

---

# La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico

**Alfredo Villavicencio Ríos**

Viceministro de Trabajo, Doctor en Derecho.

Profesor de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## 1. Marco teórico respecto el fenómeno de la subcontratación: denominación, definición y causas

La literatura laboralista está cada vez más llena de estudios respecto de un fenómeno que ha venido acentuándose cotidianamente y que se caracteriza por el surgimiento o incremento de modalidades atípicas de prestación de servicios, vinculadas, principalmente, y en lo que a nosotros interesa, a las nuevas maneras de organización de la producción y del trabajo, que involucran fenómenos que rompen con la necesidad de centrar todas las funciones productivas (y el personal consiguiente) en la empresa (modelo fordista), y se dirigen hacia la concentración en ésta de las actividades nucleares (con personal propio y cedido), externalizando aquéllas que se consideran periféricas, cuya ejecución es encomendada a contratistas externos<sup>(1)</sup>, todo ello dentro de un modelo que Piore y Sabel<sup>(2)</sup> denominan “especialización flexible”<sup>(3)</sup>.

Indudablemente, y en lo que hace al interés concreto de este ensayo, no se trata de un fenómeno totalmente nuevo, puesto que la prestación de servicios

vía empresas temporales comienza con la llegada de los años veinte (en Estados Unidos y en Europa), como hace notar Ameglio<sup>(4)</sup> y la subcontratación de ciertas fases de la producción era también común en industrias como la construcción, textiles o calzado. Sin embargo, el fin de siglo nos ha deparado un florecimiento de estas formas tradicionales y el surgimiento de nuevas maneras de prestar servicios en similares situaciones que están operando una redefinición del paradigma productivo y del trabajador<sup>(5)</sup>, con un impacto importante en la esfera del Derecho del Trabajo.

A este fenómeno se lo denomina de muy diversas maneras, siendo las más comunes las de subcontratación, tercerización, externalización, exteriorización del empleo, descentralización o desconcentración productiva o funcional<sup>(6)</sup>. De todas ellas, preferimos para este estudio el nombre de subcontratación, porque engloba con mayor facilidad las principales modalidades existentes, que en algún caso significativo (intermediación) parecería no estar plenamente recogido en las otras alternativas, y porque además es el término que viene usando la OIT. Aunque, también somos conscientes de las dificultades que

(1) BRONSTEIN, Arturo. *La intermediación laboral en las normas de la OIT*. En: *Revista de Trabajo*. Número 6. *Entorno socioeconómico y jurídico de la subcontratación laboral*. Mimeo, 1999.

(2) PIORE, Michael y Charles SABEL. *La segunda ruptura industrial*. Buenos Aires: Alianza Editorial, 1993.

(3) Este fenómeno ha merecido incluso la publicación de un específico y muy interesante libro del emblemático Grupo de los Miércoles Montevideano, llamado: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000.

(4) AMEGLIO, Eduardo. *Las empresas suministradoras de mano de obra temporal*. Montevideo: Amalio Fernández, 1984. p. 57.

(5) CORIAT, Benjamín. *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*. Mexico: Siglo XXI Editores, 1982.

(6) RACCIATI, Octavio. *Tercerización: exteriorización del empleo y descentralización productiva*. En: *Derecho Laboral*. Número 185. Montevideo, 1997. pp. 137 y 138.

tiene también esta denominación, sobre todo por el diverso contenido que tiene en muchos países<sup>(7)</sup>.

Un conjunto importante de causas de diversa índole han sido identificadas por la doctrina como las que fundamentan la aparición de las nuevas modalidades de subcontratación o el incremento considerable de aquéllas que tienen larga data y se inscriben en este fenómeno. Dentro de las principales causas podemos destacar las siguientes:

a) El paso del paradigma productivo *fordista* al *toyotista*, con las ya mencionadas transformaciones en la organización del trabajo y de la producción, que están conduciendo a una mayor especialización productiva, con su correlato de externalización de las actividades secundarias o periféricas, lo que a su vez permite una mayor reducción de costos y una minimización de la mano de obra utilizada directamente. Este fenómeno está llevando a que se amplíe el radio de acción de las actividades tercerizadas, con las consiguientes dificultades a la hora de precisar si se trata de actividades secundarias o principales y con muchos problemas a la hora de precisar el grado de responsabilidad frente a los trabajadores de dichas empresas económicamente vinculadas.

b) El incremento de las tasas de desempleo, que llevó a que los trabajadores aceptaran laborar a través de estas modalidades, ante la dificultad de acceder a puestos de trabajo directos.

c) El debilitamiento de los sindicatos, que perdieron capacidad de presión para oponerse a tales medidas.

d) Las políticas de ajuste neoliberales que han impulsado la utilización de las diversas formas de subcontratación, como son las empresas de trabajo temporal o las cooperativas en nuestro país, así como el recurso a modalidades de encubrimiento de la relación laboral, como pueden ser la utilización de trabajadores

“sin contrato”, que actualmente en el Perú llegan hasta el 51.2 por ciento de los asalariados<sup>(8)</sup>, o el uso de la locación de servicios para labores subordinadas<sup>(9)</sup>.

e) La terciarización de la economía que ha conducido a que las actividades de las empresas vinculadas al sector servicios se autonomicen y pasen a ser prestadas por “terceros”.

f) La mayor flexibilidad laboral resultante de estos fenómenos, que facilitó la utilización de estas modalidades atípicas, y que se expresa en varios terrenos:

f.1. Una mayor facilidad para la adecuación de la plantilla de la empresa, fuera de las rigideces propias del Derecho Laboral, definiendo su volumen de mano de obra permanente dentro de los límites de lo que se considera indispensable (curva de actividad de la empresa), recurriendo para lo demás a personal externo a la empresa. Ello conduce a dotar de mayores facilidades para la contratación y la terminación de las relaciones laborales para aquellas actividades que resultan secundarias frente incluso a factores exógenos de naturaleza económica o normativa. Se trata de conseguir un empleo *just in time* que facilite esta permanente adecuación de la plantilla a las necesidades del mercado.

f.2. La reducción de los costos laborales cuando se recurre a estas modalidades de subcontratación, por la desigualdad de trato que se presenta expresa o encubiertamente, tanto en materia de condiciones de trabajo, como de seguridad social.

Estos menores costos se expresan también en el hecho de que los trabajadores destacados no cuentan generalmente con tutela colectiva, por su alto grado de precariedad, lo que conduce a que tengan pactados menores derechos que los de la empresa usuaria.

La diversidad en las denominaciones y en las causas arrojan un fenómeno de gran complejidad y

(7) Sobre el particular véase las discusiones de la Comisión de Trabajo en Subcontratación, OIT, (1998). En tal sentido, sostiene Bronstein (BRONSTEIN, Arturo. *Op. cit.*; pp. 4 y 5) que: “para una mayoría de países de lengua inglesa el término *subcontracting* tiende a aplicarse a la sustitución de una relación de trabajo por un contrato comercial (por ejemplo el conductor asalariado de una empresa deviene en transportista autónomo, con contrato con ella, sin que la naturaleza de sus tareas haya variado), mientras que *contract labour* corresponderla al suministro de mano de obra mediante intermediación laboral. Para los países de lengua española subcontratación se identifica a veces con el suministro de fuerza de trabajo, pero otras veces (como en España) se emplea dicho término para la subcontratación de obra (en este caso se habla de contrata), reservándose el de intermediación para la de trabajo. A su vez los de lengua francesa distinguen entre la *sous-traitance* para los servicios y la *sous-entreprise* para la mano de obra, a la que también pueden denominar *marchandage* si asume una forma prohibida por la ley, o *mise a disposition* (de trabajadores) cuando la ley lo permite (por ejemplo cuando se hace con la intermediación de una empresa de trabajo temporal)”.

(8) Según la Encuesta de niveles de empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social (1997).

(9) En función de ello, algunos economistas del trabajo (CHACALTANA, Juan. *Los costos laborales efectivos: una estimación para el caso peruano*. En: OIT. *Costos Laborales en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú*. 1999) consideran dos tipos de subcontratación: directa, que incluye a los trabajadores “sin contrato” (trabajadores clandestinos) y a las demás formas de encubrimiento de la relación laboral; e indirecta, que está referida a los mecanismos de intermediación.

heterogeneidad, que ha tenido como consecuencia una mayor utilización de modalidades tradicionales de subcontratación como el surgimiento de expresiones nuevas, que han llevado a que se presenten muchas dificultades para el tratamiento más o menos unitario de este fenómeno, aunque tienen como sustrato común un conjunto de desventajas para el trabajador, expresadas tanto en el terreno general como en el de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, como veremos en detalle posteriormente en sus manifestaciones para el caso peruano.

Por todo ello, este tema viene siendo estudiado hace algún tiempo por la OIT, con miras a aprobar un Convenio que establezca las pautas internacionales aceptables para todos los que intervienen en esta nueva configuración productiva. Sin embargo, la complejidad y heterogeneidad del tema, así como lo radicalmente encontrado de las posiciones de los trabajadores y empleadores, ha llevado a que inusitadamente en 1998 no haya sido posible aprobar tal norma y se haya dado un plazo adicional para volver a ocuparse del tema (aunque con un espectro mayor).

En el terreno de la intermediación, si se ha producido una interesante normativa de la OIT, que desde 1933 ha ido desarrollándose desde una primera regulación muy restrictiva hasta niveles de permisividad cada vez mayores<sup>(10)</sup>, constituyéndose, según Neves Mujica<sup>(11)</sup>, en un antecedente más o menos remoto (y en el ordenamiento internacional) de lo que hoy día llamamos flexibilización. Al respecto, hay que resaltar, al menos, los Convenios 34, sobre las agencias retribuidas de colocación (1933)<sup>(12)</sup>; 88, sobre el servicio de empleo (1948); 96, sobre las agencias retribuidas de colocación (1949)<sup>(13)</sup>; y, 181, sobre las agencias de empleo privadas (1997)<sup>(14)</sup>. Estas normas comienzan mostrando una

visión completamente negativa de las actividades lucrativas de suministro de mano de obra, al exigir la supresión de las agencias retribuidas de colocación en un plazo de 3 años (Convenio 33), para luego ir matizando esta percepción, al relativizar el monopolio estatal en materia de colocación (Convenio 88), admitir a regañadientes todavía la existencia de las agencias de colocación privadas, aunque sujetas a rigurosos controles estatales (Convenio 96)<sup>(15)</sup>, y terminar aceptando la licitud de las actividades de intermediación y relajando las exigencias de control (Convenio 181). Esta evolución puede explicarse desde los propios considerandos del Convenio 181, en los que, confirmando el sentido de la opinión de Neves Mujica antes reseñada (que era, además, sobre el Convenio 96) se realiza “la importancia que representa la flexibilidad para los mercados de trabajo”<sup>(16)</sup>, se reconoce que “el contexto en que funcionan las agencias de empleo privadas es muy distinto de las condiciones existentes cuando se procedió a la adopción del mencionado Convenio” (96) y se reconoce “el papel que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado”.

## 2. Las principales expresiones de la subcontratación

Dentro de la complejidad y heterogeneidad de formas en que se expresa la subcontratación, puede trazarse una tipología en la que se encuentran las dos principales expresiones de la misma y que resultan de especial y directo interés en el objeto de análisis de este ensayo: la intermediación y la tercerización, a las que nos vamos a acercar puesto que tienen un interés especial dentro del caso peruano.

(10) La primera referencia al tema de la intermediación en los instrumentos de la OIT se encuentra en la Recomendación 1, sobre el desempleo (1919), en la que se aboga por la prohibición de las “agencias retribuidas de colocación o empresas comerciales de colocación”. Sin embargo, es recién en 1933 cuando se aprueba el primer Convenio específico (34), de allí que hayamos tomado esta fecha como el punto de partida de esta esquemática presentación de la normativa de la OIT.

(11) NEVES MUJICA, Javier. *Intermediación Laboral: Agencias de colocación y empresas de servicios*. En: *Derecho y Sociedad*. Número 11. Lima, 1996.

(12) Revisado por el Convenio 96.

(13) Revisado por el Convenio 181.

(14) Que se acompaña de la Recomendación 188.

(15) En este Convenio establece que los Estados tienen la siguiente opción en materia de agencias de colocación: o suprimen progresivamente las agencias lucrativas y regulan de manera muy estricta y controlista las demás agencias (autorización de funcionamiento, mecanismos de vigilancia permanentes, fijación de tarifas), o simplemente reglamentan con tal carácter todo tipo de agencias, según aceptaran los Estados la Parte 110 II o III del Convenio.

(16) Único Convenio de OIT en el que se encuentra una referencia expresa a la flexibilidad, como lo señala Vega Ruiz en su trabajo *Flexibilización y las normas internacionales de trabajo*, publicado en el libro *Estudios sobre la Flexibilidad en el Perú*. Lima: OIT, 2000.

### 2.1. La subcontratación de mano de obra o intermediación<sup>(17)</sup>

Se proporciona trabajadores, cuya actividad va a ser dirigida y controlada por el empresario que se hace cargo de ellos. Se trata de relaciones triangulares en las que una empresa celebra un contrato civil con otra para proporcionarle trabajadores vinculados a la primera, pero que prestarán sus servicios bajo la dirección y el control de la segunda<sup>(18)</sup>. Debiendo destacarse con Valdés Dal-Re<sup>(19)</sup> que no todas las facultades que integran el poder directivo del empresario son trasladadas a la empresa “usuaria”, puesto que el poder disciplinario es conservado por la empresa suministradora de mano de obra.

Si nos acercamos al punto esencial para la determinación del supuesto, veremos que se trata sin lugar a dudas de la existencia de dos empleadores, uno formal y otro real, sin que exista una relación laboral entre el empleador real y el trabajador. Se rompe con la tradicional relación jurídica directa entre quien presta y quien recibe un servicio subordinado y dependiente, a partir de la presencia de un tercer actor que se configura como empleador desde el punto de vista formal de unos trabajadores que son destacados a otra empresa para prestar servicios bajo las órdenes de esta última.

También hay otros elementos como el que el trabajo sea hecho en beneficio del empleador real y se realice en el local del empleador real, pero creemos que se trata en todo caso de elementos no esenciales en tanto también se pueden encontrar en otras formas de subcontratación.

La forma típica es el suministro de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal.

### 2.2. La subcontratación de la producción de bienes y servicios<sup>(20)</sup> o tercerización o descentralización

Con peculiaridades propias en cada caso, tiene como sustrato común el que se proporciona determinados servicios de forma organizada o bienes, bajo la dirección y el control del contratista. El ejemplo típico se da en la construcción, donde por la especialización de las labores, el titular de la obra contrata con empresas especializadas en partes del proceso productivo, sin que los trabajadores de la contratista se encuentren bajo las órdenes y control del contratante. Lo mismo se puede decir respecto de los subcontratistas.

Lo fundamental aquí es que se descentraliza ciertas labores especializadas o secundarias que pasan a ser prestadas por otra empresa, la que cuenta con un patrimonio y una organización empresarial propia dedicado a prestar tales servicios o actividades. Los límites de las labores que pueden ser objeto de tercerización se vienen desdibujando, en la medida en que las nuevas tecnologías facilitan un traslado cada vez mayor de tareas, a tal punto que hay quien sostiene que: “puede externalizarse cualquier tipo de actividad, en la medida en que la empresa principal conserve el control del proceso productivo. En efecto, si se perdiera tal control, no estaríamos ante una hipótesis de externalización, sino ante una sustitución de empresas”<sup>(21)</sup>.

Los servicios pueden prestarse dentro de la empresa o fuera de ella y el beneficiario es el contratante, por lo que estos últimos elementos, también presentes en el supuesto anterior no son esenciales para diferenciar ambos tipos de subcontratación.

(17) Subcontratación de trabajo, en términos de la OIT. *Trabajo en régimen de subcontratación Informe VI (1), para la 85 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra, 1995.

(18) En tal sentido, el Convenio 181 al definir la expresión agencia de empleo privada establece como uno de los servicios que puede prestar el “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). A estas funciones de intermediación, las agencias de empleo privadas pueden añadir funciones de mediación, consistentes, según la misma norma internacional, en “servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse”, por tanto se mueve en el terreno precontractual y busca tan sólo acercar la oferta con la demanda de trabajo.

(19) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición. En: M.V.V. Reforma de la legislación laboral. Libro homenaje al profesor Manuel Alonso García. Madrid, 1996.

(20) En la terminología de la OIT. (OIT. *Op. cit.*).

(21) RASO DELGUE, Juan. Outsourcing. En AA.VV. Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, 2000. p. 41.

### 3. Origen y evolución de la intermediación laboral en el Perú

En el Perú la intermediación laboral estuvo prohibida totalmente hasta 1978, cuando encontró su primera posibilidad de plasmación en el Decreto Ley 22126<sup>(22)</sup>, que permitió la prestación de servicios a quien no era empleador directo pero sólo para la realización de labores complementarias (mantenimiento, limpieza, seguridad). Posteriormente, en 1986, la Ley 24514<sup>(23)</sup>, que sustituyó al Decreto Ley antes mencionado, amplió el radio de acción de estas empresas de servicios al campo de las labores especializadas, entendiendo por éstas a aquéllas que no están comprendidas en las actividades principales que realiza la empresa usuaria y que para su ejecución requieren de personal altamente cualificado. En ambas normas, la utilización fraudulenta de esta posibilidad generaba como sanción el reconocimiento de vínculo laboral directo entre el trabajador y la empresa en la que había prestado los servicios, desde que comenzó tal situación.

Finalmente, en 1991, el Decreto Legislativo 728<sup>(24)</sup> amplía el campo de actuación de las empresas de servicios del terreno de las labores secundarias (complementarias y especializadas) al de las labores principales, aunque con la condición de que sean temporales, para lo que se adicionaron a las empresas de servicios complementarios las empresas de servicios temporales y las cooperativas de trabajadores (en sus modalidades de cooperativas de fomento del empleo y de trabajo temporal). Esta norma estableció que el número de trabajadores destacados no debía superar al 20 por ciento de la planilla, cifra que fue ampliada en 1996 al 50 por ciento por el Decreto Legislativo 855.

Hay que destacar que la presencia de cooperativas de trabajadores introdujo elementos de riesgo adicionales a los que normalmente giran alrededor de las relaciones de intermediación, puesto que estas personas jurídicas, por mandato de su regulación específica, están al margen de la legislación laboral, con lo que se abría un peligroso camino para la elusión del contrato de trabajo y su regulación. Las sospechas en este sentido se fueron confirmando en la realidad, de modo que el legislador ha tenido que ir estableciendo obligaciones dirigidas a controlar las actividades y

---

**Ya hemos visto cómo la consagración de la igualdad de beneficios y derechos tiene una muy escasa aplicación en la práctica.**

---

evitar la insolvencia de las cooperativas, e inclusive ha llegado a imponerles el respeto de ciertos derechos típicamente laborales, con la finalidad de que los trabajadores que prestaban sus servicios por esta vía no vieran totalmente defraudados los niveles mínimos de protección previstos para quien realiza una labor subordinada. Así, la Ley 26513 (1996), en función de los enormes márgenes de explotación que venían sufriendo los trabajadores destacados (sobre todo los socios trabajadores de las cooperativas) dispuso que se les reconociera ingresos y condiciones de trabajo no inferiores a los que corresponden a los trabajadores de las empresas usuarias.

Además de ello, el Decreto Supremo 004-98-TR y su Reglamento, la Resolución Ministerial 059-98-TR, con el fin de prevenir la actuación fraudulenta de las cooperativas, establecían los socios trabajadores tienen derecho a percibir la compensación por tiempo de servicios aplicable a cualquier trabajador de la actividad privada e imponían inscripción obligatoria de las cooperativas en el Ministerio de Trabajo y la necesidad de obtener una carta fianza para garantizar los derechos laborales de sus socios trabajadores. Posteriormente, por medio del Decreto Supremo 107-99-TR se suprimió la obligación general de presentar la carta fianza que quedó sólo para cuando la empresa o cooperativa no cumplía con pagar los beneficios y derechos de sus trabajadores o socios.

Esta regulación dispersa ha sido sustituida por la Ley 27626, vigente desde el 10 de enero de 2002, que regula íntegramente el fenómeno de la intermediación laboral en los términos que veremos a continuación, y que ha sido reglamentada por el Decreto Supremo 003-2002-TR (el reglamento, en adelante).

(22) Artículo 27.

(23) Artículo 32.

(24) Artículos 146 a 154 y 175 a 184 de su versión original.

#### 4. Régimen legal de la intermediación laboral en el Perú

Con carácter general, se puede afirmar que la nueva normativa sobre intermediación laboral, establecida por la Ley 27626 y su reglamento, trae un tratamiento sistemático de este instituto, que si bien mantiene bajo su ámbito a figuras de descentralización productiva que responden a fenómenos de subcontratación distintos del suministro de mano de obra, significa una inversión del signo excesivamente permisivo de la regulación precedente, redefiniéndola dentro de parámetros bastante más adecuados a la naturaleza y función de la cesión de trabajadores, y estableciendo mecanismos de garantía del cumplimiento de los derechos de los trabajadores objeto de ella, que, es de esperar, conduzcan a una utilización más razonable y eviten la constante defraudación de los derechos laborales. Veamos seguidamente los alcances de esta regulación.

##### 4.1. Tipología de las posibilidades de intermediación en el Perú

La nueva regulación sobre intermediación laboral permite el recurso a ella sólo cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización (artículo 2 de la Ley 27626), agregando, a continuación, que: “los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa”. La infracción a los supuestos de intermediación laboral establecidos en la ley, debidamente comprobada a través de un procedimiento inspectivo, determinará que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria (artículo 5 de la Ley 27626).

En función de todo ello, es importante trazar una tipología de las posibilidades de intermediación laboral en el Perú, señalando las variables empresariales con las de duración de la labor y tipo de labor. Por tanto, veremos las formas empresariales posibles, naturaleza permanente y/o temporal de la labor y carácter principal

o secundario de las mismas. A partir de lo cual, y teniendo en cuenta lo previsto por los artículos 11 y 12 de la Ley 27626 y 2 del reglamento, tenemos que en el Perú las posibilidades de intermediación que pueden materializarse son:

a) Empresas de servicios temporales: son aquellas personas jurídicas creadas exclusivamente para contratar con terceros llamados empresas usuarias el suministro de trabajadores para el desarrollo de labores temporales, principales o secundarias<sup>(25)</sup> (se privilegia el elemento duración de la labor), ya sea para cubrir un puesto permanente que ha quedado transitoriamente vacante (suplencia) o para cubrir puestos no permanentes creados para cubrir necesidades transitorias distintas de la actividad habitual del centro de trabajo (ocasional)<sup>(26)</sup>;

b) Empresas de servicios complementarios: son aquellas personas jurídicas que destacan su personal para la realización de labores secundarias (acesorias o no vinculadas al giro del negocio), permanentes o temporales (se privilegia el elemento naturaleza de la tarea), como son: mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, etcétera;

c) Empresas de servicios especializados: son aquellas personas jurídicas que brindan servicios de alta especialización, ya sean permanentes o temporales, de carácter accesorio, careciendo la empresa usuaria de la facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados;

d) Cooperativas de trabajo temporal: son aquéllas constituidas específicamente para destacar a sus socios a efectos de que éstos desarrollen labores temporales, principales o secundarias, correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia, referidos en el literal a) de este acápite; y,

e) Cooperativas de trabajo y fomento del empleo: son aquéllas constituidas exclusivamente para el suministro de socios trabajadores para que presten servicios secundarios, permanentes o temporales, de carácter complementario o especializado, según los términos vistos en los literales b) y c) de este acápite.

Respecto de esta tipología, hay serios cuestionamientos en lo que hace a la presencia de las

(25) Se podría discutir si estas empresas pueden ocuparse de labores secundarias, en la medida en que tales son el ámbito de actuación de las empresas de servicios complementarios. Nosotros consideramos posible tal dedicación, en la medida en que se trate de una cobertura temporal del puesto de trabajo, y cuando sea la propia empresa usuaria la que se ocupe de tales labores con sus propios trabajadores.

(26) Los contratos temporales de naturaleza ocasional o de suplencia, se encuentran previstos en el Título II del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR (artículos 60 y 61).

cooperativas de trabajadores en funciones de intermediación, respecto de personal tanto temporal como permanente, puesto que la dedicación al suministro de mano de obra produce una distorsión insalvable en la naturaleza cooperativa de la institución, como señala Elías Mantero<sup>(27)</sup>, al hacer girar su vida en torno a la labor de intermediación con lo que la integración de los componentes de la cooperativa carece de la *afectio societatis* que identifica al sujeto cooperativo, el ingreso a la cooperativa se produce tan solo para conseguir un puesto de trabajo como destacado (en condiciones de subordinación), 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.

En tal contexto, se cuestiona también la condición de socios-trabajadores de los integrantes de la cooperativa, puesto que al ingresar ésta a labores de suministro de mano de obra su naturaleza se acerca mucho más a la de trabajadores dependientes que a la de socios, habida cuenta que en estas cooperativas no nos encontramos con un conjunto de personas que se han asociado para realizar labores de naturaleza más o menos autónoma, que se encuentran identificados como pares y con un espíritu asociativo que alimenta su carácter institucional, sino con personas que están buscando un empleo subordinado y utilizan la cobertura cooperativa como un vehículo más (muchas veces el más seguro, por los niveles de desprotección que trae consigo) que puede conducirlos hacia tal fin.

Además de ello, porque se sabe que las principales cooperativas de trabajadores son “fachada” de personas que utilizan esta forma empresarial para encubrir sus actividades lucrativas en el terreno de la intermediación<sup>(28)</sup>, presentándose un supuesto de empresas vinculadas económicamente que no ha encontrado hasta la fecha una respuesta legislativa que la regule.

#### 4.2. Las empresas de servicios complementarios y especializados: una expresión de tercerización mucho más que de intermediación

La clasificación antes esbozada, que pone en evidencia las diferencias existentes entre una y otra modalidad de subcontratación, nos lleva a replantearnos la naturaleza que tiene en el Perú la utilización de empresas de servicios complementarios y especializado, que son las que se dedican a actividades accesorias (limpieza, vigilancia, seguridad) y de alta especialización (contabilidad, informática, etcétera, que en la reciente Ley 27626 tienen por primera vez un tratamiento con cierto nivel de autonomía).

La doctrina nacional casi unánimemente<sup>(29)</sup> ha ubicado a tales empresas dentro de las modalidades de intermediación posibles, en la medida en que si bien surgieron primero, su regulación legal ha sido y sigue siendo hasta la fecha conjunta y paralela con la de las empresas de servicios temporales y cooperativas dedicadas a ceder trabajadores.

Sin embargo, nosotros consideramos que tal asimilación no es del todo exacta ya que la contratación de servicios complementarios y especializados se encuadra dentro del fenómeno de tercerización o descentralización productiva y no dentro de la intermediación laboral.

Ello, no admite discusión alguna en el caso de las empresas y cooperativas que se dedican a ofrecer servicios especializados, en la medida en que la propia definición que de ellas hace el artículo 11, literal 3<sup>(30)</sup>, de la Ley 27626, señala que: “son aquellas personas jurídicas que brindan servicios de alta especialización en relación a la empresa usuaria que las contrata: agregando, a continuación que “en este supuesto la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados”. Por tanto, en este caso claramente no se cumple con el desdoblamiento del empleador que es esencial en el fenómeno de la intermediación, sino que existe una

(27) ELIAS MANTERO, Fernando. *La “elusión” de los efectos del contrato de trabajo*. En: *Actualidad Laboral*. Número 268. 1998. p. 18. También cuestionan la participación de las cooperativas de trabajadores en el campo de la intermediación Neves (NEVES, Javier. *Op. cit.*; pp. 155-156), y Ferro (FERRO, Víctor. *La subcontratación o intermediación laboral*. En: *Balance de la reforma laboral peruana*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, 2001. p. 163).

(28) Como lo señala ELÍAS MANTERO, F. *Op. cit.*; p. 16.

(29) Véase, en tal sentido: Toyama Miyagusuku (TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *La intermediación laboral: las nuevas normas de contratación*. En: *Asesoría Laboral*. Septiembre, 1995); Ferro Delgado (FERRO DELGADO, Víctor. *La empresa y los límites a las intermediación laboral*. En: *Themis*. Número 31. 1995) y Neves Mujica (NEVES MUJICA, Javier. *Op. cit.*). En contra sólo se pronuncian Elías Mantero (ELIAS MANTERO. *Op. cit.*; p. 21) y Villavicencio Ríos (2001. pp. 88 y 89).

(30) Al que se remite el artículo 12 para el caso de las cooperativas de trabajo y fomento del empleo.

entidad externa que realiza bajo su entera responsabilidad, aunque bajo las indicaciones de la empresa usuaria, un determinado servicio. Y ello en función de que el objetivo de las empresas que brindan servicios especializados no es la cesión de trabajadores, para que presten servicios bajo la dirección de la empresa usuaria, sino ofrecer desarrollar una actividad con trabajadores propios, para cuya prestación cuentan con una estructura empresarial *ad hoc*.

En el caso de las entidades que prestan servicios complementarios, si bien el numeral 2 del artículo 11 de la Ley 27626, no toca expresamente el tema de la ausencia de poder directivo de la empresa usuaria sobre el personal que realiza estos servicios, si lo hace, aunque no con las mismas palabras, el artículo 3 del reglamento, cuando señala que: “en concordancia con los fines de la Ley a ya los establecido en el artículo 6 y numeral 11.3 del artículo 11 de la misma, las empresas de servicios complementarios o especializados deben asumir plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades”.

Por tanto, se puede señalar que también, 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<sup>(31)</sup>. Por ello, la actividad de las empresas complementarias es bastante más similar a la realizada por las entidades que prestan servicios especializados o contrata y subcontratas que a la de las que se ocupan del suministro de mano de obra para labores temporales de carácter ocasional o de suplencia<sup>(32)</sup>.

Coherentemente con esta situación, nuestra legislación dispone que los trabajadores de las empresas que brindan servicios complementarios no están incluidos en el cálculo del porcentaje limitativo del 20 por ciento de la planilla de la empresa usuaria y, además, difícilmente se podrá aplicarles la equiparación de beneficios y derechos laborales respecto de los directamente contratados por las empresas usuarias, en la medida en que la contratación del servicio complementario o especializado conducirá a que no existan trabajadores en la empresa usuaria que se ocupen de tales funciones.

Por ello, creemos que académicamente hay que considerarlas como expresiones de la tercerización o descentralización productiva, y ello en lo que hace a todos los sujetos que presten servicios complementarios y especializados, al margen de su forma institucional (ya sean empresas de servicios o cooperativas de trabajadores).

Tras estas precisiones conceptuales, que no se reflejan en una normativa que continúa englobando en el instituto de la intermediación a expresiones de la subcontratación o descentralización productiva que responden a otra naturaleza, pasamos a presentar el régimen jurídico establecido para la actuación de las empresas de servicios y cooperativas que actúan en estos terrenos, señalando que aún queda como labor pendiente la discusión y aprobación de una regulación específica para la tercerización o *outsourcing* que permita afrontar con alguna solvencia jurídica el importante fenómeno de la descentralización productiva y encadenamiento empresarial cada vez más presentes en nuestra realidad, más aún cuando el artículo 4 del reglamento excluye de la aplicación de la Ley de Intermediación a los fenómenos de subcontratación productiva.

#### 4.3. Las formas excluidas de la regulación de la intermediación

Fuera del marco previsto por la Ley 27626, lo que ha llevado al cuestionamiento de su validez por algún sector importante de la doctrina, el artículo 4 del Reglamento, buscando al parecer compensar la rigidez legal, excluye del ámbito de la intermediación (y por tanto de lo normado) a un conjunto de supuestos de subcontratación, abriendo una peligrosa puerta por la que pueden ir escapándose fácticamente parcelas que las relaciones laborales que hubiesen venían siendo consideradas como de necesaria regulación.

En tal sentido, la norma comentada establece que: “no constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haya cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas y subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su

(31) Es el caso de las empresas de vigilancia que requieren autorización del Ministerio de Interior.

(32) En esta línea, sostiene Elías Mantero (ELIAS MANTERO. *Op. cit.*) que a su juicio: “no existe lo que se conoce como intermediación laboral por medio de las empresas de servicios complementarios ya que el personal que se utiliza no está vinculado directamente a la empresa usuaria a la que concurre como parte de la prestación de un servicio integral que tiene a la mano de obra como uno de varios componentes”.

cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación”. Agregando, a continuación, que “pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades 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”.

Sin duda, y ante el carácter cerrado de la ley, se ha tratado, aunque sin mucho rigor técnico, de permitir que algunas formas de descentralización productiva, incluso muy antiguas como las contratas y subcontratas, puedan seguir existiendo. Sin embargo, creemos que, en general, la norma resulta cuestionable puesto que, desde el punto de vista formal, siendo su naturaleza reglamentaria regula originariamente temas referidos al ámbito de aplicación de la ley que le corresponden únicamente a ésta (a quienes no se les aplica la regulación legal por considerar que no son manifestaciones de intermediación).

De otro lado, y desde el punto de vista material, tenemos que la amplitud de los supuestos excluidos y las condiciones generales que tienen que cumplir para no estar regidos por la normativa aplicable a la intermediación, son coincidentes en gran medida con los previstos para las empresas que prestan servicios complementarios y especializados, habida cuenta que, como acabamos de ver en el punto anterior, se tratan de manifestaciones del fenómeno de tercerización, que por mandato del propio reglamento (artículo 3), deben materializarse asumiendo plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades.

En tal sentido, con esta disposición cualquier empresa que preste servicios especializados o complementarios, podría acogerse al ámbito de la tercerización ajeno a la regulación legal y no cumplir con las obligaciones legales previstas en las normas sobre intermediación.

Con ello, no queremos decir ni dar a entender que ahora defendemos la aplicación de la legislación de intermediación a fenómenos cuyo carácter diferenciado hemos tratado de dilucidar (servicios complementarios y especializados). A ellos se les aplica la regulación legal simplemente porque así está dispuesto. Sobre lo que queremos llamar la atención es que con el artículo 4 del reglamento, habrán muchas empresas que brinden estos servicios (y a las que, por ende, se debería aplicar la ley), que buscarán eludir esta sujeción normativa por considerarse dentro de las excepciones reglamentarias.

En función de ello, creemos que dentro de lo posible se debe tener claro que las empresas que desarrollen actividades que caigan dentro de los supuestos legales definidos como servicios complementarios, siendo manifestaciones de tercerización, deben sujetarse al régimen previsto para la intermediación laboral, no siendo válida su exclusión. Esta situación, sin embargo, es más compleja en el caso de los servicios especializados, por lo que hay que insistir en una regulación aunque sea mínima de la tercerización, dirigida al menos a impedir el recurso a estas empresas con el fin de defraudar los derechos de los trabajadores involucrados: previendo una razonable responsabilidad solidaria. A este respecto, en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se ha trabajado un proyecto de ley que establezca el régimen legal de la tercerización, que ha sido sometido al Consejo Nacional del Trabajo. Esperemos que esta iniciativa permita el tratamiento apropiado de este fenómeno.

#### **4.4. Requisitos de constitución y funcionamiento: registro en el Ministerio de Trabajo y autorización administrativa**

En materia de su constitución y objeto social, hay una regulación diferenciada según se trate de empresas o cooperativas. Las empresas pueden crearse para brindar exclusiva o conjuntamente servicios temporales, complementarios o especializados. Las cooperativas, por el contrario, deben crearse con el único fin de prestar servicios: (i) temporales; o, (ii) complementarios o especializados, sin poder desarrollar actividades simultáneamente en los dos terrenos.

Además de ello, Las empresas de servicios deberán acreditar un capital suscrito y pagado no menor al valor de 45 unidades impositivas tributarias o su equivalente en certificados de aportaciones al momento de constitución. Además de ello, deben inscribirse en el Registro a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo competente del lugar donde actuará la entidad, luego de lo cual recién se encuentran autorizadas para desarrollar actividades de intermediación, en la medida en que se trata de un “requisito esencial” para su funcionamiento.

La autoridad competente para la inscripción en el registro correspondiente será la del lugar donde la entidad tenga señalado su domicilio, si realiza actividades en una sola ciudad, y donde tenga su sede principal, si realiza actividades en más de una.

De proceder la inscripción solicitada, la Autoridad Administrativa encargada del Registro emitirá una constancia de inscripción, en la que se dará cuenta de

la vigencia de dicha inscripción, que no podrá exceder, en ningún caso, de doce meses. Antes de vencimiento de esta autorización, las entidades dedicadas a la intermediación laboral podrán solicitar su renovación, adjuntando una declaración jurada de cumplimiento de los requisitos exigidos por ley. De vencerse la autorización el plazo de la autorización de funcionamiento sin que se haya tramitado oportunamente su renovación, la inscripción quedará automáticamente sin efecto, y la entidad no podrá seguir desarrollando actividades de intermediación laboral.

La pérdida de vigencia de la inscripción en el Registro, quedará sin efecto, además del caso anterior, por el incumplimiento reiterado o de particular gravedad de sus obligaciones laborales, por el incumplimiento de los deberes de información sobre los contratos que celebren con empresas usuarias y trabajadores destacados, por la pérdida de alguno de los requisitos legales para su constitución y funcionamiento o a solicitud de la propia entidad. En estos casos el registro no queda automáticamente sin efecto sino que se requiere de una resolución expresa de la Dirección de Empleo y Formación Profesional.

#### **4.5. Límites cuantitativos de personal contratado vía intermediación**

En el caso de utilizar la intermediación laboral en el supuesto de temporalidad, el personal destacado no podrá exceder del veinte por ciento del total de trabajadores que tengan vínculo laboral directo con la empresa usuaria. De no respetarse este límite máximo, la relación laboral deberá entenderse con la empresa usuaria.

Sin lugar a dudas, se trata de una reducción sustantiva respecto de la regulación precedente, que establecía el límite máximo en el cincuenta por ciento, sin embargo creemos que la limitación cuantitativa mayor en el terreno de este tipo de intermediación

laboral viene dada por la restricción de la misma sólo a las modalidades temporales ocasional o de suplencia, en la medida en que en la realidad son muy pocos los trabajadores en que se requieren para cubrir necesidades transitorias distintas de la actividad habitual de la empresa o para sustituir a quienes se encuentren con su relación laboral suspendida.

#### **4.6. Derechos y beneficios de los trabajadores destacados: iguales que los de la empresa usuaria aunque esta irradiación de las normas laborales tiene escasa aplicación en la realidad**

Legalmente se ha establecido que el personal destacado por una empresa de servicios o por una cooperativa tiene derecho a percibir las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores. Ello, como ya hemos mencionado, deberá darse fundamentalmente respecto de los trabajadores de entidades dedicadas a suministrar mano de obra temporal, que podrán tener algún trabajador referente dentro de la empresa, en cambio difícilmente se podrá predicar respecto de los trabajadores de entidades que presten servicios complementarios o especializados ya que carecerán de éste y, por tanto, tendrán la remuneración y condiciones de trabajo que les fije su propio empleador.

Esta equiparación ya se había formulado en la legislación precedente y sus efectos prácticos habían sido nulos<sup>(33)</sup>, de allí que, no tenemos muchos elementos que alimenten esperanzas ciertas de que se pueda empezar a respetar la igualdad de trato formulada por la norma referida. Más aún cuando el reglamento ha previsto sólo que la extensión de remuneraciones y condiciones de trabajo está referida a los que sean de alcance general, de acuerdo con la categoría ocupacional o función desempeñada, mientras dure el destaque, agregando que no son extensivos los que sean otorgados por la existencia de una situación

(33) En tal sentido, sosteníamos analizando la legislación precedente (Villavicencio 2000, p. 94) que: “a pesar de esa asimilación general, los trabajadores destacados han continuado teniendo en la práctica menores derechos y beneficios que los correspondientes a los trabajadores de la actividad privada, ya sea porque la equiparación no incluye los conceptos no remunerativos y los remunerativos cuyo origen sea un acto no normativo, o por que los requisitos para su aplicación permiten que ésta sea enervada con alguna facilidad. Así tenemos que, en primer lugar, se establecen diferencias ficticias para evitar la existencia de la analogía. En segundo lugar, y cuando lo anterior no es posible, los requisitos para que opere la equiparación, tales como la antigüedad, la experiencia laboral y la capacitación, permiten establecer diferencias ‘justificadas’ que enervan el trato igual. Y, en tercer, lugar, la no existencia de un puesto similar en el mismo centro de trabajo, aunque si lo hubiera en otro de la misma empresa, abre la puerta para la elusión. Con todo ello, se evita la aplicación de la regla comentada y se pasa a pagar en consecuencia sólo el equivalente a la remuneración mínima a estos trabajadores. De allí que se haya hecho necesaria la regulación específica de ciertos derechos para los socios-trabajadores de las cooperativas con el fin de evitar el reiterado incumplimiento. En tal sentido, se ha requerido, por ejemplo, que una norma expresa les reconozca su derecho a la compensación por tiempo de servicios”.

especial objetiva, inherentes a las calificaciones personales, desarrollo de actividades específicas, particularidades del puesto o el cumplimiento de condiciones específicas (artículo 5). Si se excluye irracionalmente hasta las que responden a criterios objetivos, como las peculiaridades del puesto, que deberían ser la base de la homogenización, no se puede tener expectativas respecto a que por fin la equiparación deje de ser simplemente declarativa.

Además de ello, hay que señalar que esta equiparación tiene una complejidad mucho mayor en el caso de las cooperativas, en donde sus integrantes tienen la condición híbrida de socios-trabajadores y están sujetos a la Ley de Cooperativas. Sin embargo, por mandato legal expreso se les reconoce que gozan de los derechos y beneficios que corresponden a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada (artículo 7 de la Ley 27626).

Esta amplia asimilación legal, va a tener un campo problemático en lo que se refiere a la terminación de la relación laboral de los socios-trabajadores de una cooperativa, puesto que cuando una de estas entidades decide prescindir de un asociado no aplica para nada 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<sup>(34)</sup>. Por tanto, habrá que ver cómo resuelve la jurisprudencia este importante conflicto normativo, dado que hasta antes de la promulgación de la Ley 27626, aplicaba el régimen de la Ley General de Sociedades, garantizándoles, así, una flexibilidad máxima en lo que hace a las necesidades de adecuación del volumen de mano de obra de la cooperativa a costa de dejar totalmente desprotegido al integrante de la cooperativa.

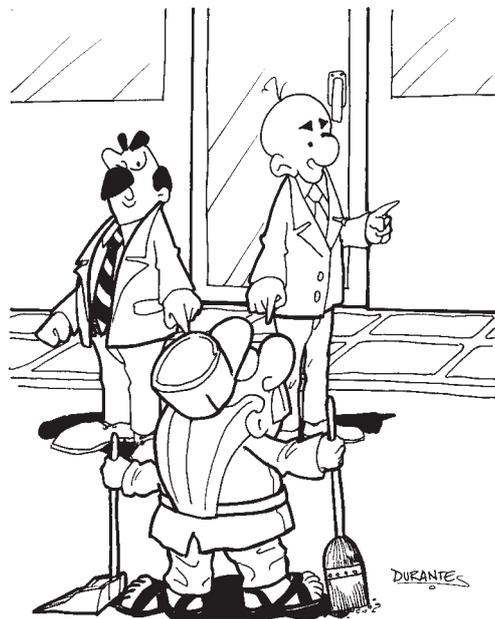
#### 4.7. Los mecanismos de protección de los derechos laborales en las relaciones de intermediación: la carta fianza bancaria y la responsabilidad solidaria

A partir de una amplia experiencia en materia de defraudación de derechos a los trabajadores de empresas de servicios y cooperativas de trabajadores, en 1998 se dispuso, por medio del Decreto Supremo

004-98-TR, la obligación de que estas personas jurídicas cuenten con una carta fianza con la finalidad de garantizar el pago de los derechos laborales que genere la actividad de los trabajadores o socios-trabajadores destacados en empresas usuarias. El incumplimiento de este requisito llevaba a la cancelación del registro y de la autorización de funcionamiento de la cooperativa o empresa de servicios y significaba, además, la aplicación de multas a la empresa usuaria que contratase con quienes carecían de la carta fianza.

Esta obligación fue escrupulosamente regulada por la Resolución Ministerial 070-98-TR, pero su existencia terminó siendo bastante efímera, puesto que el 13 de julio de 1999, la Resolución Ministerial 107-99-TR acabó en la práctica con ella, al establecer que la carta fianza “sólo será exigible para aquella cooperativa de trabajadores o empresa de servicios que incumple con su obligación de pago de beneficios y derechos laborales de su socio trabajador o trabajador, según corresponda” (artículo 1)<sup>(35)</sup>.

La Ley 27626, siguiendo el sentido de la regulación inicial al respecto, establece en su artículo 24, que las



(34) Véase, al respecto, las ejecutorias recaídas en los expedientes 2217-91-CD y 2553-93-SL.

(35) Agregando, a continuación, que el incumplimiento de los beneficios o derechos laborales quedará acreditado en los siguientes casos: a) con la resolución administrativa firme que determine un incumplimiento de obligaciones laborales como resultado de un procedimiento de inspección de trabajo; b) por incumplimiento del acta de conciliación celebrado con la intervención de la Autoridad de Trabajo que contenga una obligación de pago de un monto determinado; y c) cuando se ordene el pago de beneficios o derechos laborales como consecuencia de una sentencia o laudo arbitral.

entidades dedicadas a la intermediación laboral, cuando suscriban los contratos respectivos, deberán conceder una fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados, remitiendo al reglamento los requisitos, plazos, porcentajes y mecanismos de ejecución y liberación de la garantía. Ello, sin duda, es un gran avance en la prevención de la elusión de las obligaciones laborales de quienes prestan servicios en las organizaciones que actúan en el campo de la intermediación, que va a colaborar en gran medida a sincerar su existencia, debido a que por su costo dejará fuera a las entidades que sólo son de fachada.

El reglamento establece dos tipos de fianza: a nombre del Ministerio de Trabajo o fianza a nombre de la empresa usuaria. La primera de ellas, puede ser, además, individual, cuando cubre independientemente cada contrato de locación de servicios celebrado con una empresa usuaria, y global, cuando cubre en conjunto a todos los contratos de locación de servicios que suscribe. Se precisa, además, que la fianza deberá garantizar el pago de un mes de remuneraciones, la parte proporcional del mes de los derechos y beneficios laborales aplicables a la totalidad de trabajadores destacados y las obligaciones provisionales respectivas (artículos 17 a 19 del reglamento), resultando, a todas luces, un monto diminuto, con lo que retoma importancia el mecanismo de responsabilidad solidaria que se detalla a continuación.

La Ley 27626, en su artículo 25, consagra un mecanismo de responsabilidad solidaria de la empresa usuaria, respecto de los derechos laborales, de origen legal o colectivo, (que en el régimen anterior solo estaba previsto para el caso del seguro complementario de trabajo de riesgo), que opera únicamente en el supuesto que la fianza otorgada resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales correspondientes a los trabajadores que prestan servicios en régimen de intermediación, por el tiempo que laboraron en la empresa usuaria.

Sin lugar a dudas, el régimen actual ha consagrado mecanismos de prevención contra la defraudación de los derechos de los trabajadores en régimen de intermediación y de cumplimiento de los mismos bastante más efectivos que los precedentes, asimilándonos con ello a la legislación comparada al respecto. Habida cuenta que el peso de la responsabilidad solidaria es mayor, dado, fundamentalmente que no tiene los costos y problemas burocráticos de la fianza, se debe resaltar que con ello

el legislador está buscando que sean las propias empresas usuarias las que se preocupen por que la entidad de intermediación cumpla con sus obligaciones de carácter laboral y provisional, habida cuenta que sino, como la fianza es bastante pequeña, le tocará a ella responder por tales conceptos.

#### 4.8. El acceso a la justicia

En materia de acceso a la justicia habría que señalar que en tanto que los trabajadores de empresas de servicios (temporales o complementarios) están en la misma situación que cualquier trabajador, en lo que hace a los socios-trabajadores de las cooperativas que realizan actividades de intermediación su situación ha motivado una posibilidad dual en materia de tutela judicial. Así, se ha establecido que los Juzgados de Trabajo son los órganos competentes para conocer de las pretensiones en materia laboral de los socios trabajadores<sup>(36)</sup>. En tanto que cuando la controversia esté referida a materias de corte asociativo, la competencia la tendrá el fuero común. Esta dualidad tiene alguna zona gris muy importante en el campo de la exclusión de los socios-trabajadores, en el que convergen normas laborales y comunes, la que hasta ahora se ha venido venciendo mayoritaria mente a favor de la aplicación de las normas propias del régimen cooperativo.

### 5. Situaciones de desprotección de los trabajadores involucrados en relaciones de intermediación laboral

Dentro de las relaciones de intermediación se pueden presentar diversos niveles de desprotección de los trabajadores, que van desde las simples consecuencias directas de la utilización de mano de obra “destacada”, tanto en lo individual como en lo colectivo, hasta situaciones en las que los trabajadores ven totalmente defraudados sus derechos porque el intermediario era ficticio y su existencia estaba prevista para liberar de las obligaciones laborales a la persona que se benefició de tal mano de obra.

#### 5.1. La intermediación laboral y sus consecuencias directas en materia de desprotección de los trabajadores tanto de las entidades a las que están vinculados jurídicamente como de las empresas usuarias

Los fenómenos triangulares generan consecuencias negativas en las relaciones laborales

(36) Sobre el particular, véase las sentencias recaídas en los expedientes 272-92-CD y 6220-97-BS(A),

individuales y colectivas, tanto en la empresa usuaria como en la que destaca personal o presta el servicio complementario. En lo que hace al plano individual, porque traen consigo peores condiciones de trabajo, sobre todo económicas, para los trabajadores de las empresas de servicios y cooperativas, respecto de aquellos de la empresa usuaria que realizan las mismas o similares labores. Bien es cierto que existe una equiparación legal de ambas categorías de trabajadores, pero ya hemos visto cómo la consagración de la igualdad de beneficios y derechos tiene una muy escasa aplicación en la práctica.

Respecto de los trabajadores de la empresa usuaria, el recurso masivo a la utilización de mano de obra externa rompe la unidad del colectivo laboral de la empresa usuaria y presiona a la baja las condiciones salariales y de trabajo, en la medida en que la referencia permanente a *status* de los trabajadores “externos” impermeabiliza a la empresa respecto de la necesidad de mantener mejores condiciones de trabajo para sus propios trabajadores.

Y ello se produce también si vemos la cuestión desde la óptica del impacto que tiene la intermediación en el terreno de las relaciones colectivas de trabajo<sup>(37)</sup>, puesto que la presencia de trabajadores “destacados” dentro de la empresa usuaria hasta el veinte por ciento de la plantilla, conlleva una disminución del personal contratado directamente, con lo que las posibilidades en la empresa usuaria de una tutela colectiva son menores<sup>(38)</sup> o la eficacia de la acción colectiva se ve también dinamitada en su línea de flotación ya que la capacidad de presión de estos trabajadores (una huelga, por ejemplo) se ve bastante reducida al recaer un volumen importante de la producción en el personal «externo» a la empresa. Y ello, a no dudarlo, repercute en las condiciones individuales de trabajo. Si bien es cierto que la nueva regulación expresamente prohíbe el recurso a la intermediación laboral para cubrir personal que se encuentre ejerciendo su derecho de huelga (artículo 8, numeral 1), el tema antes presentado no hace referencia a la utilización de esquirolas, sino al sólo hecho indudable de disminución de la capacidad de presión ante la presencia de trabajadores de otra entidad a los que no se puede involucrar en la huelga.

Pero también tiene consecuencias perniciosas respecto de las relaciones colectivas en lo que hace a la propia empresa de servicios o cooperativa, puesto que los trabajadores o socios-trabajadores, respectivamente, no gozan de una tutela colectiva propia por las dificultades que su precariedad trae consigo para la organización y actuación sindical.

En este contexto, hay que puntualizar, además, que estas consecuencias negativas no tienen la misma intensidad en las distintas modalidades de empresas o cooperativas dedicadas a labores de intermediación, puesto que la naturaleza de los servicios prestados hace que la precariedad sea mayor en el caso de los trabajadores que prestan sus servicios en las que se dedican a labores temporales respecto de los que trabajan para empresas o cooperativas que desarrollan labores complementarias o especializadas o incluso permanentes.

## **5.2. El significativo incumplimiento de las normas laborales aplicables a los trabajadores de las entidades de intermediación**

Un nivel de desprotección mayor que el anterior se genera en nuestro ordenamiento jurídico a partir del elevadísimo índice de incumplimiento de las ya de por sí débiles disposiciones laborales aplicables a los trabajadores de las entidades de intermediación. En la realidad resulta que no sólo se está ante un sector bastante desprotegido por todo lo dicho anteriormente sino que a tal circunstancia hay que agregarle un muy importante índice de incumplimiento de las tales normas. En tal sentido, son de conocimiento público las permanentes denuncias sobre este problema y están conllevando que el Ministerio de Trabajo comience a jugar un rol inspectivo mucho más activo significativamente.

De allí que es necesario que el ordenamiento jurídico establezca todos los mecanismos preventivos, sancionadores y reparadores respecto de la utilización de relaciones triangulares para evitar que tengan por finalidad o, simplemente, por consecuencia el impedir el correspondiente disfrute de los derechos laborales a los colectivos dependientes de las empresas de servicios y cooperativas de trabajadores.

(37) Al respecto, habría que señalar que el artículo 4 de la Ley 27626 establece que la intermediación laboral será nula cuando haya tenido por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores de la empresa usuaria, lo que resulta a todas luces loable pero cuya aplicación es muy poco probable por las dificultades de prueba que entraña.

(38) Ya que puede jugar con el volumen de la plantilla para evitar que se pueda contar con el número mínimo de trabajadores necesarios para constituir una organización sindical.

**5.3. El fraude a través de las relaciones de intermediación: la interposición laboral**

Los niveles más altos de desprotección se presentan cuando el recurso a la intermediación se convierte en interposición laboral, es decir, cuando nos movemos en el terreno de la simulación planteada con empresas o cooperativas ficticias, desprovistas de patrimonio, que se constituyen con la sola finalidad de ocultar al verdadero empleador que no quiere hacerse cargo de las responsabilidades laborales que implica la contratación de trabajadores<sup>(39)</sup>, con lo que la posibilidad de que éstos encuentren tarde o temprano sus créditos laborales insatisfechos será muy grande.

No se cuenta con datos estadísticos respecto de las dimensiones del recurso al fraude en materia de intermediación, sin embargo, se sabe que dentro del altísimo porcentaje de reclamaciones presentadas por

trabajadores de entidades dedicadas a la intermediación ante el Ministerio de Trabajo, un buen grupo de ellas corresponde a trabajadores o socios-trabajadores que han visto desaparecer su empleador ficticio y con ello esfumarse los beneficios laborales que les corresponden. De ello se tiene poca constancia también en el ámbito judicial puesto que al tratarse de los asalariados con los menores ingresos, su reclamación no pasa del ámbito administrativo, donde el tema es gratuito.

Sin embargo, es de esperar que con la reducción considerable del ámbito de actuación de las modalidades de intermediación en el terreno de prestación de servicios temporales, así como de la exigencia de fianza y la imposición de la responsabilidad solidaria de las empresas usuarias, la interposición laboral tenga un severo descenso en nuestro país. ㄹ

 <p><b>CONSORCIO PERUANO DE ASESORES CONCURSALES</b></p> <p><i>SOCIEDAD ANONIMA CERRADA</i></p> <p><i>Cpac lima@hotmail.com</i></p> <p><b>Resolución</b> 006-2002/ST-CRP-INDECOPI 0087-2002/CCO - INDECOPI 0109-2003/CCO - INDECOPI</p>	<p>Liquidadores de deudores en proceso de disolución liquidación</p> <p>Administradores de deudores en proceso de Reestructuración</p> <p>Veedores e interventores</p> <hr/> <p><b>Av. Aviación 2905 oficina 403 Lima 41 -Perú</b></p> <p><i>Central Telefónica</i>                      224-9085 <i>Telefax</i>                                      225-6178</p>
---	--

(39) Respecto de la interposición laboral, ha dicho muy gráficamente Martín Valverde (MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Interposición y mediación en el contrato de trabajo*. En: *Revista de Política Social*. Número 91. 1971. p. 37), que su función es la elusión de la responsabilidad inherente a la posición de empresario, jugando la persona interpuesta como un “diafragma jurídico” que filtra hacia el empresario real los efectos beneficiosos de la relación de trabajo y detiene todas o algunas de las situaciones jurídicas pasivas que le habrían de corresponder en una configuración normal de la relación laboral. Nos movemos, pues, en el campo de los “testaferros” o “sociedades de fachada” que, como señala Herrera González Pratto (HERRERA GONZÁLEZ-PRATTO, Isabel 1993 *Las empresas de servicio en la ley de Fomento del Empleo y su Reglamento*. En: *Asesoría laboral*. Junio, 1993. p. 10), se insertan como un contratante ficticio entre las dos partes de la relación laboral, con la finalidad de ocultar generalmente al empleador real, librándolo así de las responsabilidades correspondientes.