

# La problemática de la intermediación laboral en el Perú

## Grupo de Investigación de Ius et Veritas

Mariana Alegre Escorza  
Fernando Correa Salas  
Carmen Julia García Torres  
María Moreno Sánchez  
Ernesto Salazar Campos  
Efrain Salazar Echegaray

*“Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman **cosas**; en cambio, los seres racionales llámense **personas** porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho (...)”*  
Immanuel Kant

## 1 Introducción.

El fenómeno de la flexibilización en el mercado de trabajo como tema general y la subcontratación e intermediación, como aspectos más específicos, han sido en los últimos años materia de numerosos estudios, constantes preocupaciones y debate, no sólo en el ámbito doctrinario, sino incluso político.

Las diversas figuras adoptadas en el Perú del género “intermediación” se pensaron con la idea de facilitar la contratación de trabajadores, y por qué no, de lograr la activación económica empresarial del país y paliar el problema del desempleo. Sin embargo, hoy, con la perspectiva que otorgan algunos años pasados desde la implementación de estas figuras, es claro que debe hacerse algunas críticas al sistema planteado.

El tema, trasciende el plano meramente teórico por el profundo impacto social que causa la política legislativa adoptada, fundamentalmente incidiendo de manera negativa en las condiciones laborales de los trabajadores.

Teniendo en cuenta lo anterior, lo que el presente trabajo busca no es solamente brindar un análisis más

sobre el fenómeno y los problemas que actualmente conlleva, sino conseguir el planteamiento de una propuesta que, en la medida de nuestras posibilidades, pueda encontrar viabilidad en el contexto de un verdadero cambio político esperado por más de diez años. En conclusión, deberá verse si las figuras que otrora se propusieron para favorecer al empleo en el Perú deben ser reformadas o, quizás, incluso eliminadas si es claro que además de no servir a su propósito, contribuyeron a empeorar la realidad laboral y social.

## 2 Una revisión general a los conceptos bajo análisis.

### 2.1 La flexibilización.

Por flexibilización en el mercado del trabajo entendemos el proceso consistente en la reforma de la legislación laboral producido en nuestro país como en otras regiones del mundo tendente a la atenuación de los niveles de protección de los trabajadores. Este fenómeno, siguiendo a Campana y Prella<sup>(1)</sup>, surge como respuesta a la supuesta rigidez o falta de capacidad de

(1) CAMPANA, David y Herbert PRELLE. *La Reforma Normativa de la contratación laboral durante los noventa: ¿Flexibilidad o precarización?*. En: *Estudios sobre la flexibilización en el Perú*. Lima: Organización Internacional del Trabajo, 2000. p. 55

adaptación de la normativa laboral a los retos planteados por la economía de mercado. Es decir, con la finalidad de hacer a las empresas más competitivas se sacrifica la protección del trabajador, modificando en clave desreguladora (“sentido necesariamente peyorativo hacia los trabajadores”<sup>(2)</sup>), la normativa laboral. La flexibilización busca recuperar a favor de los empresarios los poderes colectivos que en el marco de una época de crecimiento económico sostenido, previa a la actual crisis, fueron perdiendo<sup>(3)</sup>.

### 2.1.1 La subcontratación.

Una primera manifestación, tal vez la más importante, que encuadra dentro del fenómeno de la flexibilización es la subcontratación, de acuerdo con Villavicencio, ésta consiste en “(...) el surgimiento o incremento de modalidades atípicas de prestación de servicios”<sup>(4)</sup>. Esta atipicidad en la prestación puede determinarse en torno a cuatro criterios<sup>(5)</sup>: duración de la relación laboral, duración de la jornada de trabajo, número de empleos y lugar de trabajo. Evidentemente, aunque atípicas, en estas modalidades están presentes los elementos esenciales de toda relación laboral: prestación personal, subordinación y remuneración.

#### 2.1.1.1 Contratación sujeta a modalidad.

Con relación a la duración de la relación laboral, en la última década se produjo una profunda reforma de la normativa referida a la contratación laboral. Se incrementa así, lo que en doctrina se conoce como flexibilidad de entrada. Ésta se manifiesta en la admisión de mayores posibilidades de contratación diferentes al típico contrato laboral de duración indeterminada. En este sentido, abundan en nuestra legislación vigente los contratos sujetos a modalidad, favoreciendo claramente los intereses empresariales.

Se encuentran tipificados en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral nueve de estos

contratos de duración determinada, además de estar contenida en el artículo 53 la regla general que permite la contratación sujeta a modalidad cuando las necesidades del mercado o la mayor producción de la empresa lo requieran. Su empleo ha sido masivo, pasando de excepción a ser la regla. Debido a esta excesiva regulación, la más autorizada doctrina nacional ha coincidido en señalar que se ha terminado por vaciar de contenido la regla general de causalidad objetiva<sup>(6)</sup>, en virtud de la cual son admitidos los contratos de duración determinada o temporales si se cuenta con una causa objetiva justificante.

#### 2.1.1.2 La intermediación.

Por su parte, el criterio del lugar de trabajo y algunos rasgos sintomáticos de la subordinación (dependencia económica y dirección técnica) se ven alterados cuando para el suministro de fuerza trabajadora, las empresas recurren a la intermediación. El uso de este mecanismo da lugar a una relación triangular entre los trabajadores, la empresa que los proporciona y la empresa destinataria o usuaria de dichos trabajadores.

La empresa que proporciona trabajadores, de acuerdo a la legislación vigente, puede ser una empresa de servicios (*service*) o una cooperativa de trabajadores. A su vez, el *service* puede ser una empresa de servicios temporales, si es usada para cubrir labores temporales (sean éstas principales o secundarias en la empresa usuaria), o complementarios si las labores a realizar por los trabajadores son secundarias (sean éstas permanentes o temporales). Las cooperativas se dividen también en “de fomento del empleo” y “temporales”, según el carácter de la labor que vayan a realizar los trabajadores destacados.

Para configurar la relación triangular señalada, la empresa de servicios o cooperativa celebra un contrato civil con otra empresa (usuaria) con la finalidad de proporcionarle trabajadores vinculados

(2) PASCO, Mario. *La flexibilización en el Perú. Aproximación metodológica y balance crítico*. En: IUS ET VERITAS. Revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año IX, No. 18. Lima, 1999, p. 108.

(3) La intermediación laboral en el contexto de la flexibilización del Derecho del Trabajo. Entrevista al doctor Valdés Dal-Re. En: IUS ET VERITAS. Revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VI. No 11. Lima, 1995, p. 111.

(4) VILLAVICENCIO, Alfredo. *La Flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: El caso de la intermediación*. En: *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Cuaderno de trabajo*. Lima: OIT, 2000, p. 85.

(5) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 39.

(6) NEVES, SANGUINETI Y HERRERA. Cit. Por CAMPANA, David y Herbert PRELLE. Op. cit.: p. 57-58.

laboralmente a la primera, para que presten servicios bajo la dirección y el control de la segunda<sup>(7)</sup>.

De esta manera, el trabajador se haya frente a dos empleadores: uno formal (la empresa que lo destacó) y otro real (la empresa usuaria). El tradicional esquema de relación laboral directa es dejado de lado y sustituido por otro que, aunque más complejo desde el momento en que involucra a una parte más, resulta reportando a la empresa usuaria más beneficios que los previstos y deseados al momento de su instauración. En este mismo sentido se pronuncia Sanguinetti refiriéndose a las empresas de servicios en el Perú cuando señala que "(...) su peculiar estructura las convierte en un mecanismo idóneo para alcanzar finalidades distintas a las queridas en principio por la norma"<sup>(8)</sup>.

Las cooperativas presentan un grado de complejidad mayor en lo referido a las relaciones que se producen entre ellas y los trabajadores. Éstos tienen la doble condición de asociados de la cooperativa y trabajadores de la misma, por lo que se sostiene que el vínculo es de naturaleza asociativo-laboral, ya que si bien no estaría presente el elemento de la subordinación, los socios-trabajadores gozan de todos los derechos laborales de la actividad privada.

En lo referente a la frecuencia de uso de la intermediación, como sostiene Ferro<sup>(9)</sup>, al concepto de empresa le es inherente el concepto de trabajador perteneciente a ella, por ello sólo de manera excepcional es que se admite recurrir al mecanismo de la intermediación, teniendo que estar ésta sujeta a garantías que cautelen los derechos del trabajador.

La normativa vigente ha estructurado las posibilidades de recurrir a la intermediación por medio de una tipología cerrada. Las empresas de servicios y las cooperativas son, de manera taxativa, las únicas autorizadas legalmente para participar en una relación laboral y volverla "triangular" de manera válida.

Dentro de esta tipología cerrada, las empresas de servicios pueden ser empresas de servicios complementarios o empresas de servicios temporales.

Las primeras desempeñan labores secundarias, de manera permanente o temporal. Como ejemplo podemos citar las labores de seguridad, vigilancia, limpieza y otras especializadas que requieren una alta calificación. Las empresas de servicios temporales, tienen como eje el elemento duración, por lo que pueden destacar trabajadores para labores principales o secundarias, siempre que estas sean de carácter no permanente. Ejemplo típico lo constituye la suplencia o los puestos de trabajo creados por necesidades temporales.

Por su parte, las cooperativas también se subdividen. Las cooperativas de fomento del empleo están concebidas para labores secundarias o principales, temporales o permanentes. Mientras, las cooperativas de trabajo temporales, como su nombre lo indica, están pensadas para el destacamento de trabajadores que cumplan con labores temporales, ya sean éstas principales o secundarias.

Resulta claro que lo expresado hasta el momento sobre intermediación es sólo una primera aproximación al tema, en tanto la problemática de la contratación por medio de Empresas de Servicios y Cooperativas es el tema central del presente trabajo.

### 2.1.1.3 Tercerización.

También conocida como subcontratación de la producción de bienes y servicios o descentralización, es otra de las principales expresiones de la subcontratación. En este caso, se descentraliza ciertas labores especializadas que son prestadas por otra empresa con autonomía de dirección, organización y patrimonio propios. La empresa beneficiaria va a contratar con miras a satisfacer el requerimiento de un bien determinado o servicio especializado, no de una prestación personal de los trabajadores de la contratista (subcontratación de mano de obra) como en la intermediación.

### 2.1.2 La deslaboralización.

Otra manifestación de la flexibilización viene dado por la deslaboralización de la contratación

(7) VILLAVICENCIO, Alfredo. Op. cit.; p. 87.

(8) SANGUINETI, Wilfredo. *Los contratos de trabajo sujetos a modalidad de la Ley de Fomento del Empleo*. En: *Revista Asesoría Laboral*. No. 26. Lima, Febrero de 1993. p. 30

(9) FERRO DELGADO, Víctor. *La empresa y los límites de la intermediación laboral*. En: *Thémis*. Revista de Derecho. No. 31. Lima. pp. 68-69.

juvenil, pese a encontrarnos ante evidentes rasgos de laboralidad como señala Boza<sup>(10)</sup>, a través de los Convenios de Prácticas Preprofesionales y, fundamentalmente, los de Formación Laboral Juvenil. Éstos tienen como finalidad fundamental formar al estudiante y al joven, respectivamente, y prepararlo para afrontar con éxito su ingreso y desenvolvimiento en el mercado laboral, ya sea como profesional una vez concluidos sus estudios o en el puesto en el que se ha venido preparando mediante el convenio de Formación Laboral Juvenil. Analizar a fondo la problemática de la regulación de estos convenios excedería largamente el objeto del presente trabajo, pero consideramos importante su mención en la medida que junto con lo ya señalado y el tema central a desarrollar constituyen el espectro del gran problema que ha supuesto en nuestro país la flexibilización.

En el caso concreto de la Formación Laboral Juvenil, ésta ha venido siendo empleada como un mecanismo de contratación temporal que “desprotege” al joven trabajador y persigue reducir costos de la empresa, desvirtuando su esencia. En este sentido, por ejemplo, se contrata sucesivamente a diferentes jóvenes para formarlos ocupando un puesto que en realidad es permanente en la empresa, pasando a ser dichos jóvenes elementos fungibles y ahorrándose ella los sobrecostos laborales que implicarían contratar a un trabajador de manera indefinida. Otra forma de aprovecharse de esta figura consiste en la formación “perpetua” de un mismo joven en diferentes puestos, con lo que aquel nunca llega a ser alcanzado por el régimen protector del derecho laboral.

### 2.1.3 Otras manifestaciones.

No podemos dejar de mencionar otros fenómenos que sin ser parte de política flexibilizadora alguna, han venido a acompañar este proceso de reforma normativa, haciendo más sombrío aún el panorama para los derechos laborales de los trabajadores en nuestro país.

En primer lugar, tenemos el recurso a modalidades de encubrimiento de relaciones laborales mediante el uso de contratos civiles como el de locación de servicios. El deficiente funcionamiento que

durante los últimos años han mostrado las autoridades gubernamentales en su función inspectora de las relaciones laborales hace que las cifras con las que podemos contar no sean un verdadero reflejo de lo ocurrido en la última década en materia de simulación relativa de relaciones laborales.

Asimismo, a pesar de contar los empleadores con una regulación más favorable a sus intereses, su deseo de seguir disminuyendo costos en confluencia con las altas tasas de desempleo y el estado de necesidad de la mayor parte de la población ha llevado a más de la mitad de asalariados a aceptar trabajar sin contrato de por medio, quedando fuera de manera radical de toda protección (aunque ésta haya sido reducida) del Derecho del Trabajo.

## 2.2 Evolución histórica de la regulación de la intermediación en el Perú.

Hasta 1978, la intermediación laboral estuvo prohibida en el Perú. Recién a partir de la expedición del Decreto Ley No. 22126 se abre la posibilidad de emplearla. Dicho dispositivo permitía la prestación de servicios a quien no era empleador directo, aunque sólo para labores complementarias.

Años más tarde, en 1986, el Decreto Ley No. 24514, derogatorio del anteriormente mencionado, amplía el ámbito de acción de las empresas de servicios, permitiendo que desempeñen labores especializadas. En palabras de Villavicencio, por éstas se entienden “(...) a aquellas que no están comprendidas en las actividades principales que realiza la empresa usuaria (...) que requieren de personal altamente cualificado<sup>(11)</sup>”.

Hasta entonces, la sanción prevista en caso de utilización fraudulenta de la novedosa modalidad de contratación de trabajadores era el reconocimiento del vínculo laboral directo.

La última etapa de esta evolución histórica, previa a la regulación actual de la materia, la constituye el Decreto Legislativo No. 728, Ley de Fomento del Empleo de 1991. En éste, se desarrolla el tema de manera más minuciosa y se amplía aún más el campo de actuación de las empresas de servicios. Además de las labores secundarias (complementarias y

(10) BOZA PRO, Guillermo. *Convenios de Formación Juvenil y de Prácticas: ¿Capacitación para el empleo o precarización del mismo?* En: *Asesoría Laboral*. No. 18. Lima, junio de 1992. Citado por CAMPANA, David y Herbert PRELLES, Op. cit.; p. 64.

(11) VILLAVICENCIO, Alfredo. Op. cit.; p. 89.

especializadas) que ya podían realizar, se adicionan las labores principales con la condición de que sean temporales.

Es decir, a partir de la promulgación de dicho Decreto Legislativo, la intermediación laboral podía llevarse a cabo a través de empresas de servicios y cooperativas de trabajadores. La norma citada establecía como límite cuantitativo al empleo de trabajadores destacados el 20% de la planilla. Este tope máximo sería, en clara muestra de política flexibilizadora, ampliado al 50% mediante el Decreto Legislativo No. 866 del año 1996.

En la práctica, se recurrió constantemente a las formas de intermediación con el notorio propósito de eludir la contratación directa y el reconocimiento de los derechos y beneficios sociales de los trabajadores. La entrada en escena de las cooperativas volvió más riesgosa y precaria aún la situación de los trabajadores destacados. Su tendencia a la insolvencia dejaba al socio trabajador desprovisto de los niveles mínimos de protección que le corresponden a un trabajador regular.

Con miras a evitar esto último, se pretendió compensar y dar una especial protección por vía legal a los trabajadores destacados, sea por una cooperativa o por una empresa de servicios. El primer paso en este sentido viene dado por la Ley No. 26513 de 1996, la cual dispuso que se reconociera a los trabajadores destacados ingresos y condiciones de trabajo no inferiores a los que correspondían a los trabajadores de la empresa usuaria.

Adicionalmente, para el caso específico de las cooperativas, que como se señaló introducían un mayor riesgo, mediante el Decreto Supremo No. 004-98-TR se estableció que los socios trabajadores tenían derecho a la compensación por tiempo de servicios aplicables a cualquier trabajador de la actividad privada y estipuló la inscripción obligatoria de las cooperativas en el Ministerio de Trabajo.

El citado Decreto Supremo introdujo, a su vez, la interesante necesidad de obtener una carta fianza para garantizar, por fin de una manera real, los derechos laborales de los socios trabajadores. Sin embargo, en una notoria marcha atrás dada por el gobierno de turno, por medio del Decreto Supremo No. 107-99-TR se reservó la obligación de presentar la carta fianza para

el caso de incumplimiento, por parte de la empresa de servicios o cooperativa, del pago de beneficios y derechos de los trabajadores. Esto, obviamente, vació de contenido la protección que brindaba la exigencia de una carta fianza, ya que para el momento en que se obligara su presentación a una cooperativa o empresa de servicio (ante el incumplimiento) ya existirían trabajadores defraudados que verían frustrados los cobros de sus derechos y beneficios.

A pesar de su efímera duración, la obligatoriedad de la presentación de la carta fianza permitió acabar con algunas empresas y cooperativas en incipiente proceso de defraudación laboral. De manera especial, esto se notó en el caso de las empresas de servicios, de las cuales sólo un 19% de las existentes pudo cumplir con el requisito de la carta fianza una vez vencido el plazo de adecuación dado por el Decreto Supremo No. 004-98-TR. Además, no faltó alguna ocasión en que el Ministerio de Trabajo llegó a ejecutar la carta fianza con el fin de pagar los beneficios sociales de los trabajadores<sup>(12)</sup>.

### 2.3 Síntesis de los resultados en la experiencia extranjera.

Esta serie de mecanismos tendentes a flexibilizar la entrada a la relación laboral y facilitar el acceso al empleo no han tenido, en el derecho comparado, mayor éxito en solucionar el problema central que motivó su instauración: las altas tasas de desempleo. Por el contrario, se han constituido como elementos distorsionadores y con efectos disfuncionales sobre el mercado de trabajo<sup>(13)</sup>. Queda por analizar, pues, si en el Perú los resultados son óptimos en el caso de la intermediación o el esquema diseñado por el legislador requiere correcciones.

La precarización de las relaciones laborales; el incremento de trabajadores temporales y la consecuente disminución de vínculos estables, y el aumento de trabajadores clandestinos sin vínculo jurídico con los empleadores son las principales consecuencias de la aplicación de una desmedida política de flexibilización en el mercado de trabajo. Como es evidente, el impacto en materia de relaciones colectivas es inevitable. Entra en crisis la negociación colectiva y los sindicatos se debilitan aun más.

(12) *Ibid.*; p. 93.

(13) CAMPANA, *Op Cit.*; p. 67.

### 3 Tratamiento normativo actual.

Como se ha puesto ya de manifiesto en la primera parte del presente trabajo, la regulación en el Perú de las modalidades de intermediación laboral ha evolucionado desde su aparición normativa. Así, actualmente la regulación de los “*services*” y “cooperativas” y las posibilidades de contratación de prestaciones de trabajo a través de estas figuras se encuentra presente, principalmente, en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo No. 003-97-TR; en el Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, Decreto Supremo No. 001-96-TR; el Decreto Supremo No. 002-97-TR, el Decreto Supremo No. 004-98-TR y la Resolución Ministerial No. 070-98-TR.

#### 3.1 Definiciones legales.

Al regular el fenómeno de la intermediación laboral, las leyes peruanas posibilitan el funcionamiento de dos grupos de empresas relativas a estos fines. Por un lado, las “empresas de servicios”, y en segundo lugar las “cooperativas de trabajadores”.

Contando con las definiciones de estas figuras esbozadas ya líneas arriba, aquellas se complementan legislativamente en la siguiente subdivisión. El artículo 97 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral define a las empresas de servicios temporales como “(...) aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador”. En otras palabras, este tipo de empresas proporciona trabajadores para labores de carácter temporal a la empresa llamada “usuaria”, sean estas labores principales o secundarias a las actividades comunes de aquella.

El artículo 104 del mismo cuerpo legislativo define a las empresas de servicios complementarios como “(...) aquellas cuya actividad principal es la de poner a disposición de otras empresas (...) actividades complementarias de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado”. El mismo artículo termina especificando que estas actividades complementarias de carácter especializado

son “(...) aquellas que no están comprendidas en las actividades principales que realiza la empresa usuaria y que para su ejecución requieren de personal altamente calificado”. De este modo, queda claro que estas empresas proporcionan trabajadores para labores secundarias, ya se necesiten de manera permanente o temporal.

En relación con la definición legal de las cooperativas de trabajadores, la normativa peruana es más escueta, limitándose, en el artículo 49 y siguientes del Decreto Supremo No. 002-97-TR a definir a las cooperativas de trabajadores, en las modalidades de trabajo y fomento del empleo, y de trabajo temporal, como modalidades empresariales de fomento al empleo autónomo. Pero, siguiendo las definiciones aceptadas comúnmente en la doctrina nacional, puede afirmarse que las cooperativas de fomento del empleo cubren necesidades de prestaciones para labores secundarias y principales, permanentes o temporales de la empresa usuaria, es decir, labores de cualquier tipo. En cambio, las cooperativas de trabajo temporal cubren los requerimientos para cualquier tipo de labores temporales, no importando que sean principales o secundarias para la empresa usuaria.

#### 3.2 Regulación de las figuras.

La normativa peruana ha impuesto, además, ciertos requisitos y limitaciones a las figuras bajo estudio. Es conveniente un previo análisis de éstos antes de realizar una crítica más profunda.

##### 3.2.1 Autorización y registro ante la autoridad administrativa de trabajo.

Las empresas de servicios deben obtener una autorización de funcionamiento, según lo exige el artículo 101 del Decreto Supremo No. 003-97-TR. Esta autorización se otorgará en la medida en que se cumplan los requisitos que las leyes exigen, como son la constitución como personas jurídicas, la configuración del objeto de prestar servicios temporales, complementarios, etcétera, la presentación de solicitud acompañada por escritura pública de constitución, la acreditación de un capital social pagado de 5 UIT vigente en el momento de la constitución. La autorización se concede por dos años y es renovable.

Las cooperativas de trabajadores deben inscribirse en el registro administrativo que según la Resolución Ministerial No. 059-98-TR se creó en el

Ministerio de Trabajo y Promoción Social. Este registro puede ser cancelado por el Ministerio en caso de incumplimiento de las obligaciones legales.

### 3.2.2 El requisito de la carta fianza.

El artículo 5 del Decreto Supremo No. 004-98-TR ordenaba a las empresas intermediarias la necesidad de contar con una carta fianza bancaria con la finalidad de garantizar el pago de los derechos laborales que genere la actividad de las personas destacadas por aquellas. Sin embargo, la posterior Resolución Ministerial No. 107-99-TR limitó la obligación solamente a las empresas intermediarias que incumplan con sus obligaciones de pago de beneficios y derechos laborales de las personas destacadas

### 3.2.3 La condición de los socios-trabajadores en las cooperativas.

La regulación de la figura de las cooperativas de trabajadores ha originado que las normas peruanas hayan creado un híbrido. Por un lado, estas empresas tienen naturaleza asociativa, pero, además, laboral. Esto, en la medida en que las personas que sean destacadas de estas empresas a empresas usuarias tienen la condición de socios y de trabajadores de las cooperativas a la vez. Esta constatación conlleva el hecho de que entre los dirigentes de las cooperativas y los trabajadores hayan a la vez relaciones asociativas y laborales (léase los tres elementos esenciales de la relación de trabajo: remuneración, subordinación y prestación personal)

### 3.2.4 Límites cuantitativos a la contratación.

Con la única excepción de las empresas de servicios complementarios, las normas peruanas han impuesto un límite a la contratación de trabajadores vía intermediación laboral. Este límite es del 50% del total de trabajadores de la empresa usuaria. Para el cálculo se deberá tomar en cuenta tanto a los trabajadores permanentes como a los contratados bajo modalidad de la empresa usuaria, y en el cómputo del porcentaje máximo entrarán todos los trabajadores destacados<sup>(14)</sup>.

### 3.2.5 Límites cualitativos a la contratación.

Cuando una empresa intermediaria destaca a un trabajador y éste realiza una labor análoga a uno de la empresa usuaria, aquel debe gozar de los mismos derechos y beneficios que éste. Sin embargo, para esto se requiere el cumplimiento de ciertos requisitos exigidos por el artículo 96 del Decreto Supremo No. 001-96-TR, estos son: que el destacado tenga la misma experiencia en las labores que el trabajador de la usuaria con el que se compara, los mismos años de servicio, y el mismo nivel de conocimiento para el desempeño de la función.

### 3.2.6 Responsabilidad solidaria limitada entre la empresa intermediaria y la usuaria.

Bajo la normatividad peruana, solamente existe responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria y la que destaca a los trabajadores en el caso del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, cuando éste no ha sido contratado por las empresas de servicios o cooperativas que destaquen trabajadores a actividades calificadas legalmente como riesgosas<sup>(15)</sup>.

## 4 Algunos datos estadísticos.

Sobre la base de los datos obtenidos por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social en el “Operativo a empresas de Servicios Especiales y Cooperativas de Trabajadores” realizado entre febrero y abril del 2001 se ha obtenido las siguientes estadísticas.

Bajo la información del Ministerio de Trabajo en el Perú existen 4,061 empresas dedicadas al suministro de trabajadores a empresas usuarias. De éstas, el Ministerio logró visitar 2,767 a nivel nacional. De esta cifra, 1,121 empresas operan en el departamento de Lima. Del total nacional, el Ministerio solamente inspeccionó 1,473 empresas.

En estas empresas inspeccionadas, se corroboró que laboran en total 55,522 personas, de las cuales 50,666 son destacados a empresas usuarias. Se detectó, además, que de estos destacados, 549 tenían contratos de locación de servicios.

(14) VILLAVICENCIO, Alfredo. Op. cit.; p. 93.

(15) Ibid.; p. 95.

En relación con el cumplimiento de las normas laborales, de las 1,473 empresas inspeccionadas en la primera visita, el 74% no pudo acreditar el cumplimiento de las normas laborales exigidas. Las obligaciones incumplidas son: no llevar libros de planillas, no entregar boletas de pago o no registrar debidamente a sus trabajadores, no efectuar el pago de gratificaciones, no presentar la Hoja de Resumen exigida a mediados de año para las empresas con más de 5 trabajadores con la finalidad de llevar un control y seguimiento de las empresas. En la segunda visita de inspección, el número de empresas que no cumplen las obligaciones bajó a 12%.

En el operativo se logró inspeccionar a 102 cooperativas y 1,372 empresas de servicios especiales. Del total de 1,473 empresas inspeccionadas. Dentro del total de empresas de servicios especiales, el Ministerio reporta 1,180 empresas que ofrecen servicios complementarios y 191 de carácter temporal.

Adicionalmente, el informe del Ministerio reporta que la mayor causa de la imposibilidad de visita al total de empresas de intermediación se debe a que aun existiendo la obligación de éstas de comunicar a las autoridades administrativas sus cambios de domicilio, esta obligación es mayoritariamente incumplida. El propio Ministerio reconoce que esta constatación y el cambio constante de denominación social de estas empresas constituye un serio problema para el control y seguimiento del cumplimiento de las obligaciones laborales de las empresas, y que el motivo de estas faltas se presume es la intención de evadir obligaciones con acreedores comunes, laborales o legales (entiéndase SUNAT, AFP's, ONP, ESSALUD, etc.).

Debe tenerse en cuenta un par de conclusiones de la revisión de estos datos. En primer lugar, la inspección del Ministerio de Trabajo se limita al cumplimiento solamente de ciertas obligaciones laborales, más no de todas, lo que podría originar que en la práctica el nivel de incumplimiento del total de obligaciones sea aún mayor.

En segundo lugar, debe notarse que aun cuando la inspección no revisó el cumplimiento de todas las obligaciones laborales, el nivel de incumplimiento en la primera visita es verdaderamente alarmante, pues el 74% de las empresas inspeccionadas no pudo

demostrar el cumplimiento de sus deberes laborales. Aunque este número se reduce en la conclusión de la segunda visita, el hecho que de ordinario las empresas no puedan sustentar correctamente el cumplimiento de sus obligaciones lleva de por sí a dudar de la seriedad de las mismas.

Por último, téngase también presente que las labores de vigilancia sólo se llevaron a cabo sobre el 53% de empresas de las que el Ministerio tiene conocimiento de existencia. Así, queda un 47% de empresas no visitadas ni inspeccionadas principalmente por la informalidad y el ánimo de evasión de las mismas como lo reconoce el propio Ministerio. Es razonable, entonces dudar que estas empresas cumplan satisfactoriamente con sus obligaciones laborales, si, como ya se dijo, no tienen siquiera el nivel de formalidad suficiente para ser pasibles de visita administrativa.

## **5 Dificultades que la intermediación en el Perú genera a los trabajadores.**

En un primer nivel, la intermediación laboral genera por naturaleza dificultades a las labores protectoras del Derecho del Trabajo. Estas se agravan si, como ocurre en el Perú, la intermediación laboral no se maneja legislativamente con criterios que suplan satisfactoriamente estas dificultades de origen.

### **5.1 Relaciones Triangulares.**

La intermediación laboral son los supuestos en que los trabajadores que prestan servicios para una empresa determinada no tienen vínculo laboral directo con ésta, sino con un tercero<sup>(16)</sup>.

De acuerdo con la afirmación presentada, y fuera del muy interesante debate por sobre si la ubicación correcta de las cooperativas de trabajadores debe ser dentro del fenómeno de la intermediación laboral, en base principalmente a la doble condición de los destacados por estas empresas de ser socios y a la vez trabajadores de la misma, lo cierto es que tanto las cooperativas de trabajadores como las empresas de servicios especiales, generan una triangulación de relaciones jurídicas con las empresas usuarias y los trabajadores destacados.

(16) FERRO DELGADO, Víctor. Op. cit.; p. 67.

Esta “triangulación” de relaciones se presenta de la siguiente manera. En primer lugar, la intermediación genera una relación contractual de naturaleza mercantil entre la empresa que destaca a los trabajadores y la empresa usuaria. De este modo, las relaciones entre los *services* o cooperativas y la empresa usuaria se canalizan a través de un contrato de locación de servicios. En esta medida, como es obvio, las relaciones entre estas empresas no se regulan por las normas laborales sino por normas civiles o mercantiles. Así, por ejemplo, el comienzo o fin del contrato entre estas empresas no se rige por protección laboral alguna sobre la base de la ya citada naturaleza mercantil de esta relación.

En segundo lugar, existe una relación distinta entre las empresas suministrantes de trabajadores y éstos. Como ya se ha adelantado, estas relaciones son distintas en la medida en que nos encontremos frente a una cooperativa de trabajadores o frente a una empresa de servicios especiales.

Así, si se trata de la relación jurídica presente entre una empresa de servicios especiales y los trabajadores que destaca, esta es claramente de naturaleza laboral. Es decir, la empresa de servicios se configura frente al trabajador destacado como su empleador. Como consecuencia de esto, teóricamente, los empleadores deben cumplir con sus obligaciones laborales frente a los trabajadores que destaca. La constatación de la calidad de empleador se la da la propia Ley de Productividad y Competitividad Laboral, pues en su artículo 97 establece que las empresas de servicios tienen con respecto a las personas naturales que destaca el carácter de empleador.

Neves define de manera clara que dentro de los elementos esenciales de la relación laboral, el poder de dirección da al empleador ciertas facultades sobre el trabajador, estas son dirigir, fiscalizar y sancionar el cumplimiento de la prestación personal a cargo del trabajador<sup>(17)</sup>. Es claro entonces que la empresa de servicios ostenta estas facultades frente al trabajador, sin embargo, en la medida en que las empresas usuarias tienen el poder de reglar la prestación de servicios del trabajador destacado, surge la pregunta de si ésta también posee o no cierta facultad de dirección sobre la actividad de empleador. E incluso la pregunta puede

extenderse a la facultad de fiscalización, pues es claro que al desempeñar el destacado sus labores comúnmente en los locales de la usuaria y al lado de trabajadores regulares de aquella, los mecanismos de supervisión y vigilancia de la usuaria también actúan sobre la labor del destacado. Aunque está lejos de la intención del presente trabajo de investigación afirmar que entre el destacado y la usuaria se configura una relación de trabajo, es claro que sí están presentes entre ellos ciertos elementos propios del poder de dirección.

De este modo, aunque no formalmente, sí existe una especie de relación entre el destacado y la empresa usuaria, relación por la que, como ya se afirmó, ésta tiene ciertas facultades de dirección y fiscalización de las labores del destacado.

En el caso de las cooperativas de trabajadores, la situación se complica más aún, pues los elementos de análisis presentados con relación a la triangulación también se encuentran presentes, pero aunados a una constatación adicional en la relación de los destacados por la cooperativa y ésta misma. Este elemento adicional es que los destacados no son sólo trabajadores de la cooperativa, sino que, además, son socios con los demás destacados de la cooperativa. Esto origina que para que un socio cooperativista deje de trabajar para la cooperativa, esta siga mecanismos asociativos, es decir, en lugar de despedir al socio del que se quiera prescindir, bastará con desafiliar a aquel, con lo que el trabajador no cuenta con la protección laboral de la estabilidad de salida que el Derecho del Trabajo otorga.

Esta calidad de socios y trabajadores de las personas destacadas por las cooperativas se corrobora en la legislación peruana. Así por el ejemplo el Decreto Supremo No. 002-97-TR en sus artículos 50 y siguientes.

Esta doble calidad de los destacados por las cooperativas es la que genera el mayor número de críticas en la doctrina.

Villavicencio apunta, por ejemplo, que en la práctica las personas que ingresan a la cooperativa lo harán en su mayoría con el sólo propósito de conseguir empleo, y sin contar obviamente con el “*afecto societatis*” que identifica al verdadero sujeto asociado<sup>(18)</sup>. Esta situación no mejora, anota el autor, en la medida en que una vez dentro de la cooperativa,

(17) NEVES MUJICA, Javier. Op. cit.: p.37.

(18) VILLAVICENCIO, Alfredo. Op. cit.: p. 91.

el desempeño de funciones en empresas totalmente distintas y el alto grado de rotación de los destacados hace que el conocimiento de los otros cooperativistas sea más difícil aún<sup>(19)</sup>. De este modo, el carácter de asociados es, en la mayoría de casos, meramente formal, pues en la práctica, la cooperativa es solamente fuente de trabajo para estas personas.

De este modo, se empieza a apreciar ya las dificultades que estas figuras generan a las personas involucradas en relaciones jurídicas con éstas. En lo subsiguiente, se ahondará en las dificultades detectadas.

#### 5.1.1 La intermediación y el principio Protector.

El maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez define al principio Protector como el “(...) criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador<sup>(20)</sup>”.

Un simple conocimiento del Derecho del Trabajo sustenta que el *telos* de esta rama del Derecho es la protección del contratante débil en una relación de trabajo, es decir, el trabajador. Sin embargo, el fenómeno mismo de la flexibilización, de la que la intermediación es parte<sup>(21)</sup> es de por sí una modificación actual o potencial de las normas laborales que se traduce en la atenuación de los niveles de protección de los trabajadores, y esta modificación afecta al principio Protector, pues este apunta a corregir el desbalance de poderes en la relación de trabajo, mientras que aquella los acrecienta<sup>(22)</sup>.

En el caso de los *services* y cooperativas, esta desprotección se presenta simplemente por su naturaleza, pues estas figuras generan necesariamente, por ejemplo, que los trabajadores sean dirigidos por dos personas (naturales o jurídicas): por el empleador formal (*service* o cooperativa) y por el de la empresa usuaria.

En el caso de las cooperativas, esta situación se agrava, con la afirmación ya presentada de que los

destacados tengan la doble condición de asociados y trabajadores y no gocen por esto de los beneficios de estabilidad que el Derecho del Trabajo procura a las personas que desarrollen prestaciones personales subordinadas y remuneradas.

Peor aún, en el caso de la práctica peruana, en que la informalidad de este tipo de empresas genera el incumplimiento a gran escala de los derechos de los destacados por aquellas. Pues la regulación nacional facilita la elusión de los deberes de los titulares de estas empresas en su calidad de empleadores.

Pasco dice con razón que: “Los *services* y cooperativas pueden jugar un rol importante en las tareas complementarias de una empresa -seguridad, vigilancia, mantenimiento, limpieza- y pueden asimismo brindar apoyo eficiente frente a necesidades coyunturales o imprevistas. Pero cuando son utilizados para el desempeño de tareas ordinarias y permanentes de las empresas, se constituyen en un factor de distorsión y generan sobrecostos que, por un lado, perjudican a los trabajadores, parte de cuyo salario va a manos de terceros, y a la propia empresa al encarecer la mano de obra sin aportar nada a la generación de riqueza<sup>(23)</sup>”.

#### 5.1.2 La intermediación y el principio de Primacía de la Realidad.

El principio de Primacía de la Realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos<sup>(24)</sup>.

En opinión de Ferro, la intermediación en sí implica supuestos por los que trabajadores que prestan servicios para una empresa determinada no tiene vínculo laboral directo con ésta, sino con un tercero<sup>(25)</sup>. Sin embargo, al no presentarse entre destacado y empresa usuaria los tres elementos de la relación de trabajo, no puede afirmarse aún que el principio de Primacía de la Realidad deba entrar en juego para descubrir una relación laboral encubierta.

(19) Ibid.

(20) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 2da edición. Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 23.

(21) PASCO, Mario. Op. cit.: pp. 108-111.

(22) Ibid.: p. 108.

(23) Ibid.: p. 111.

(24) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Op. cit.: p. 243.

(25) FERRO DELGADO, Víctor. Op. cit.: p. 67.

Sin embargo, sí lleva a ciertas dudas la relación jurídica existente entre los destacados y las cooperativas de trabajadores. La duda surge pues, aunque en teoría entre estos destacados y las cooperativas existe un vínculo laboral, en la práctica los efectos de este supuesto vínculo no se presentan, pues, como ya se afirmó, el carácter de socio que la cooperativa también da a los destacados, aleja de ellos muchas de las protecciones que el ordenamiento laboral destina a los trabajadores. Así, por ejemplo, no gozan, como ya se explicó de estabilidad de salida al poder ser separados de la cooperativa por medios asociativos.

Legislativamente, el ordenamiento se limita a dar a los destacados ciertos derechos como por ejemplo, el reconocimiento de ingresos y condiciones de trabajo no inferiores que los que corresponden a trabajadores permanentes de la empresa, aunque, como se verá más adelante, este derecho queda circunscrito al ámbito teórico, pues en la práctica es casi imposible de configurarse.

En relación con las facultades de dirección y fiscalización, que como ya se mencionó, se reparten entre las empresas destacantes y las usuarias, existen varias teorías explicativas. Alguna parte de la doctrina afirma que en este fenómeno se presentan dos empleadores y dos relaciones laborales (teorías dualistas), para explicar que los poderes mencionados se dividan entre son fuentes. La normativa propone que el verdadero empleador es la empresa destacante, sea *service* o cooperativa.

Sin embargo, tesis más radicales dudan de las dos posiciones antes mencionadas, basándose en la búsqueda del elemento más trascendente del contrato de trabajo: la subordinación<sup>(26)</sup>.

Creemos que el asunto es bastante debatible, y que puede complicarse con lo que en la realidad se presente. De este modo, aunque en teoría se acepte que entre la empresa usuaria y el destacado no exista vínculo jurídico alguno, y menos uno de naturaleza laboral, lo cierto es que en la práctica puede darse casos en que la usuaria detente ante el trabajador todos los poderes de dirección, y que la remuneración de este sea otorgada por esta usuaria (de manera evidente o más bien sutil), con lo que el principio de Primacía de

la Realidad debería entrar en juego para detectar que en la práctica exista o no vínculo laboral entre el trabajador y la empresa usuaria. Recuérdese que al fin, el sentido del Derecho del Trabajo es la protección del trabajador.

## 5.2 La interposición y la práctica peruana: ficciones y artificios.

Teniendo en cuenta los conceptos y principios rectores del Derecho Laboral y sobre todo considerando aquellos que resultan bases para el tema que se trata, puede llegarse a ubicar los conflictos, tanto de hecho como de derecho, que se presentan en la actual situación de los procesos de intermediación de la mano de obra en concordancia con la realidad fáctica y con el marco normativo vigente.

El Dr. Alfredo Villavicencio<sup>(27)</sup> señala que la doctrina ha identificado algunas causas que habrían determinado la aparición o el incremento de las nuevas formas de subcontratación entre las que puede citarse: (i) los cambios en las estructuras organizacionales de la economía de mercado (producción y trabajo) que debido a la masificación y la tecnología así como a la exigente demanda de los consumidores se ha convertido en una suerte de especialización industrial que lleva a los productores a centrar sus esfuerzos en hacer frente a estas nuevas exigencias y a fijar su atención en sus labores principales dejando de lado las actividades accesorias. Colocando éstas últimas en manos de otras personas y haciendo que la utilización de los servicios de intermediación les resulten útiles y les reduzca costos a pesar de que desde una primera aproximación los costos aparezcan mas elevados; (ii) la reducción de costos que significa la utilización de estas medidas de contratación alternas a la contratación directa y la ventaja que significa para el flujo de caja de la empresa usuaria; (iii) el elevado nivel de desempleo y la necesidad económica en la que se encuentra la población lleva a las personas a una situación de necesidad que las fuerza a aceptar condiciones de trabajo que en estados normales no aceptarían; (iv) la pérdida de influencia y de presión de los sindicatos y las organizaciones colectivas. Estos organismos de negociación ya no pueden oponerse a las medidas adoptadas por los empresarios; (v) el

(26) HERRERA, Isabel. *Las Empresas de Trabajo Temporal*. Tesis (Bachiller) PUCP. Lima. 1990. p. 223.

(27) VILLAVICENCIO, Alfredo. Op. cit.: pp. 85-86.

ingreso de las políticas neoliberales en el tratamiento de la economía nacional que con su consiguiente flexibilización en cuanto a la normativa laboral ha contribuido enormemente en la proliferación de estas modalidades de intermediación de mano de obra. Sumado esto a que es el mercado el principal regulador de las relaciones comerciales, no es de extrañar que si la demanda (de los empresarios) exigía mano de obra barata y rápida, la oferta (los avispados organizadores de los *services*) la iba a encontrar y le iba a poner un precio, aunque lo que estuviese en juego involucrara el esfuerzo ajeno y derechos laborales considerados unánimemente irrenunciables.

Adicionalmente, el fenómeno se presenta como una forma de negocio altamente rentable, pero que genera un enorme problema social. Nos explicamos. La utilidad o plusvalía que perciben las empresas de servicios complementarios o especiales y las cooperativas así como sus tasas de rentabilidad han aumentado en los últimos años. Y la explicación a esto se encuentra en el valor adicional que cobran a la empresa usuaria en razón de la organización y administración de la información (hoy en día uno de los elementos de mayor necesidad en el mercado) que poseen, así como a mantener la disponibilidad de la mano de obra de manera efectiva ante la demanda de empleados.

Sin embargo, esta excesiva tasa que se pretende justificar en el valor agregado y en el procesamiento de los datos no justifica los gastos efectuados por dichas empresas (los costos que representa mantener una de estas empresas intermediarias son de los más bajos en el mercado ya que se remiten a gastos de oficina y de administración puesto que no requieren de la utilización de costosos y especializados equipos o maquinarias de última generación ni de materias primas o procesos de manufacturación), y lo que es peor aún, se conoce que una parte de esta utilidad proviene de la partición del sueldo del empleado y que se queda en manos de la empresa colocadora bajo diversos conceptos (muchos de ellos injustos y simulados). Lo que tenemos delante, pues, no es sino un “aprovechamiento indebido del fruto del esfuerzo humano”<sup>(28)</sup>.

En relación con los afectados por las constataciones expuestas, debe tenerse en cuenta que el Derecho del Trabajo es un derecho que busca proteger a la parte débil de las relaciones jurídico-laborales, es decir, al empleado, y con ese fin es que sus directrices son imperativas. Contrariando estos fundamentos bases, el empleado resulta ser el principal afectado con estas modalidades de subcontratación y es precisamente la parte débil de dichas relaciones jurídicas la que afronta el elevadísimo costo de la intermediación.

Los conflictos que se desprenden del actual tratamiento normativo al sistema de terciarización de mano de obra afectan directa e indirectamente al empleado, y se puede percibir también una afectación negativa para con la empresa usuaria que si bien no llega a alcanzar las magnitudes del perjuicio contra el empleado contratado por los *services* o colocado por las cooperativas, sí refleja una desventaja que se traducirá en mayor o menor medida, según la empresa de la que se trate, en un perjuicio económico.

Por último otro afectado por este régimen legal es el propio Estado al tener que asignar dinero y esfuerzo en el control y fiscalización, por demás inútil, de los *services* y que, además, se ve burlado al no percibir ni beneficios ni mejoras generales en la política nacional de generación de empleo.

Los problemas en la realidad son, entre otros, los siguientes.

#### 5.2.1 Información asimétrica.

El problema base que genera la aparición de estas modalidades de intermediación es la información asimétrica, desde el punto de vista económico toda sociedad y por ende todo mercado maneja diferentes tipos de información y es precisamente por la asimetría existente entre los individuos de la sociedad que se generan situaciones de ventaja frente a otros sujetos que no manejan estos datos.

Es pues, en esas circunstancias, que surgen estas modalidades de contratación ya que determinados sujetos que cuentan con la capacidad de conocer la información relativa a la demanda de empleados negocian y lucran al “vendérsela” a aquellos que la

(28) Hacemos mención de esta frase (al considerar que sintetiza el problema social que se deriva de estas modalidades de subcontratación) utilizada en la Exposición de motivos del Proyecto de Ley No 1619, Ley que regula la intermediación laboral (*services*), presentado por el Congresista Daniel Estrada Pérez.

requieren. Esto no tendría nada de malo si no fuera porque lo que se negocia involucra no sólo derechos fundamentales y consagrados en la Constitución<sup>(29)</sup> sino que juega con las necesidades económicas de las personas que requieren conocer de estos datos y por lo que dicha situación de necesidad los lleva a contratar en situaciones no óptimas y, demás esta decirlo, en escenarios de riesgo e incertidumbre. Muchas veces, además, desnaturalizando por completo los derechos laborales inherentes a los trabajadores que deberían ser, por naturaleza, irrenunciables. Resultando de esta situación una clara violación a las normas constitucionales en que se consagran los derechos laborales<sup>(30)</sup>.

### 5.2.2 Derechos desiguales.

Resulta lamentable observar que entre los empleados permanentes (es decir, los contratados directamente por la empresa y que entre ellos y la misma existe un contrato laboral) y los empleados destacados por las empresas de servicios complementarios, las empresas de servicios temporales y por las cooperativas existe una desigualdad inmensa en los salarios que perciben y los derechos que reciben (tanto los legales como los acordados por los convenios colectivos). Esto es alarmante dado que las condiciones de trabajo y las actividades que realizan o son similares, o incluso son las mismas. Este desequilibrio está motivado por el afán de lucro de quienes manejan las empresas intermediarias y no tiene ninguna clase de sustento real que lo justifique y justificado en los requisitos imposibles de cumplir que la ley plantea: para la analogía de derechos con trabajadores de la usuaria, los destacados deben tener igual experiencia, años de servicios y conocimiento para el desempeño de la función que el trabajador de la usuaria. Esto obviamente, es imposible de conseguir teniendo en

cuenta que el destacado nunca ha trabajado para la usuaria (en el peor de los casos) y nunca tendrá el mismo tiempo de experiencia que los trabajadores de esta.

### 5.2.3 La intermediación laboral en la realidad económica peruana.

El Perú es un país pobre, y como tal, los índices de desempleo son elevados. Surgen situaciones como el subempleo y el pluriempleo, ésto, aunado a los bajos salarios que se pagan, la recesión y a la inflación existente no hace sino mostrar que la figura de la intermediación (en su modalidad de interposición) es injusta, y lo es porque se abusa de la existencia de esa información asimétrica que ya hemos señalado en perjuicio de los empleados (los débiles de la relación) y en beneficio de aquellos capaces de procesarla (los *services* o cooperativas).

La Constitución señala que el ciudadano tiene derecho a recibir un salario justo que le permita cubrir sus necesidades básicas<sup>(31)</sup>. Es obvio que en las condiciones en las que se encuentra nuestro país muchos derechos necesarios no se cumplen y quedan como simples muestras del subdesarrollo en el que vivimos, sin mencionar aquellas normas que reflejan obligaciones que el Estado debería cumplir y no lo hace (como el fomento del empleo<sup>(32)</sup>) y que se consideran expectativas a futuro.

Las estadísticas económicas nos muestran la situación crítica en la que nos encontramos.

Según estos datos<sup>(33)</sup>, el 9% de la población económicamente activa (PEA) se encuentra en situación de desempleo absoluto y el 75 % sufre las consecuencias del subempleo (la sobre capacitación del empleado resignado a ocupar puestos de menor valía), cifra sumamente elevada que no demuestra sino una situación de pobreza extendida.

(29) Constitución Política del Perú 1993, artículo 22: "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona".

(30) Constitución Política del Perú 1993, artículo 23, tercer párrafo: "(...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador(...)".

(31) Constitución Política del Perú 1993, artículo 24: "El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores."

(32) Constitución Política del Perú 1993, artículo 23 segundo párrafo: "(...) El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo(...)".

(33) Ver: página web del Instituto de Estadística e Informática (INEI): [www.inei.gob.pe](http://www.inei.gob.pe); y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): [www.ilo.org](http://www.ilo.org)

La injusticia, entonces, de esta figura estriba en que ni la situación nacional y mucho menos la posición de necesidad del empleado son marcos adecuados para que germinen estas modalidades de contratación porque no hacen sino restarle beneficios e ingresos a los ya menguados frutos del esfuerzo de los individuos contratados.

#### 5.2.4 El límite al número de destacados y el exceso de aquel.

Otro de los puntos en que la normativa peruana es debatida es el referente a los límites cuantitativos relacionados a la intermediación.

Para ambos tipos de cooperativas de trabajadores, la ley manda que el número de socios que puede destacarse a una empresa usuaria no debe exceder del 50% de número de trabajadores de la empresa usuaria. Esta regla rige también para las empresas de servicios temporales. Solamente el destaque de trabajadores de empresas de servicios complementarios no está limitado por porcentaje alguno, amparándose en la lógica de no requerirse un límite en la medida en que las empresas solamente deberían cubrir puestos residuales.

Luego de un par de variaciones en la normativa referida a la situación de los trabajadores excedentes de este porcentaje, hoy el Decreto Supremo No. 002-97-TR dispone que este excedente se considerará como con relación laboral con la empresa usuaria. Sin embargo, como afirma Toyama<sup>(34)</sup>, las normas no precisan la sanción correspondiente en el caso de retraso en el reconocimiento de esta relación laboral. Para algunos, continúa el autor, la empresa usuaria deberá pagar todas las remuneraciones y beneficios devengados al trabajador sin que quepa un descuento con las sumas percibidas por la empresa intermediaria<sup>(35)</sup>. Para el autor, la empresa usuaria debe pagar todas las remuneraciones y beneficios devengados desde la fecha de excedencia, pero compensando con las sumas pagadas por la empresa intermediaria a los trabajadores<sup>(36)</sup>. En cualquier caso, es claro que el que se perjudica principalmente con

estas imprecisiones normativas es el trabajador que no ve satisfechos sus derechos por la demora que la interpretación pueda causar (léase intervención jurisdiccional).

#### 5.2.5 El cumplimiento de los beneficios laborales.

Uno de los conflictos más directos que surgen de los procesos de interposición es aquel que engloba a las condiciones de trabajo. Y es que nos encontramos frente a una figura que no hace sino recortar los beneficios sociales a los que debieran obligarse los empleadores sea por ley o por los convenios producto de la negociación colectiva. Muchos de los empleados destacados no tienen derecho a vacaciones ni a horas extras pagadas (en la mayoría de los casos estos empleados trabajan más de las 8 horas que integran la jornada máxima), el pago de la CTS, la participación en las utilidades señalada por ley, la inscripción en las AFP's y los seguros tampoco son cumplidos por las empresas intermediarias y ni qué decir del salario mínimo, ya que este sufre recortes injustificados y abusivos.

#### 5.2.6 La informalidad de los *services* y cooperativas.

Además de ser testigos de una elevadísima tasa de incumplimiento de las normas laborales aplicables a los trabajadores destacados. Estos viven en un constante estado de inseguridad dado que las empresas que los contratan (los *services*) muchas veces funcionan solamente por determinados períodos de tiempo, al término de los cuales desaparecen y no pagan jamás los beneficios debidos ni menos las indemnizaciones correspondientes por despidos injustificados.

Quizá el ejemplo mas claro de violación a las normas lo tenemos en la simulación laboral y “cuando el recurso a la intermediación se convierte en interposición laboral”<sup>(37)</sup>. Esta simulación se constituye con empresas colocadoras carentes de patrimonio (denominadas “empresas fantasmas”) que tienen como

(34) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *La subcontratación o intermediación laboral y la laboralización directa*. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Año 6, No 21. Lima, junio de 2000. pp. 31.

(35) *Ibid.*; p. 31.

(36) *Ibid.*; pp. 31-32.

(37) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Op. cit.*; pp. 97 y 98.

finalidad encubrir a la empresa usuaria para que pueda burlar las normas laborales y no cumplir con las obligaciones que se desprenden del ordenamiento.

Por ello es que la normativa ha de ser rígida con estas empresas colocadoras y la imposición de medidas preventivas de fraudes así como las sanciones aplicables a los casos de incumplimientos deben ser estrictas y ejecutables.

#### 5.2.7 Responsabilidad por los adeudos.

Otro problema relacionado con el de la informalidad de las empresas de intermediación en el Perú es el de la responsabilidad frente a los adeudos laborales de los destacados por éstas. Villavicencio señala que uno de los mecanismos más usuales para evitar la defraudación a los trabajadores destacados en el cumplimiento de sus derechos salariales es la responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria y la que destaca a los trabajadores<sup>(38)</sup>. Sin embargo, aunque esta es una medida que ayudaría a resolver la defraudación a los trabajadores, en el país la regla sólo rige para el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, cuando aquel no ha sido contratado por las destacantes.

En el mismo sentido, no existe responsabilidad alguna de las empresas intermediarias frente a sus destacados en caso de disolución de las primeras. Aunque existe la obligación de contratar una carta fianza con que presuntamente se garantice el cumplimiento de los adeudos a sus trabajadores, esta carta sólo es exigida a las empresas que demuestren falencias o infracciones en su accionar (artículo 1 de la Resolución Ministerial No. 107-99-TR), con lo que la garantía carece de sentido.

#### 5.2.8 El problema de la libertad de disposición de lo producido por las empresas intermediarias.

Otro problema que surge con estas modalidades de subcontratación es que la empresa utiliza el dinero que debe ser usado para pagar los beneficios a los empleados como capital que le produce liquidez a la misma. Este capital de trabajo debiera estar controlado para que no se vaya a perder por malos manejos, robos o malas inversiones inclusive si son hechas con buena fe.

Es aquí donde debe considerarse la importancia de la Carta Fianza (que era obligatoria en nuestro ordenamiento hasta que fue eliminada como requisito) y que, sin embargo, resulta perjudicial para el empresario porque mantiene congelado dinero que podría hacer rotar en el mercado y percibir ganancias para él, como para mejorar las condiciones de los empleados.

#### 5.2.9 Perjuicios para la propia empresa usuaria.

También podemos mencionar los perjuicios que este sistema de subcontratación le genera a las propias empresas usuarias.

En primer lugar, la lealtad del empleado para con la empresa usuaria desaparece. Esto lo podemos percibir no sólo con estas modalidades de terciarización de la mano de obra sino con los contratos por tiempo determinado (rasgo atípico del contrato de trabajo). El empleado por la situación precaria en la que se encuentra y por el poco tiempo que en principio va a laborar para la empresa usuaria no desarrolla ni menos aún internaliza sentimientos de lealtad para con la empresa usuaria y tampoco sentirá impulsos de progreso que motive a los empleados a dar lo mejor de sí mismos para el desarrollo exitoso de la empresa a la que pertenecen. Con esto se limita la posibilidad de compromiso de los trabajadores para con los resultados económicos de la empresa usuaria.

#### 5.2.10 Dificultades en el ejercicio de los derechos colectivos.

En relación con los derechos sindicales, Villavicencio señala que la permanente referencia al *status* de los trabajadores externos impermeabiliza a la empresa con respecto a mantener mejores condiciones de trabajo para sus propios trabajadores, con lo que se rompe la unidad del colectivo laboral que debería mantenerse entre los trabajadores de la empresa usuaria y se presiona a la baja las condiciones salariales y de trabajo<sup>(39)</sup>. Agrega el autor que la presencia numerosa de trabajadores destacados en una empresa usuaria conlleva la posibilidad de cuestionar el número de trabajadores en planilla, y con ello, al ser menor el número de trabajadores contratados directamente por la empresa, disminuir las

(38) Ibid.: p. 95.

(39) Ibid.: p. 96.

posibilidades de que los trabajadores alcancen los números mínimos necesarios para la constitución de figuras sindicales adecuadas<sup>(40)</sup>. Esto, sin contar, que a menor número de trabajadores, la presión al empleador es menor con lo que el poder de negociación disminuye.

Y, en relación con los derechos sindicales de los trabajadores de las empresas destacantes frente a éstas, la situación es igual de mala, pues los trabajadores no gozan de una tutela colectiva adecuada a las dificultades propias de este tipo de contratación<sup>(41)</sup>.

#### 5.2.11 Otro tipo de abusos en la práctica.

En su modalidad de interposición, esta figura jurídica se presta también a los abusos de parte del contratante (*service*) contra el empleado y aquí aparecen los excesos que en abierta violación a las normas arremeten contra los débiles de la relación jurídica: los empleados destacados.

Entre estos actos de abuso tenemos: la retención de porcentajes amplios del salario del empleado, el pago permanente de comisión que cobra la empresa colocadora al empleado por haberle conseguido un trabajo (gracias al manejo de la información asimétrica), entre otros.

Inclusive se presentan casos en los que el intermediario no era más que una ficción puesta al servicio de la empresa usuaria para desatenderse del pago de los beneficios sociales y otros costos.

Ante la situación descrita, el presente trabajo pretende concluir con algunas propuestas.

## 6 Análisis de propuestas.

Además de la bibliografía, estadísticas y material de trabajo citado anteriormente, para la realización de este trabajo se han consultado varios Proyectos de

Ley<sup>(42)</sup>, suscritos por diversos grupos políticos. Luego de analizados todos estos elementos, cabe pronunciarnos sobre las principales modificaciones que se perfilan sobre nuestro tema de estudio.

Dada la forma en que se encuentran arraigados los modelos de Cooperativas de Trabajadores como de Empresas de Servicios Especiales en sus diversas modalidades -a pesar de haberse concebido como supuestos excepcionales- dentro de nuestro sistema de contratación laboral, la estrategia a seguir para introducir reformas estructurales no puede estar basada en modificaciones de aplicación y efectos diseñados para el corto plazo. Nos enfrentamos ante un panorama -tal como lo reveló el Operativo a Empresas de Servicios Especiales y Cooperativas de Trabajadores realizado entre el 19 de febrero y el 6 de abril de 2001- donde en 1,473 de 2,767 Empresas de Servicios Especiales y Cooperativas de Trabajadores inspeccionadas laboraban 55,522 personas, entre trabajadores destacados y trabajadores de la misma empresa y donde “podemos suponer, con cierto grado de certeza, que el incumplimiento de las obligaciones laborales (...) es sumamente alto” a decir del propio Ministerio de Trabajo y Promoción Social<sup>(43)</sup>.

Se requeriría, por lo tanto, de dos fases complementarias. Correspondería a la primera de ellas el establecimiento de una serie de medidas en pos de una labor depurativa que permita vislumbrar la magnitud real del fenómeno, eliminando aquellas empresas que participan de simulaciones, que se constituyen con la única finalidad de ocultar al verdadero empleador para que éste no se haga cargo de las responsabilidades laborales que implica la contratación de trabajadores, con lo que la posibilidad de que encuentren insatisfechos sus créditos laborales es sumamente grande. Así, las medidas planteadas en

(40) Ibid.; p. 96.

(41) Ibid.; p. 96.

(42) A saber: Proyecto de Ley No. 406 presentado el 13 de setiembre de 2000 por los congresistas Beatriz Alva Hart y Absalón Vásquez Villanueva; Proyecto de Ley No. 1557; Proyecto de Ley No. 1084 presentado el 18 de diciembre de 2000 por el congresista Helbert Samalvides Dongo; Proyecto de Ley No. 1619 presentado el 29 de marzo de 2001 por el congresista Daniel Estrada Pérez; Proyecto de Ley No. 355 presentado el 13 de agosto de 2001 por el congresista Luis Negreiros Criado; Proyecto de Ley No. 448 presentado el 13 de agosto de 2001 por la congresista Dora Núñez Dávila; Proyecto de Ley No. 601 presentado el 6 de setiembre de 2001.

(43) Así se concluye en el punto 6.7 del informe del último Operativo a Empresas de Servicios Especiales y Cooperativas de Trabajadores llevado a cabo por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social. Adicionalmente, el Ministerio estableció que “el sólo hecho que la mayoría de este tipo de empresas no sean ubicadas y que no hayan cumplido con la obligación de comunicar al Sector el cambio de domicilio y/o denominación social es, sin duda alguna, un rasgo sintomático de que, este tipo de empresas, muy probablemente incumplen con las obligaciones laborales. Empero, desafortunadamente, no podemos establecer cifras exactas sobre el nivel de incumplimiento”.

la primera fase deben tener como objeto primordial sentar las bases de adaptación al nuevo medio a implantarse en la segunda fase. Esto se requiere, en gran parte, ya que no se cuenta con datos estadísticos -oficiales o no- respecto de las dimensiones del recurso al fraude en materia de intermediación, ni siquiera respecto al incumplimiento de obligaciones laborales específicas.

De acuerdo con cómo se vayan adaptando los diversos agentes al medio y previo estudio del desarrollo de las consecuencias generadas y de la viabilidad -dentro de este nuevo medio- del segundo grupo de medidas, se procedería a la segunda y definitiva fase.

### 6.1 Primera Fase.

Un primer grupo de medidas de carácter legislativo y administrativo debería comprender los puntos tratados a continuación:

a) Adecuada delimitación del régimen jurídico aplicable a los diversos sectores existentes en la intermediación o contratación laboral indirecta<sup>(44)</sup>, es decir, respecto de la “Mediación”, “Interposición o Subcontrata” y “Contratistas”.

La unificación de la terminología empleada en las diversas normas laborales y civiles que tratan el tema evitará mayor confusión en jueces y otros operadores del Derecho acerca de los campos de aplicación donde estos órdenes se desarrollan. Con ello se evitarían contradicciones al interior del sistema como el generado en el artículo 99 del Reglamento del TUO de la Ley de Fomento del Empleo, Decreto Supremo No 001-96-TR, donde participan en un mismo dispositivo: contratistas, subcontratistas, Empresas de Servicios Especiales y Cooperativas de Trabajo.

Así, entendemos que en la Mediación, en rigor, sólo hay contratación indirecta en un primer momento (etapa precontractual), siendo ésta directa en la fase contractual propiamente dicha. Corresponden a la Mediación las denominadas “Agencias de Empleo”, tanto privadas como públicas.

De acuerdo con la clasificación expuesta, en la Interposición o Subcontrata encontraríamos a las

Empresas de Servicios Especiales y Cooperativas de Trabajo en sus diversas modalidades.

Por último, tal como se ha tratado anteriormente, corresponderían al sector de los Contratistas aquellos que participan de subcontrataciones donde la empresa usuaria tiene el mayor poder de dirección y donde existen seguros de riesgo obligatorios. Esta figura es muy usada hoy en día para exploración, explotación y transporte en el sector minero de carácter privado.

Ninguno de los Proyectos de Ley revisados desarrolla integralmente esta sistematización, ni traza la importancia del presente punto para su revisión posterior a través de algún dispositivo legal, lo que resulta -con respecto al actual panorama legal e inmediato desarrollo del sector- criticable en suma.

b) Eliminación de la figura de las Cooperativas de Trabajadores en sus dos modalidades existentes (Cooperativas de Trabajo y Fomento del Empleo y Cooperativas de Trabajo Temporal).

Tal como se ha analizado, debido a que su objeto es ser fuente de trabajo para quienes, al mismo tiempo, son sus socios y trabajadores, se produce una distorsión insalvable de la naturaleza de la institución.

Resulta sumamente cuestionable la condición de los miembros de la Cooperativa de Trabajadores, puesto que al ingresar ésta a labores de suministro de mano de obra su naturaleza se encuentra más cercana a la de trabajadores dependientes que a la de socios, ya que no estamos ante sujetos que se han asociado para realizar labores medianamente autónomas sino con sujetos que se encuentran en pos de un trabajo subordinado y que usan a la Cooperativa de Trabajadores como su vía de acceso a dicho puesto.

A ello habría que agregar el gran problema que constituye la simulación planteada por Cooperativas de Trabajadores que se constituyen con la finalidad de ocultar al verdadero empleador (Cooperativas “fantasma”), quien busca evadir las responsabilidades laborales que implica la contratación laboral directa. Tal es así que algunos funcionarios de la Organización Internacional del Trabajo han calificado a la función que desarrollan las Cooperativas de Trabajadores en nuestro país como “anómala”, más aún cuando dichos

(44) Denominada por la Organización Internacional del Trabajo como “Subcontrata”.

trabajadores desempeñan labores permanentes relacionadas a la principal actividad de la empresa a la que son destacados<sup>(45)</sup>.

De los Proyectos de Ley analizados, sólo dos<sup>(46)</sup> plantean la eliminación sugerida en este punto, sin embargo, consideramos que las fórmulas que expresan dichos Proyectos de Ley conllevan un alto costo social de ser aprobados tal como están trazados. Un tercer Proyecto de Ley<sup>(47)</sup> incide en la adecuación de las Cooperativas de Trabajadores a un modelo de intermediación desarrollado a través de “Agencias de Empleo y Servicios Complementarios”, acorde con lo establecido por el Convenio No. 181 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual aún no ha sido ratificado por ningún Estado. El mayor respaldo a la propuesta de eliminación de la figura de las Cooperativas de Trabajadores se encuentra tanto en el ámbito doctrinario como en la legislación comparada.

A fin de constituir un mecanismo de protección de los trabajadores más afectados que participan de esta institución desnaturalizada, cabría añadir en la norma que regule este tema un artículo equivalente al siguiente:

“A la entrada en vigencia de la presente ley, los trabajadores -socios de Cooperativas de Trabajadores- que se encuentren prestando servicios de carácter permanente relacionados con la principal actividad de la empresa usuaria, continuarán laborando para ésta, ya que se presumirá de pleno derecho la existencia de contrato de trabajo a plazo indeterminado entre el trabajador y la empresa usuaria”.

c) Restringir la actividad de las Empresas de Servicios Temporales a supuestos excepcionalísimos referidos a la actividad principal de la empresa usuaria.

Tal como se encuentran reguladas las Empresas de Servicios Temporales, resulta sumamente discutible que los trabajadores destacados por dichas empresas puedan ocuparse de labores secundarias, tal como se ocupan de actividades principales de las empresas usuarias, en la medida en que tal hecho es una intromisión indebida en lo que corresponde -por su propia naturaleza- al ámbito de actuación de los trabajadores de Empresas de Servicios Complementarios. No obstante, en la práctica, se ha considerado posible tal dedicación, en tanto se trate de una cobertura temporal del puesto de trabajo y cuando sea la misma empresa usuaria la que se ocupe de tales actividades con sus propios trabajadores<sup>(48)</sup>.

De esta manera, vemos que a pesar de existir inconvenientes para la debida sistematización del modelo, los trabajadores de las Empresas de Servicios Temporales han venido desempeñando labores relativas tanto a la actividad principal de la empresa usuaria como a labores secundarias, ya que sólo se ha resguardado el elemento de duración de la labor. Se recurre a trabajadores de este tipo de empresas para sustituir a un trabajador estable cuyo vínculo laboral se encuentra suspendido por alguna causa justificada prevista en las normas legales o convencionales vigentes (contrato accidental de suplencia) o para cubrir puestos no permanentes creados por necesidades temporales de la empresa (contrato temporal por inicio

(45) Incluso destacados juristas especializados en el campo del Derecho del Trabajo, como el español Fernando Valdés Dal-Re, se han referido a las grandes diferencias que separan a la figura de la Cooperativas de Trabajadores en el Perú con la de otros ordenamientos: “La legislación española desde hace ya bastante tiempo regula las sociedades cooperativas que, en lo que se refiere a las de trabajo, las llama sociedades cooperativas de trabajo asociado. (...) Intuyo que usted piensa que en España ese tipo de sociedades de trabajo asociado pueden cumplir un papel parecido al de los trabajadores respecto de las empresas usuarias. Sin embargo, en la legislación española, y sobre todo en la realidad productiva española, las cooperativas de producción no funcionan de ese modo, es decir, las cooperativas de trabajo asociado, no son sino empresas que funcionan en el mercado, de acuerdo con las reglas externas del mercado, y que, en lo que se refiere a sus relaciones internas, están excluidas del ordenamiento laboral pero la legislación las somete a una serie de normas, que en realidad determinan, o han determinado, una fuerte laboralización interna de los socios en el momento o en lo que se refiere a la prestación de su trabajo. No creo que la situación, por tanto, sea equiparable: los socios de las cooperativas de trabajo social en España gozan de una serie de derechos muy notables: Derecho de la seguridad social, derechos, digamos laborales, bien que sin esa perspectiva sustantiva, sino como consecuencia de ese proceso de laboralización de ciertas reglas, y por tanto, la situación de ellos, en modo alguno puede presentarse como con esos caracteres de riesgo. Y aquí no hago más que anunciar una duda: parece que esos caracteres de riesgo se presentan en su país”. En: *La intermediación laboral en el contexto ...* Op cit.; pp. 111-117.

(46) Proyecto de Ley No. 1557 y Proyecto de Ley No. 448 presentado el 13 de agosto de 2001 por la congresista Dora Núñez Dávila. Ambos plantean -con variaciones- que el íntegro del sistema de contratación laboral sea directo. A pesar que el segundo de los designados se denomina impropriamente “Ley que elimina la Intermediación Laboral a través de los *services*”, se entiende que sus disposiciones alcanzan a las Cooperativas de Trabajadores.

(47) Proyecto de Ley No. 1619 presentado con fecha 29 de marzo de 2001 por el congresista Daniel Estrada Pérez.

(48) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Op. cit.; pp. 81-106.

o lanzamiento de nueva actividad, contrato temporal por necesidades de mercado y contrato temporal por reconversión empresarial).

Así, a pesar de que estas empresas se originaron con carácter excepcional por lo que les correspondería actuar, como su nombre lo indica, en eventualidades sujetas a plazos o términos por las necesidades que le impone el desarrollo empresarial, lo cierto es que están perdiendo tal excepcionalidad y se ha venido usando su fórmula para cubrir puestos de trabajo vinculados a actividades secundarias. Cuando son utilizadas para el desempeño de tareas principales en las empresas, se constituyen en un factor de distorsión.

De los Proyectos de Ley analizados, únicamente en dos<sup>(49)</sup> se hacía alusión directa a la existencia de este problema dentro de nuestro sistema de contratación indirecta. Así, en la exposición de Motivos del Proyecto de Ley No. 1619 se hace un análisis de dicho problema, lo que se pretendería resolver con la adecuación a un modelo de “Agencias de Empleo y Servicios Complementarios” como ya se mencionó, sin incidir en la desaparición posterior de dicha figura. El Proyecto de Ley No. 1084 incluso establece expresamente en su exposición de Motivos que “no es objeto del presente proyecto de ley la desaparición total de las empresas de servicios temporales”.

Conforme a cómo reaccione la oferta y la demanda dentro del mercado laboral ante esta modificación, debe analizarse la posibilidad de eliminar íntegramente la figura de las Empresas de Servicios Temporales del ordenamiento legal de nuestro país en una segunda fase, tal como se ha expuesto en la presentación del esquema a desarrollar.

d) Reconocimiento efectivo mediante regulación específica de derechos laborales a los trabajadores destacados a empresas usuarias, sobre todo en lo concerniente a ingresos y condiciones de trabajo (iguales a los que correspondan a los trabajadores de la empresa usuaria).

Ésta muy probablemente sea la primera y mayor distorsión que genera la intermediación laboral, la desigualdad existente entre las condiciones laborales de los empleados destacados y los empleados permanentes, lo que se ve traducido en la práctica en

diferencias sustanciales de salarios por el mismo trabajo así como marcadas disimilitudes en el goce de beneficios sociales, sea que provengan de la ley o de convenciones colectivas de trabajo. Esto determina que las empresas dedicadas a la intermediación laboral obtengan altas tasas de rentabilidad.

Legalmente ha quedado establecido que los trabajadores destacados por una Empresa de Servicios Temporales o por una Cooperativa de Trabajadores deben gozar de los mismos derechos que le corresponden a los trabajadores de la empresa usuaria. En el caso de las Empresas de Servicios Complementarios esta equiparación legal no se establece expresamente, lo que constituye un error del legislador, por lo que debe remitirse tal régimen a las condiciones que se deriven de la ley, de los contratos de trabajo y de los convenios colectivos establecidos.

A pesar de esta declaración, en la práctica los trabajadores destacados de Cooperativas de Trabajadores y Empresas de Servicios Temporales (ni que decir de los trabajadores de las Empresas de Servicios Complementarios) han continuado teniendo menores derechos y beneficios que los correspondientes a los trabajadores pertenecientes a la actividad privada, bien porque la equiparación no comprende conceptos no remunerativos o no incluye aquellos remunerativos cuyo origen sea un acto no normativo o porque los requisitos para su aplicación permitan que ésta se eluda para pagar la remuneración mínima a estos trabajadores.

Tal es el caso del artículo 96 del Reglamento del TUO de la Ley de Fomento del Empleo, Decreto Supremo No. 001-96-TR, dispositivo que desnaturaliza lo expresado por la norma que reglamenta al referir que “la analogía deberá efectuarse respecto del trabajador que es reemplazado, siempre y cuando (el reemplazante) reúna semejantes requisitos de experiencia, años de servicios y conocimiento para el desempeño de la función”, requisito que es abiertamente inadmisibles, pues en la práctica -como es obvio- resulta insostenible.

Resulta fundamental la regulación específica de derechos laborales para trabajadores destacados a empresas usuarias para evitar el constante incumplimiento. Un ejemplo de este tipo de dispositivos

(49) Proyecto de Ley No. 1084 presentado con fecha 18 de diciembre de 2000 por el congresista Helbert Samalvides Dongo y Proyecto de Ley No. 1619 presentado el 29 de marzo de 2001 por el congresista Daniel Estrada Pérez.

lo constituye la norma por la que se les reconoce, a los trabajadores destacados a empresas usuarias, el derecho a compensación por tiempo de servicios. La necesidad de la adopción de estas normas ha quedado demostrada según el Operativo a Empresas de Servicios Especiales y Cooperativas de Trabajadores realizado entre el 19 de febrero y el 6 de abril de 2001, donde el Ministerio de Trabajo y Promoción Social da cuenta que no pudieron ser ubicadas el 47% de las empresas que realizan intermediación laboral a nivel nacional.

Finalmente, cabe resaltar que todos los Proyectos de Ley analizados dan cuenta de la ausencia de igualdad de derechos laborales en la práctica entre trabajadores destacados a empresas usuarias y sus propios trabajadores. Si bien no en todos los casos se planteaba una alternativa de solución a esta situación, lo expresado por los Proyectos de Ley es una clara muestra del descuido existente sobre este punto.

e) Restablecimiento de la obligación de las Empresas de Servicios Especiales de contar con una fianza bancaria que garantice el pago de los derechos laborales que genere la actividad de los trabajadores destacados en empresas usuarias.

Conforme se indicó en la presentación del esquema planteado, como efecto de esta acción se conseguirá la depuración de todas aquellas empresas que recurren a la simulación (empresas “fantasma”), constituidas para ocultar a los verdaderos empleadores con el fin de incumplir con sus obligaciones laborales. Actualmente no se cuentan con datos estadísticos que señalen debidamente las dimensiones de este fenómeno. El único indicio que puede contar con cierto grado de certeza al respecto es el alto porcentaje de reclamos presentados ante el Ministerio de Trabajo y Promoción Social por trabajadores destacados a empresas usuarias que se han visto impedidos de exigir sus beneficios sociales a Empresas de Servicios Especiales que recurrían a esta modalidad encubierta.

Cabe recordar que en 1998, cuando el Decreto Supremo No 004-98-TR creó y la Resolución Ministerial N 070-98-TR reguló esta obligación con la finalidad de garantizar el pago de los derechos

laborales que generara la actividad de los trabajadores destacados en empresas usuarias (antes de la impropia aprobación de la Resolución Ministerial No 107-99-TR), se obtuvieron resultados satisfactorios en suma, ya que dichos dispositivos permitieron que salieran a la luz las empresas que operaban irregularmente. En el Boletín Informativo No 26 del Ministerio de Trabajo y Promoción Social de octubre de 1998 se hablaba de 2777 Empresas de Servicio a nivel nacional y 99 Cooperativas de Trabajadores en Lima, de las cuales sólo el 19% de Empresas de Servicios y el 69.6% de las Cooperativas de Trabajadores habían cumplido con el requisito de la carta fianza vencido el plazo.

Hoy en día, recurrir nuevamente a la utilización de dicha exigencia resulta más que viable y necesario. Tal es así que en el Operativo a Empresas de Servicios Especiales y Cooperativas de Trabajadores realizado entre el 19 de febrero y el 6 de abril de 2001, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social ha dado cuenta de la grave situación de desinformación actualmente existente y ha determinado que “debe reforzarse el control y la vigilancia del Sector a las empresas que realizan este tipo de actividades” e incluso plantea “realizar una campaña especial de reinscripción de todas las Empresas de Servicios y Cooperativas de Trabajadores bajo sanción de pérdida de autorización<sup>(50)</sup>”.

Dos de los Proyectos de Ley analizados hacen referencia específica a este punto<sup>(51)</sup>. De esta manera, el Proyecto de Ley No. 601 plantea, respecto a las Cooperativas, que estas “deberán acreditar obligatoriamente la contratación de una póliza de seguro, en cuantía no inferior a diez Unidades Impositivas Tributarias vigentes al 31 de enero de cada año, para asegurar salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de los trabajadores en caso de iliquidez de la empresa”.

Notamos que este punto se constituye como un dispositivo que ha demostrado su eficacia con anterioridad y que está destinado a proteger de manera muy práctica los derechos laborales de los trabajadores destacados a empresas usuarias. Ligada a esta iniciativa, se recurre en algunos de los Proyectos de

(50) Ello se recomienda en el punto 7.2 del informe del último Operativo a Empresas de Servicios Especiales y Cooperativas de Trabajadores llevado a cabo por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

(51) Proyecto de Ley No. 355 presentado con fecha 13 de agosto de 2001 por el congresista Luis Negreiros Criado y Proyecto de Ley No. 601 presentado el 5 de setiembre de 2001.

Ley a establecer responsabilidad solidaria entre la Empresa de Servicios y la empresa usuaria en materia de derechos generados durante la vigencia del contrato, medida que consideramos suplementaria al pertenecer a la segunda fase de medidas propuestas, tal como expondremos más adelante.

f) Reducción del tope máximo de trabajadores que pueden prestar servicios a una empresa usuaria bajo intermediación laboral.

En la actualidad, el ordenamiento laboral en lo referido a Empresas de Servicios Temporales y Cooperativas de Trabajadores establece que el número de trabajadores que podrán prestar servicios a través de estas empresas, no excederá del 50% del total de trabajadores de la usuaria. Para efectos del cálculo de este límite se toma en cuenta que el porcentaje limitativo se aplicará tomando como base el total de trabajadores de la empresa usuaria, ya sean permanentes o contratados bajo modalidad; que el total de trabajadores de la empresa usuaria comprenderá a los trabajadores que al momento del cálculo presten servicios en ella, a través de Empresas de Servicios Temporales y Cooperativas de Trabajadores en sus diversas modalidades.

Asimismo, debe considerarse que el límite debe ser aplicado, en forma conjunta, a los trabajadores de las Empresas de Servicios Temporales y a los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajadores en sus diversas modalidades; y que los trabajadores de las Empresas de Servicios Complementarios no se considerarán para el cómputo del porcentaje máximo señalado.

En caso de incumplimiento de esta limitación, se considerará que existe relación laboral directa entre la empresa usuaria y los trabajadores excedentes. En cuanto a ello, la legislación laboral actual presenta una contradicción, ya que si bien el artículo 52 del TUO del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Formación y Promoción Laboral, indica que se considerará que existe relación laboral directa entre la empresa usuaria y los trabajadores excedentes que hubieran ingresado al servicio de ésta a partir de la oportunidad en que se produzca la excedencia, el artículo 101 del Reglamento, Decreto Supremo No. 001-96-TR, menciona que se incorporarán a la planilla de la

empresa usuaria los trabajadores que con mayor antigüedad hubieran sido destacados a ella. El artículo 102 señala, a su vez, que verificada la excedencia, el destacado podrá optar entre quedar incorporado a la empresa usuaria o continuar perteneciendo a la Empresa de Servicios Temporales. Consideramos que el criterio de antigüedad postulado por el Reglamento es un mejor argumento objetivo para salvaguardar los derechos de trabajadores, que se encuentra acorde con el carácter tuitivo del Derecho Laboral.

Cabe anotar que la contratación de personal a través de empresas de servicios complementarios no está sujeta al límite del 50% del total de trabajadores de la empresa usuaria, como en el caso de la Empresas de Servicios Temporales y las Cooperativas de Trabajadores en sus dos modalidades.

Sobre la base del carácter excepcional que corresponde a este tipo de contratación consideramos, al igual que la mayoría de la doctrina nacional que ha desarrollado el tema, que la limitación establecida resulta insuficiente en todo sentido. Más aún cuando dadas las condiciones de cálculo que se han establecido legislativamente se permite que un porcentaje sumamente elevado del total del personal de la empresa pueda tener relaciones con la empresa bajo intermediación laboral, incluso al punto que no se establece limitación alguna respecto a las Empresas de Servicios Complementarios.

Hemos encontrado que tres de los Proyectos de Ley<sup>(52)</sup> analizados atienden este tema.

El Proyecto de Ley No. 406 propone que “el número de socios trabajadores que podrá prestar servicios en empresas usuarias a través de Cooperativas (...) no excederá del veinte por ciento (20%) del total de trabajadores de la empresa usuaria” y que “en caso de incumplimiento de esta limitación, se considerará la existencia de relación laboral directa entre la empresa usuaria y el número de socios trabajadores excedentes (...) que hubieran ingresado a partir de la oportunidad en que se produzca la excedencia”. Establece iguales disposiciones en cuanto a las Empresas de Servicios Temporales.

El Proyecto de Ley No. 355 establece que “el número de socios trabajadores que podrá prestar

(52) Proyecto de Ley No. 406 presentado con fecha 13 de noviembre de 2000 por los congresistas Beatriz Alva Hart y Absalón Vásquez Villanueva, Proyecto de Ley No. 355 presentado con fecha 13 de agosto de 2001 por el congresista Luis Negreiros Criado y Proyecto de Ley No. 601 presentado el 5 de setiembre de 2001.

servicios en empresas usuarias a través de Cooperativas (...) no excederá del diez por ciento (10%) del total de trabajadores de la empresa usuaria”. Para la determinación de este porcentaje excepcionalmente se permitirá hasta un diez por ciento (10%) adicional siempre y cuando éste involucre a: a) mujeres con carga familiar (madres solteras), sin límite de edad, b) personas mayores de 45 años y c) trabajadores con limitaciones físicas, intelectuales o sensoriales. En cuanto a la excedencia, usa el mismo criterio del Proyecto de Ley anteriormente expuesto. Respecto a las Empresas de Servicios Temporales, el Proyecto de Ley establece que el número de trabajadores que podrá prestar servicios a través de estas empresas, no excederá del diez por ciento (10%) del total de trabajadores del usuario. Copia los mecanismos de las Cooperativas para la determinación de porcentaje y la excedencia.

El Proyecto de Ley No 601 plantea reducir el número de trabajadores en un porcentaje que no excederá del 10% tanto para Cooperativas de Trabajadores como para Empresas de Servicios Temporales, Empresas de Servicios Complementarios, contratistas y sub-contratistas. Mantiene el mismo criterio usado en excedencia por los demás Proyectos de Ley y establece una multa de cinco Unidades Impositivas Tributarias, la que se doblará en caso de reincidencia para aquellas Empresas de Servicios Temporales, Empresas de Servicios Complementarios, contratistas y sub-contratistas que se excedan en el límite porcentual que postula.

g) Refuerzo de las labores de inspección y registro efectuadas por el Ministerio del Trabajo y Promoción Social con el fin de lograr una eficaz vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones laborales de las empresas dedicadas a la intermediación laboral respecto de sus trabajadores.

La práctica nos ha demostrado en reiteradas ocasiones que la inadecuada vigilancia del debido cumplimiento de las obligaciones de los entes privados, de parte de algún órgano del Estado, ha constituido el mayor incentivo para que estas actividades se continúen desarrollando contraviniendo el ordenamiento jurídico. Allí donde no hay control o donde éste es inadecuado será donde proliferará el fraude.

En todos los Proyectos de Ley analizados se han planteado diversas medidas que permitirían, en diverso grado, lograr un control más eficiente del desempeño de las actividades de las empresas dedicadas a la intermediación laboral. A pesar de ello, creemos que los principales alcances acerca de este punto han sido desarrollados por el propio Ministerio de Trabajo y Promoción Social en el último Operativo a Empresas de Servicios Especiales y Cooperativas de Trabajadores, el cual recomienda expresamente, dado que de las 2,767 empresas dedicadas a nivel nacional a labores de intermediación no fueron ubicadas 1,294 (47% del total), que: “al constituir la intermediación laboral un sistema de prestación de servicios laborales sumamente vulnerable en el cumplimiento de las obligaciones laborales, debe reforzarse el control y la vigilancia del Sector a las empresas que realizan este tipo de actividades. En ese sentido, se recomienda establecer a nivel nacional, a través de una directiva que forme parte del Plan anual de Inspecciones la obligatoriedad de fiscalizar a las Empresas de Servicios Especiales y Cooperativas de Trabajadores por lo menos en tres oportunidades cada año<sup>(53)</sup>”.

Coincidimos plenamente con la iniciativa del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, y agregamos, para maximizar los beneficios que esta acción generaría, como producto de cada operativo el Ministerio del Trabajo y Promoción Social debería entregar una constancia de vigencia a la empresa. En caso que alguna empresa usuaria contrate con una empresa de intermediación laboral que no cuente con dicha constancia se debería presumir de pleno derecho que existe contrato de trabajo a plazo indeterminado entre el trabajador y la empresa usuaria.

## 6.2 Segunda Fase.

Somos plenamente conscientes que podrían manifestarse diversas reacciones en nuestro mercado laboral como resultado de la implantación de esta primera fase de medidas. Según cómo se desenvuelva esta evolución, el enfoque que requerirían adoptar las medidas posteriores podría ser de lo más diverso. Dado que pretender analizar todas las posibles combinaciones resultaría sumamente pretencioso para

(53) Ello se recomienda en el punto 7.1 del informe del último Operativo a Empresas de Servicios Especiales y Cooperativas de Trabajadores llevado a cabo por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

los alcances reales de este trabajo y aún adelantar una respuesta desde aquel que hoy consideramos el principal resultaría muy arriesgado, únicamente nos limitaremos a presentar algunos puntos donde debería poder centrarse el debate en una futura segunda fase:

a) Eliminación de las empresas de servicios temporales. Esta sería una consecuencia lógica de la adecuación del sistema a las medidas presentadas en la primera fase.

b) Reconocimiento efectivo de todos los beneficios sociales establecidos en el régimen laboral de la actividad privada para los trabajadores destacados a empresas usuarias.

En este mismo sentido, se ha presentado un Proyecto de Ley<sup>(54)</sup> que plantea expresamente una modificación de la Ley de Reestructuración Patrimonial, donde se incluya a los trabajadores de Empresas de Servicios Especiales y Cooperativas de Trabajadores en el orden de prelación establecido para el pago de créditos, al mismo nivel que las deudas laborales, excluyéndose de éstos los créditos de naturaleza civil.

Se debería tomar con especial cuidado una posible evaluación de la ratificación del Convenio No. 181 de la Organización Internacional del Trabajo, según la medida en que se logre el reconocimiento para el trabajador destacado a la empresa de intermediación laboral de: libertad sindical, negociación colectiva, salarios mínimos, tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo, prestaciones de seguridad social obligatorias, acceso a la información, seguridad social en el trabajo, indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, protección, prestaciones de maternidad, entre otros derechos.

c) Establecimiento de responsabilidad solidaria entre la empresa de servicios y la empresa usuaria al menos en materia de derechos generados durante la vigencia del contrato (sobre todo remunerativos). Para parte de la doctrina nacional que ha tratado el tema, éste sería un mecanismo más efectivo que la carta fianza<sup>(55)</sup>. Nosotros nos inclinamos por entenderla como suplementaria de acuerdo a sus fines.

d) Finalmente, de acuerdo a lo planteado en uno de los Proyectos de Ley<sup>(56)</sup> analizados, represión con pena privativa de la libertad a aquel que incumpla sistemáticamente con determinadas obligaciones laborales asumidas respecto a trabajadores destacados a empresas de intermediación laboral.

## 7 Conclusiones.

A lo largo de la presente investigación se ha presentado, a grandes pinceladas, el devenir histórico de la intermediación laboral, su problemática actual y algunas propuestas recogidas de proyectos de ley de nuestro propio país. Además, se ha intentado, en la medida de nuestras posibilidades, plantear algunos esbozos a modo de propuestas generales que consideramos fervientemente deben ser tomadas en cuenta para un futuro replanteamiento de la figura.

Pues allí apunta el presente trabajo: a hacer notar un latente problema de la actualidad laboral peruana. La intermediación laboral, lejos de ayudar al desarrollo del país, ha agravado la brecha social y el malestar general de la población. Y creemos que debe intentarse recoger estas preocupaciones ciudadanas por los agentes políticos con la capacidad para plantear un cambio, o incluso para aceptar, si se llega a esta conclusión, que la implantación en el Perú de estos sistemas de intermediación fue un error que debe erradicarse.

Pero el problema es quizá más profundo y compromete no solamente el dictado de una ley que reforme la figura de la intermediación o que la anule de plano, sino una que considere una de las principales enseñanzas del Derecho Laboral que no ha sido ni siquiera empezada a internalizar por los grupos de poder en el país: el trabajador no es un enemigo del empleador al que pueda vejarse en sus derechos, sino la base de nuestros sistemas de producción económica y como tal debe protegerse y respetarse como persona. Si esto no es comprendido, incluso aunque la intermediación desaparezca, en cinco años o menos nos volveremos a encontrar frente a trabajos de investigación que, recogiendo el malestar social, propongan un cambio que en el pasado nunca fue escuchado. *AB*

(54) Proyecto de Ley No. 355 presentado con fecha 13 de agosto de 2001 por el congresista Luis Negreiros Criado.

(55) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Op. cit. p. 101: "Se trata de un mecanismo más efectivo que el de la fianza bancaria tanto porque no resulta onerosa como porque hará que las empresas usuarias recurran sólo cuando sea imprescindible a las relaciones triangulares y cuando lo hagan se aseguren que se trata de intermediarias serias".

(56) Proyecto de Ley No. 601 presentado con fecha 5 de setiembre de 2001.