primer grado, la cual es equivalente al pago de una multa que fluctuará entre 5% y el 100% de 2.5 UIT, dependiendo del número de trabajadores afectados y el número de infracciones cometidas.</p>
<p>8. Contratación para cubrir ausencias de personal en huelga o para destacar personal en otra empresas especiales de servicios</p>	<p>Laboralización en la empresa usuaria</p>

4. La SUNAT y las Actividades Ilícitas de Intermediación Laboral

La SUNAT ha establecido el sistema de detracción del IGV (14%) a la intermediación laboral y aquellos servicios tercerizados (outsourcing o descentralización productiva) encubiertos, y otros supuesto lícitos de tercerización. Lo expuesto confiere a la SUNAT un mayor criterio discrecional en la determinación de los alcances de la intermediación laboral. En este caso, el Derecho Tributario, con fines recaudatorios, ha dictado una medida especial sobre los mecanismos de contratación laboral indirecta, esto es, la intermediación laboral.

La SUNAT ha fijado un sistema de detracción especial obligatoria de IGV a la prestación de servicios de intermediación laboral (Resolución de Superintendencia No. 131-2003/SUNAT) y que luego ha sido ampliado a ciertos supuestos de tercerización de servicios (Resolución de Superintendencia No. 183-2004/SUNAT). Este régimen prevé un procedimiento de detracción especial del IGV para la intermediación laboral, similar al que se aplica para el azúcar y los combustibles: las empresas usuarias (las que reciben los servicios de intermediación laboral), deberán detraer el 14% del precio del servicio -el mismo que no podrá ser a un valor inferior al del mercado- y pagado en el Banco de la Nación a nombre de las entidades de intermediación laboral.

Como hemos descrito, mediante Resolución de Superintendencia N° 183-2004/SUNAT, vigente desde el 15 de septiembre del 2004, se incorporaron dentro del sistema de detracción a los contratos de gerencia y los servicios relacionados con actividades empresariales (contabilidad, auditoría, publicidad, asesoría legal, asesoramiento empresarial y de gestión, limpieza de edificios, etc.). En estos casos taxativos de tercerización, también cabría detracción del IGV.

La referencia del Derecho Tributario al Laboral ha sido abordada por la SUNAT. En efecto, en el Informe No. 244-2003-SUNAT/2B0000 se analizan los supuestos de intermediación laboral a partir de lo expuesto en las normas laborales (Ley No. 27626 y complementarias) para fijar el ámbito de aplicación de las normas laborales.

Los resultados de la actuación de SUNAT saltan a la vista. La información que ha sido brindada en algunas conferencias denota que hacia junio de 2004, habían 1,123 entidades de intermediación laboral pero 244 presentan inconsistencias (50 no declaran trabajadores, 16 solamente personal bajo relaciones civiles y 178 tienen mucho mayor personal bajo relaciones civiles que laborales), siendo las actividades que presentan mayores irregularidades las siguientes: servicios complementarios (vigilancia, limpieza y mensajería), contratistas mineras, confección civil, construcción civil e industrias gaseosas.

Consideramos que la regulación tributaria está generando un mayor índice de cumplimiento laboral por los alcances de la fiscalización de la SUNAT así como las sanciones. Una vez más, la presión fiscal suele ser mayor que la presión de cumplimiento laboral. Hay, entonces, mucho por trabajar en la regulación laboral de este fenómeno.

5. A título de Conclusiones

Estamos ante uno de los fenómenos más relevantes del Derecho Laboral: la descentralización de servicios. El tratamiento laboral, a nivel normativo, académico y jurisprudencial es todavía insuficiente pero la realidad brinda un mayor contenido y una evolución dinámica y cambiante.

Mientras que las relaciones de intermediación externalizan el servicio laboral pero dentro del sistema limitante y complejo del Derecho del Trabajo –en tanto que el trabajador destacado debe estar registrado en planillas-, el outsourcing puede importar el empleo de figuras tanto laborales como no laborales. En otras palabras, por medio del outsourcing se puede reemplazar al contrato de trabajo por uno de carácter mercantil (un outsourcing de una persona natural que brinda servicios de transporte de mercaderías, por ejemplo).

Las empresas están vaciando su contenido y cambiando de “sitio”, y las relaciones laborales se han transformado. El trabajador red, la empresa unipersonal bajo un outsourcing, las relaciones internacionales de trabajo en empresas tercerizadas y en la provisión de mano de obra son hechos que se multiplican mientras el Derecho Laboral está ausente, contemplando.

“Consideramos que la regulación tributaria está generando un mayor índice de cumplimiento laboral por los alcances de la fiscalización de la SUNAT así como las sanciones.”

Consideramos que resulta relevante una regulación de este complejo fenómeno en dos vías: reformulando las rígidas disposiciones de intermediación laboral, y de otro lado, regulando los fenómenos de externalización. El Derecho suele llegar tarde, y en este caso está contemplando al libre mercado de descentralización de servicios sin regularlo. Ya la SUNAT ha regulado parte del fenómeno, esperamos que no sea la “presión tributaria” la única disposición sobre externalización de servicios 