
La descentralización de servicios laborales: entre la detracción de la intermediación y la expansión del *outsourcing*

Jorge Toyama Miyagusuku

Abogado. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Laboral en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad de Piura. Miembro de la Asociación Civil Ius et Veritas.

1. Introducción.

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

Más todavía, este fenómeno de descentralización de servicios laborales no se debe necesariamente a una estrategia de negocios pues la motivación puede contraerse en la única salida laboral sin afectar la plantilla: es decir, el impedimento de una contratación laboral directa por políticas de la empresa dirige su atención a la intermediación (llamada también descentralización administrativa) y *outsourcing* (denominada también como descentralización productiva). Para muchos, no estamos ante una tendencia sino ante una realidad, en una real forma de configuración de las relaciones productivas en el seno empresarial.

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

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

epicentro de la red sobre el mercado de trabajo globalizado”⁽¹⁾.

Entonces, estamos ante un proceso de descentralización de los servicios laborales⁽²⁾ que se acrecienta en nuestro país -en países desarrollados el uso de la tercerización es una regla. En medio de ello, mientras que la intermediación laboral tiene una reglamentación rígida y delimitada, el *outsourcing* o tercerización cuenta con una regulación genérica y escasa. Justamente, por esta diferencia regulatoria y, ciertamente, las modificaciones de los sistemas productivos, el crecimiento del *outsourcing* y mecanismos de externalización de servicios laborales es mucho mayor que el uso de la intermediación laboral.

Nótese que no estamos empleando la expresión descentralización productiva pues ella parece denotar una genérica calificación jurídica (es decir, los efectos laborales, mercantiles, financieros, concursales, tributarios, etcétera). En cambio, la “descentralización de servicios laborales” permite concentrar nuestro objeto de estudio a un tema clave: la descentralización en su expresión puramente laboral y con un contenido tal que abarca a la intermediación y el *outsourcing*.

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

2. Las transformaciones productivas: el avance incontenible de la intermediación y el *outsourcing*.

Las clásicas funciones del Derecho del Trabajo, basadas en la formulación de un derecho tuitivo y

protector al trabajador con mecanismos compensatorios, se han visto afectadas por las transformaciones del sistema productivo que han destipificado las funciones clásicas del Derecho Laboral y convierten en necesario el estudio de los nuevos fenómenos de contratación laboral. El centro de trabajo ya no es más el lugar de trabajo que pertenece e identifica al empleador pues los cambios son de tal magnitud que resulta imperativo diferenciar y “desmenuzar” detenidamente las relaciones jurídicas entre las empresas para determinar los niveles de vinculación contractuales para luego establecer las consecuencias laborales.

De un lado, las organizaciones empresariales han migrado de una estructura vertical o piramidal -que suponía el control de todas las etapas productivas y las relaciones autónomas entre las empresas- a una organización de “red” que importa relaciones horizontales con una fragmentación de los ciclos productivos y vinculaciones de las empresas a niveles de coordinación y articulación. De otro lado, se aprecia una concentración de la PEA laboral cada vez mayor en el sector de servicios y se verifica una universalización de las tecnologías de información -la tecnología de la información es un instrumento que permite “externalizar” toda actividad- que generan un incremento de las actividades externalizables a tal punto que la descentralización está traspasando fronteras de modo incontenible, siendo un fenómeno globalizado y que cada vez más se arraiga en los sistemas económicos⁽³⁾.

Todo ello lleva a la existencia de empresas “flexibles” que, mediante la desintegración vertical del ciclo productivo, generan relaciones de trabajo a niveles ínter empresariales, obteniéndose altos niveles de flexibilidad interna y externa sobre la base de diferentes grupos de trabajadores⁽⁴⁾. Este fenómeno importa una “dislocación” de

- (1) VALDÉS DAL-RE, Fernando. *La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo*. En: AA.VV. (Coordinador: Abdón Pedrajas Moreno). *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*. Valladolid: Lex Nova, 2002. p. 36.
- (2) Para Villavicencio, lo adecuado es la expresión “subcontratación” como término que comprende tanto la intermediación como la tercerización (*outsourcing*). Al respecto, puede verse VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laborales: el caso de la intermediación*. En: AA.VV. (Coordinadora: Mariluz Vega). *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Lima: OIT, 2000. pp. 81 y ss.
- (3) Al respecto, se ha dicho que la externalización laboral “alcanza tal intensidad que transforma significativa y cualitativamente el modelo, pues convierte en generalizado lo que hasta el presente era singular o excepcional, eleva a la condición de estructural lo que se estimaba hasta ahora como mecanismo de naturaleza coyuntural, y, en definitiva, permite su materialización bajo modalidades que hasta el presente resultaban de imposible puesta en práctica”. Véase CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Outsourcing, contratos y subcontratas*. En: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo*. Zaragoza: AEDTSS, 1999. p. 6.
- (4) MERCADER, Jesús. *Nuevas Tecnologías y sociedad de la información*. Valladolid: Lex Nova, 2002. p. 195.

trabajadores, una “huida” del servicio subordinado laboral en el centro de trabajo en favor de la descentralización de servicios laborales.

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

A lo expuesto, razones ya más típicamente laborales permiten explicar este fenómeno de descentralización de los servicios laborales. Veamos algunas de las principales motivaciones de carácter laboral para el uso de los mecanismos de descentralización. La reducción de la plantilla laboral (que impide contratar trabajadores directamente pero sí mediante terceros); la flexibilidad en los mecanismos de contratación, especialmente en aquellos referidos a la extinción de la relación laboral y los bajos presupuestos asignados para los requerimientos de mano de obra (que genera la búsqueda de mercados laborales menos costosos); la imposibilidad de extender beneficios y compensaciones a un número determinado de trabajadores; y las políticas para evitar la constitución de un sindicato de trabajadores⁽⁵⁾.

Entonces, podemos ensayar una definición genérica de los mecanismos de descentralización de actividades laborales: estamos ante formas de elaboración de bienes y servicios mediante la contratación de proveedores y suministradores externos para la ejecución de ciertas fases, funciones, áreas o actividades productivas. Los niveles o grados de desprendimiento de las actividades a un tercero serán los que determinen la configuración de una intermediación laboral o de una externalización de servicios laborales.

3. La intermediación laboral: las limitaciones de la legislación laboral.

3.1. Alcances generales.

La intermediación laboral puede ser definida como la provisión de trabajadores de una entidad que es el empleador (empresas de servicios especiales o cooperativas de trabajadores) para que éstos presten servicios bajo la dirección o sujeción de un tercero (empresa usuaria). Entonces, se aprecian relaciones triangulares, por las cuales se rompe la tradicional relación directa y bilateral entre quien emite las órdenes (empleador) y aquellos que deben cumplirla (trabajadores): en medio de ambos, aparece el empleador formal que será la entidad de intermediación laboral⁽⁶⁾.

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

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

En nuestro sistema, la intermediación laboral tiene una regulación que limita considerablemente su actuación. En efecto, la Ley No. 27626, Ley de las Empresas Especiales de Servicios (*services*) y las Cooperativas de Trabajadores, y su Reglamento, Decreto Supremo No. 003-2002-TR, delimitaron considerablemente las actividades de las entidades de intermediación laboral luego de poco más de una década de uso abierto y permisible de esta figura laboral. Se ha pasado de una regulación flexible -que permitía la contratación de todo tipo de trabajador hasta en 50 por ciento del total de la plantilla laboral- a una normativa rígida que ha reducido la actividad de intermediación a

(5) Sobre las causas propiamente laborales de la descentralización, puede verse RASO DELGUE, Juan. *Outsourcing*. En: *Advocatus* Número 9. Lima, 2003. pp. 197-8.

(6) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Op. cit.; p. 87.

actividades periféricas, altamente especializadas o solamente ciertos supuestos de temporalidad⁽⁷⁾.

Los cambios que se plantearon fueron, entonces, radicales con relación a la regulación anterior (contenidas centralmente en las Leyes de Productividad y Competitividad Laboral y de Formación y Promoción Laboral). Curiosamente, se ha seguido en el Perú un proceso inverso a la

OIT pues los Convenios Internacionales de Trabajo de la OIT han evolucionado desde una prohibición pasando por una modulación y terminando con la admisión y regulación de la contratación laboral vía la intermediación laboral.

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

Materia	Regulación Anterior	Regulación Actual
Actividades materia de intermediación laboral	Todo tipo de actividades: temporales o permanentes, principales, complementarias y especializadas de las usuarias.	Actividades temporales sólo ocasionales y de suplencia, complementarias y especializadas de las usuarias.
Contratación de personal destacado ante una huelga	Posible.	Si la intermediación busca limitar derechos sindicales, ésta es nula.
Límite cuantitativo	50 por ciento. Se excluyen empresas de servicios de actividades complementarias.	20 por ciento del personal de la usuaria. Se excluyen servicios complementarios y especializados siempre que usuaria no asuma total autonomía técnica y responsabilidad.
Derechos y beneficios de trabajadores destacados	Iguales derechos y beneficios a los trabajadores de la usuaria que realizan labores análogas.	Iguales derechos y beneficios de los trabajadores de la usuaria, salvo diferencias objetivas.
Formalidades de contratos entre usuaria y entidades de intermediación	Registro de entidades de intermediación ante Ministerio de Trabajo.	Registro de entidades de intermediación ante Ministerio de Trabajo. Registro de contratos con usuaria (con contenido mínimo) y de contratos de destacados.
Fianza	Solo vigente en caso de incumplimiento.	Obligatoria, que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de la seguridad
Responsabilidad solidaria	Solo para el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.	social. Si la fianza es insuficiente para el pago de derechos laborales, las empresas usuarias son responsables solidarias. Además para el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.
Sanción a los supuestos de intermediación laboral	Multa administrativa y, en algunos casos, laboralización de los destacados en la empresa usuaria.	Multa administrativa y varios casos de laboralización de los destacados en la empresa usuaria.

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

3.2. La compleja regulación de la intermediación laboral.

Las normas que regulan la intermediación laboral suelen presentar un sistema limitado, en tutela de los derechos laborales y en prevención de los abusos en los sistemas de contratación. El contenido de la actual normativa peruana es complejo, contradictorio y que merece ser destacado en este punto. Seguidamente, se reseñan los principales aspectos del sistema normativo de intermediación laboral.

3.2.1. Ámbito de actuación objetiva: actividades de la usuaria.

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

Los supuestos de suplencia son evidentes: los reemplazos de un trabajador titular mientras dure la ausencia de éste (casos de maternidad, descansos vacacionales, licencias por capacitación, etcétera). Ciertamente, no se incluyen en estos casos a los contratos “interinos”: servicios temporales en una plaza que era ocupada por un trabajador estable y contratado directamente cuya relación culminó mientras se busca al nuevo trabajador para este puesto laboral.

De otro lado, el supuesto de contratación ocasional (artículo 60 de la LPCL) permite atender “necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis meses al año”. Estamos ante un contrato de difícil configuración pues lo relevante es lo no habitual (resulta, existir, finalmente, una causa accidental) y que permite contratar no trabajadores de refuerzo de las actividades principales sino personal adicional para efectuar tareas distintas⁽⁸⁾.

Entonces, estamos ante causas temporales que son una excepción a la regla de contratación general, la pauta es el criterio de temporalidad “en la medida en que para la válida celebración del

contrato se exige estricta correspondencia entre la duración del contrato y la naturaleza de los trabajos”⁽⁹⁾. Más todavía, la propia Ley se encarga de advertir que los trabajadores destacados no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de las usuarias. En definitiva, la contratación de personal vía intermediación laboral para actividades principales de una usuaria solamente puede realizarse en dos supuestos: suplencia y ocasionales.

El segundo supuesto son las actividades complementarias de las empresas usuarias. Para la Ley, estamos ante actividades accesorias o no vinculadas al giro principal de las usuarias (artículo 11.2). El Reglamento de la Ley destaca sobre este tema que estamos ante actividades auxiliares, secundarias o no vinculadas a la actividad principal “como vigilancia, seguridad, mantenimiento, mensajería externa y limpieza” (artículo 1). En oposición, es una actividad principal de la usuaria aquella que “es consustancial con el giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el desarrollo del mismo” (artículo 1 del Reglamento).

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

Si bien la normativa reseña algunos ejemplos de las actividades complementarias, no necesariamente éstos deben ser tomados como los únicos -por ejemplo, además de las citas legales, las actividades de anfitrionas, archiveros, “impulsadoras” de ventas, etcétera - ni tampoco como que siempre califican como tales -por ejemplo, en una empresa de vigilancia, los vigilantes no pueden ser contratados por una empresa de servicios complementarios.

(8) SANGUINETI, Wilfredo. *Los contratos de trabajo de duración determinada*. Lima: Ara, 1999. p. 48.

(9) MARTÍN VALVERDE, Antonio y otros. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 2001. p. 502.

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

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

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

3.2.2. Las facultades de la empresa usuaria: entre la intermediación y el *outsourcing*.

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

De un lado, para las actividades temporales, resulta claro que los trabajadores son destacados para prestar servicios a favor de las empresas de usuarias bajo la dirección de las propias contratantes (artículos 11.1 y 12 de la Ley). Luego, el Reglamento apunta que el destaque de los

trabajadores a una empresa usuaria importa que ésta “dirige y supervisa sus tareas” (artículo 1). Ciertamente, la facultad disciplinaria se mantiene en la entidad de intermediación pues ella no puede ser pasible de transmisión.

Empero, para las actividades especializadas se destaca que “la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados” (artículo 11.2 de la Ley) y adicionalmente se anota que estas actividades más las complementarias importan que las entidades de intermediación destacan trabajadores a una empresa usuaria pero “esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado” (artículo 1 del Reglamento). Finalmente, se apunta que los porcentajes limitativos de contratación de trabajadores vía intermediación laboral no se aplicarán cuando las cooperativas de trabajadores o las empresas de servicios asuman “plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades” (artículo 5 de la Ley, reiterado por el artículo 3 de la Ley).

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

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

tienen autonomía técnica y responsabilidad en el desarrollo de sus labores?

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

Las respuestas a las preguntas citadas solamente pueden admitirse si estamos ante un mecanismo distinto de la intermediación: parecíamos encontrarnos ante el *outsourcing* o tercerización de actividades complementarias y altamente especializadas pues en ellas no hay sujeción de subordinación de los trabajadores de los contratistas y éstas desarrollan sus servicios con niveles relevantes de autonomía y bajo su cuenta y riesgo -lógicas consecuencias de asumir una “responsabilidad en las labores”⁽¹⁰⁾.

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

Para terminar, debemos añadir que la regulación sobre la autonomía técnica y la responsabilidad en el desarrollo de los servicios responde a la propia clasificación de actividades complementarias: muchas de las actividades

complementarias representan, en realidad, la prestación de un servicio integral con asunción de los costos y gastos del servicio (piénsese en un servicio de vigilancia o limpieza en la cual los uniformes, herramientas de trabajo e insumos son asumidos por las entidades de intermediación laboral). En estos casos, estamos ante una calificación legal sobre supuestos de intermediación laboral.

En definitiva, en el caso de actividades temporales, los trabajadores destacados laboran bajo la dirección de la usuaria (típica configuración de intermediación laboral). En las actividades complementarias y de alta especialización, no debe existir una preeminencia de las empresas usuarias en la determinación del contenido obligacional de los trabajadores destacados pues la fuente central debe provenir de las cooperativas de trabajadores y empresas de servicios especiales (delicado equilibrio que debe lograrse para diferenciar una intermediación de un *outsourcing*).

3.2.3. La equiparación de derechos y beneficios laborales.

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

Hay varios comentarios sobre este tema. En primer lugar, llama la atención que se extiendan las condiciones de trabajo y las remuneraciones, sin que

(10) Un análisis sobre la real naturaleza de los servicios complementarios, puede encontrarse en VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Op. cit.; pp. 88 y 89. Sobre este tema, se destaca que las empresas de servicios complementarios son expresiones reales de tercerización de servicios o descentralización productiva.

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

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

En tercer lugar, los requisitos que se exigen para que proceda la extensión de derechos y beneficios sociales aluden a la verificación de criterios objetivos y razonables de comparación entre el trabajador de la usuaria y el destacado. Tal vez, en este punto, habría sido más conveniente una mención al principio de igualdad de trato para la determinación del supuesto legal, tal como lo regulaban las normas anteriores⁽¹¹⁾.

3.2.4. Los límites cuantitativos: carencia de relevancia.

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

Como ya se apuntó, para las actividades complementarias o de alta especialización, no están bajo los alcances de los límites porcentuales de contratación en tanto son accesorios o periféricos,

salvo que se considere que si no existe autonomía o responsabilidad en las labores tales servicios también estarían dentro del límite del 20 por ciento (artículo 5 de la Ley, reiterado por el artículo 3 de la Ley). De aceptarse esto último, el límite del 20 por ciento sí podría ser un elemento delimitador de la prestación intermediadora.

3.2.5. Las garantías laborales: beneficios laborales y seguridad social.

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

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

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

(11) Pese a ello, cabe anotar la escasa aplicación práctica que tiene una regulación de extensión de derechos y beneficios laborales a los trabajadores de intermediación laboral pues resulta muy difícil encontrar trabajadores de la empresa usuaria que desarrollen las mismas actividades. Al respecto, puede verse: VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Op. cit.; pp. 94 y 95.

legal de la solidaridad importa que los trabajadores destacados tengan a su favor un crédito laboral⁽¹²⁾.

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

3.3. Principales supuestos de incumplimientos y laboralización en la empresa usuaria.

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

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

4. El *outsourcing*: la tendencia de externalización de actividades laborales.

4.1. Alcances generales.

Supuesto Incumplimiento	Sanción
1. No conceder carta fianza o que ésta sea insuficiente para cubrir los adeudos que pudiera tener la empresa de intermediación con trabajadores.	Si la carta fianza concedida resulta insuficiente para el pago de los derechos laborales que pudieran adeudarse, la empresa usuaria será responsable solidaria por el pago de dichos adeudos.
2. Si es que la empresa de intermediación no hubiera acreditado el capital mínimo exigido.	Si es que la empresa de intermediación no acredita el capital mínimo, la Autoridad Administrativa denegará la inscripción solicitada, por tanto, al contratar con una empresa que no hubiera acreditado el capital mínimo requerido se estaría contratando con una empresa informal y las consecuencias serían las siguientes: - Se entenderá que desde el inicio de la prestación los trabajadores destacados han sido trabajadores de la empresa usuaria, si luego de una visita inspectiva no existiera alguna adecuación. - Se le impondrá a la empresa usuaria una multa equivalente a una sanción de tercer grado, que, dependiendo del número de trabajadores afectados y del número de infracciones cometidas, fluctuará entre el 5 por ciento de 10 UIT y el 100 por ciento de 20 UIT.
3. Si es que se contrata a una empresa a la cual la Autoridad Administrativa no le ha otorgado la autorización respectiva.	Si es que se contrata a una empresa de intermediación que no cuenta con la autorización respectiva, las consecuencias serían las mismas que las previstas en el numeral 2 precedente.

(12) Sobre este mismo tema pero respecto de la legislación precedente, pueden verse TOYAMA, Jorge. *La intermediación laboral: las nuevas formas de contratación*. En: *Asesoría Laboral*. Número 57. Lima, setiembre de 1995. pp. 14 y ss.
y, Jorge TOYAMA. *El nuevo Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo y las Cooperativas de Trabajadores*. En: *Asesoría Laboral*. Lima, febrero de 1996. pp. 12 y ss.

4. En el caso que se contrate a una empresa de servicios complementarios para que a través de su personal se desarrollen actividades principales.	Si se contrata a una empresa de servicios complementarios para que se desarrollen actividades principales, las consecuencias serían las siguientes: - Se entenderá que desde el inicio de la prestación los trabajadores destacados han sido trabajadores de la empresa usuaria. - Se le impondrá a la empresa usuaria una multa equivalente a una sanción de tercer grado, que, dependiendo del número de trabajadores afectados y del número de infracciones cometidas, fluctuará entre el 5 por ciento de 10 UIT y el 100 por ciento de 20 UIT.
5. Si se excedieran los porcentajes limitativos establecidos por la Ley con respecto a la contratación de una empresa de servicios temporales (20 por ciento).	Si se excedieran los porcentajes limitativos establecidos por la Ley con respecto a la contratación de una empresa de servicios temporales (20 por ciento), las consecuencias serían las descritas en el numeral 4 precedente.
6. Si se contratase a una empresa de servicios temporales para que desarrollen actividades distintas a las que pudieran ser cubiertas por contratos de naturaleza temporal u ocasional.	En el caso que se contratase a una empresa de servicios temporales para que desarrollen actividades distintas a las que pudieran ser cubiertas por contratos de naturaleza temporal u ocasional, las consecuencias serían las siguientes: - Se considerará a estas personas como trabajadores de la empresa usuaria. - Se le impondrá a la empresa usuaria una multa equivalente a una sanción de tercer grado, que, dependiendo del número de trabajadores afectados y del número de infracciones cometidas, fluctuará entre el 5 por ciento de 10 UIT y el 100 por ciento de 20 UIT.
7. Si en el contrato de Locación de Servicios que celebrasen la empresa usuaria y la entidad intermediadora no se incluyeran la fundamentación de la naturaleza temporal, complementaria o especializada del servicio ni los términos del contrato del personal destacado.	Se considerara tal incumplimiento como una sanción de primer grado, la cual es equivalente al pago de una multa que fluctuará entre 5 por ciento de 3 UIT y el 100 por ciento de 5 UIT, dependiendo del número de trabajadores afectados y el número de infracciones cometidas.

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

A ello, habría que anotar que la flexibilidad que se genera con la externalización de servicios laborales es tal, que los costos fijos (los laborales son un claro ejemplo, expresados en estabilidad

laboral, intangibilidad del salario, procesos formales para la modificación de condiciones de trabajo, etcétera) se transforman en costos variables y flexibles (que permiten establecer plazos, condiciones resolutorias, retribuciones variables, facultades de modificación de los contratos, etcétera en los contratos con terceros, incluyendo la mano de obra).

Podríamos definir al *outsourcing* o tercerización como todo proceso de externalización o desplazamiento hacia actividades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa. Para Cruz Villalón, la descentralización productiva (*outsourcing*) importa que “una empresa decide no

realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo”⁽¹³⁾.

En suma, el *outsourcing* supone: (i) la existencia de una unidad económica en una empresa susceptible de explotación externa; y, (ii) una capacidad de ofrecer en forma independiente e integrales de bienes y servicios por parte del contratista.

Las normas de intermediación laboral traen consigo una definición sobre *outsourcing* o tercerización. En efecto, el artículo 4 del Reglamento de la Ley No. 27626 indica que no califica como intermediación laboral los contratos de gerencia, obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se encargue de una etapa de la actividad productiva y los servicios que se presten por empresa contratistas o subcontratistas, siempre que “asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación”. Además, se destacan como rasgos sintomáticos de una tercerización “la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal”.

Salvo la regulación tradicional en el sector de construcción civil⁽¹⁴⁾ y las normas sobre riesgo laboral de la Seguridad Social⁽¹⁵⁾, no existe mayor tratamiento normativo sobre la descentralización productiva en la normativa laboral peruana.

Ciertamente, ello no ha impedido que, mediante la aplicación de criterios como la vinculación económica empresarial (típicamente, los grupos de empresa), se genere una responsabilidad solidaria en el pago de beneficios sociales.

Los elementos configurativos del *outsourcing* importan una prestación de servicios que refleje “algo más que trabajadores”, esto es, la prestación de servicios integrales y autónomos. A su vez, lo dicho supone: constitución jurídica y formal del contratista; diferenciación general de accionistas, directivos y apoderados; un patrimonio y capital suficientes del contratista con relación al objeto de los servicios prestados; y, una organización productiva, administrativa y de gestión diferenciadas del contratista con relación a las empresas contratantes.

Lo expresado permite diferenciar al *outsourcing* del grupo de empresas y de las transmisiones de empresas. En la primera figura, no se aprecian empresas independientes -actúan “confusamente como una unidad” ante terceros- pues éstas se encuentran vinculadas por relaciones económicas, societarias, directivas, etcétera y, por ello, se impone la responsabilidad solidaria en el pago de obligaciones laborales en caso de incumplimiento del empleador formal.

La segunda figura importa una transferencia del negocio de una empresa a otra sin que existan vínculos económicos entre ambas. En este caso, la nueva empresa asumirá las contingencias laborales pero si se trata de un fraude (un caso de desprendimiento patrimonial relevante para evitar el pago de beneficios laborales), la empresa vendedora deberá responder en forma solidaria por el cumplimiento de las obligaciones laborales⁽¹⁶⁾.

(13) CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales*. En: *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Número 13. Madrid, 1994. p. 8.

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

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

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

4.2. El *outsourcing*: manifestaciones de la externalización.

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

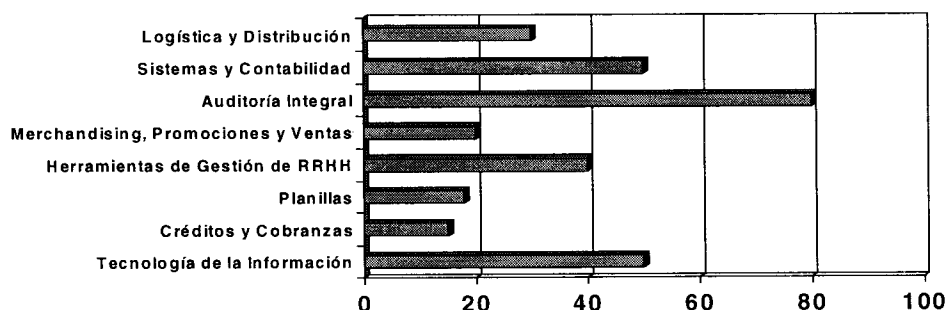
Inclusive, algunos sistemas productivos han “migrado” de un sistema de intermediación laboral hacia uno de tercerización para una misma actividad o fase de la cadena productiva, luego de las limitaciones planteadas en enero de 2002 a la intermediación laboral (Ley No. 27626). En suma, de una mera provisión de mano de obra en actividades principales (intermediación) se ha transformado la relación ínter empresarial a la

prestación de un servicio integral y autónomo (*outsourcing*).

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

El siguiente cuadro detalla las actividades centrales en las cuales se está concentrando los sistemas de tercerización en el Perú (en algunos casos, ya ha superado el 50 por ciento de las actividades).

OUTSOURCING O TERCERIZACION EN EL PERU



SOURCE: OVERALL STRATEGY

20 EMPRESAS:
10 TRANSNACIONALES
10 NACIONALES

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

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

Lo típico de la externalización son las relaciones entre dos o más personas jurídicas. Empero, cabe anotar que también se aprecia un

fenómeno de traslación de las relaciones laborales directas a tercerizaciones externas con personas naturales. Un ya clásico ejemplo -también en el Perú- lo constituye el trabajador con vehículo propio. En este caso, una empresa de transportes conviene con un chofer que está en su planilla la generación de dos nuevas relaciones: la venta a plazos del vehículo de transporte, y la provisión del servicio de transporte bajo cuenta, costo y riesgo del chofer; entonces, el trabajador dependiente (chofer) se convierte en una empresa unipersonal, en un proveedor de servicios externos (*outsourcing*) mediante un contrato de transporte. Antes y después de estas “transformaciones” se aprecia la prestación de un mismo servicio pero bajo diferentes relaciones jurídicas; hay, entonces, una migración de lo laboral a lo comercial y mercantil.

El proceso de filialización es, cada vez, una estrategia de organización de muchas empresas transnacionales⁽¹⁷⁾, por medio de las cuales se generan relaciones entre la matriz y las empresas filiales: la matriz genera políticas y directivas uniformes relacionadas con la prestación de servicios que deben ser cumplidas por las empresas filiales (algunas veces, estas empresas satélites son creadas expresamente para formar parte de la telaraña del sistema productivo).

En el siguiente cuadro se detallan algunos de los mecanismos de tercerización u *outsourcing*⁽¹⁸⁾.

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

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

(17) Sobre este tema, puede verse: PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco. *La filialización de la empresa*. En: *Actualidad Laboral*. Número 29. Madrid, 1999. pp. 533 y ss.

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

-dentro de ellas, las de carácter laboral-, la aplicación de códigos de conducta corporativos y las políticas sobre responsabilidad social laboral⁽¹⁹⁾, el trabajo *just in time* y la satisfacción del cliente en calidad y precio⁽²⁰⁾. Pese a ello, usualmente los beneficios y condiciones laborales de los trabajadores de las empresas periféricas o filiales (proceso denominado por algunos como de filialización) es menor que la central: “a mayor lejanía del epicentro, las condiciones de trabajo tienden a degradarse”⁽²¹⁾.

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

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

Podríamos definir al *outsourcing* o tercerización como todo proceso de externalización o desplazamiento hacia actividades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa

4.3. Supuestos de desnaturalización del *outsourcing*.

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

Hay empresas que, pese a la existencia de un proceso de externalización de servicios laborales (*outsourcing*), no dejan de controlar la actividad laboral de los trabajadores que prestan los servicios (hecho que se aprecia con mayor intensidad cuando nos encontramos ante actividades estratégicas o cercanas al núcleo duro de la matriz) y, en estos casos, se podría verificar la existencia de una relación laboral directa entre la contratante y los trabajadores de la contratista, máxime si no se

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

Las buenas prácticas laborales conllevan una transparencia en las operaciones y negocios de la empresa así como la promoción al derecho de información de los trabajadores, relaciones horizontales de trabajo, audiencias y atenciones a los requerimientos del personal, claridad en la línea de carrera, etcétera. En buena cuenta, estas prácticas lograrán altos estándares de clima laboral, facilitarán las políticas de retención de personal y la productividad y competitividad, ciertamente, debieran mejorar o consolidarse. Algunas transnacionales exigen la observancia de Códigos de RSE a las empresas con las que se relacionan vía tercerización de servicios (contratos asociativos, colaborativos o *franchising*; actividades de provisión de insumos y maquila; etcétera).

(20) MERCADER, Jesús. Op. cit.; pp. 196 y 197.

(21) VALDÉS DAL-RE, Fernando. Op. cit.; p. 39.

aprecia un patrimonio inherente a la actividad externalizada⁽²²⁾. De lo que se trata, entonces, es de apreciar los supuestos donde se detecta una disociación ilícita: una contradicción entre el reconocimiento formal de una figura externalizada de servicios laborales (*outsourcing*) y la empresa principal que actúa como empleador ejerciendo las facultades típicas de dirección, fiscalización y sanción⁽²³⁾.

Nos encontramos ante supuestos en los cuales se aprecia una interposición: empresas de tercerización que no cuentan con un patrimonio y que solamente tienen por finalidad el ocultamiento del verdadero empleador, con el fin de eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales⁽²⁴⁾.

En suma, en tanto el *outsourcing* es una figura contractual que no está sujeta a los límites laborales, puede generarse toda una tendencia hacia su utilización indebida y desmesurada. Los aspectos que se pueden evaluar para determinar la existencia de una relación laboral directa son, entre otros, los siguientes: una mera provisión de personal bajo las órdenes de los jefes y supervisores de la usuaria; una mezcla de actividades del trabajador destacado con los de la usuaria sin diferenciación alguna; ausencia de servicios y bienes que se requieren para la prestación de servicios laborales; no diferenciación entre las actividades desarrolladas por el contratista con las de la usuaria; tratamiento de los trabajadores del contratista como personal propio de la usuaria⁽²⁵⁾; etcétera. En suma, se trata de apreciar si, en la práctica, el *outsourcing* es una mera formalidad porque los servicios prestados se

reducen al envío de trabajadores destacados a la empresa usuaria en la que esta última mantiene todas las facultades inherentes de un empleador.

Ciertamente, la descentralización productiva no es una institución ajena al Derecho laboral y resultan aplicables los supuestos de traslación de la responsabilidad y riesgo laboral en los casos donde se demuestre la existencia de un fraude, simulación o en general cualquier mecanismo de evasión del cumplimiento de las reglas del Derecho del trabajo. Y, en casos donde se verifica el traslado de bienes en un escenario de insolvencia y falta de pago laboral, se prevé la persecutoriedad de bienes⁽²⁶⁾ o, en cuanto se verifican criterios de unidad económica de empresas, se genera una responsabilidad solidaria⁽²⁷⁾. Sobre el tema de la responsabilidad solidaria habría que indicar que, aun cuando desde el punto de vista jurídico formal los componentes del grupo de empresas gozan de autonomía y de personalidad jurídica propia como si fueran empresas diferentes, habrá que reconocerles una relevancia unitaria en el ámbito laboral como si se tratara de una sola empresa con pluralidad de empresarios regida por el principio general de la responsabilidad solidaria de todos sus miembros, lo que encuentra justificación en el principio de primacía de la realidad por encima de las formas jurídicas⁽²⁸⁾.

El análisis sobre la existencia de los elementos configurativos de la responsabilidad solidaria entre empresas vinculadas por un mecanismo de tercerización es, ciertamente, casuístico: en cada caso se tendrá que apreciar una serie de elementos, manifestaciones y rasgos que importarían reconocer

(22) DEL REY GUANTER, Salvador y Manuel LUQUE PARRA. *Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral*. En: *Relaciones Laborales*. Número 20. Madrid, 1999. p. 46.

(23) PEDRAJAS, Abdón. *La cesión ilegal de trabajadores*. En: AA.VV. (Coordinador: Abdón Pedrajas Moreno). *Op. cit.*; pp. 221 y 222.

(24) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Op. cit.*; p. 97.

(25) Una descripción sobre algunos indicios de un *outsourcing* simulado (o un "falso autónomo"), puede verse en CERDA MICO, Alberto. *La ingeniería laboral del outsourcing*. En: *Arazandi Social* Número. 21, 1999. pp. 75 y ss.

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

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

(27) Al respecto, sobre el sistema español, puede verse CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas*. En: *Relaciones Laborales*. Madrid: La Ley, 1992-II. pp. 114 y ss.

(28) Diccionario Jurídico Laboral. Granada: Comares, 1999. pp. 346 y 347.

que dos o más empresas operan como una sola. Algunos de estos elementos o criterios distintivos de una responsabilidad solidaria, serían los siguientes:

a) Confusión patrimonial, es decir, que el patrimonio de las empresas del grupo esté afectado a favor de otra u otras empresas de dicho grupo, como el caso ya mencionado en el que una persona jurídica sea propietaria de la mayoría de acciones de otra.

b) Funcionamiento integrado o unitario, es decir, que el funcionamiento de las empresas esté basado en alguna forma de interdependencia.

c) Prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, a favor de varias empresas, es decir, que los trabajadores hubiesen prestado, presten o pudiesen prestar sus servicios en más de una de las empresas del grupo.

d) Apariencia externa de unidad empresarial y dirección, esto es, que tengan los mismos accionistas, que realicen operaciones o actividades que se encuentren vinculadas directa o indirectamente.

Entonces, en cada caso, se tendrá que apreciar, en los hechos, si existe un grupo de empresas o, en todo caso, una cesión ilegal de trabajadores. Habrá que determinar, en buena cuenta, si los trabajadores del contratista laboran bajo la dirección y dentro del sistema de organización de la contratante⁽²⁹⁾; en otras palabras, si la supuesta externalización de servicios laborales importa solamente una mera provisión y destaque de mano de obra bajo las órdenes de la empresa contratante.

5. Intermediación y *outsourcing*: principales diferencias.

De lo expresado en los puntos anteriores, dediquemos unas breves líneas a describir las diferencias centrales entre la intermediación laboral y el *outsourcing* o tercerización.

Mientras que la intermediación laboral importa una mera cesión o destaque de trabajadores para que éstos laboren bajo la dirección de la empresa

usuaria, en tanto que existe un reparto de las facultades empresariales entre la empresa usuaria y la empresa de servicios especiales⁽³⁰⁾; en el *outsourcing* se presta un servicio integral y suficiente (se ha dicho que la empresa debe contar con una estructura productiva y organizativa autónoma, independiente, suficiente y adecuada para desarrollar determinada actividad⁽³¹⁾ y los trabajadores prestan servicios bajo la dirección de la empresa contratista, sin que se configure una distribución de los poderes del empleador.

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

Dado que la intermediación laboral supone un simple destaque de mano de obra, está regulada por el Derecho Laboral a tal punto que las entidades que prestan el servicio deben tener autorizaciones, los servicios que se prestan son limitados (cualitativa y cuantitativamente), el procedimiento de contratación está sumamente regulado y se prevén una serie de exigencias (por ejemplo, los contratos de los trabajadores destacados deben ser por escritos aun cuando se trate de contratos a plazo indeterminados que, por regla general, no tienen que cumplir este requisito) y responsabilidades solidarias.

De otro lado, el *outsourcing* no está mayormente regulado por las normas legales. En este caso, las relaciones no tienen mayor contenido legal pues las partes pueden autonormarse y prever los derechos y deberes que correspondan, en la medida que la empresa contratada tenga una organización económica independiente y brinde un servicio diferenciable de la empresa contratante⁽³²⁾. No obstante ello, si se verificara una simulación u ocultamiento de un real y simple destaque de mano

(29) Un trabajo interesante que describe los elementos indiciarios de una cesión de trabajadores que se esconde tras una externalización de servicios laborales, puede verse en PEDRAJAS, Abdón. Op. cit.; pp. 203 y ss.

(30) PÉREZ YÁNEZ, Rosa. *El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a trabajadores en misión*. En: *Relaciones Laborales* I/1998. Madrid: La Ley, 1998. pp. 133 y ss.

(31) NOGUEIRA, Magdalena. *Ingeniería jurídica y empresas de trabajo temporal: las difusas fronteras entre las contratadas y la cesión de trabajadores*. En: *Temas Laborales*. Número 56. Madrid, 2000. p. 230.

(32) BARREIRO, Germán. *Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna*. En: *Revista Española de Derecho del Trabajo* Número 94. Madrid: 1999. p. 169.

de obra, se aplican las sanciones laborales que ya hemos descrito.

Seguidamente, presentamos un cuadro que pretende remarcar las principales diferencias entre la intermediación laboral y el *outsourcing* (tercerización):

Consideramos que la rígida y confusa regulación de la intermediación laboral debe ser modificada con la mayor brevedad posible pero también se debe regular el *outsourcing* pues tiene connotaciones laborales, más todavía, cuando se ha dicho que la principal funcionalidad económica reconocida a la descentralización productiva implica -como objeto y efecto inmediato- una afectación de las relaciones laborales⁽³³⁾.

6. La Sunatización laboral: un nuevo supuesto.

La SUNAT ha establecido el sistema de detracción del IGV (14 por ciento) a la intermediación laboral y aquellos servicios tercerizados (*outsourcing* o descentralización

productiva) encubiertos. Lo expuesto confiere a la SUNAT un mayor criterio discrecional en la determinación de los alcances de la intermediación laboral. En este caso, el Derecho Tributario, con fines recaudatorios, ha dictado una medida especial sobre los mecanismos de contratación laboral indirecta, esto es, la intermediación laboral.

La SUNAT ha fijado un sistema de detracción especial obligatoria de IGV a la prestación de servicios de intermediación laboral (Resolución de Superintendencia No. 131-2003/SUNAT). Este régimen entró en vigencia el 14 de julio de 2003 e importa que la SUNAT prevé un procedimiento de detracción especial del IGV para la intermediación laboral, similar al que se aplica para el azúcar y los combustibles: las empresas usuarias (las que reciben los servicios de intermediación laboral), deberán detracer el 14 por ciento del precio del servicio -el mismo que no podrá ser a un valor inferior al del mercado- y pagado en el Banco de la Nación a nombre de las entidades de intermediación laboral.

Materia	Intermediación	Outsourcing
Tipo de servicio	Sólo hay destaque de mano de obra (provisión de mano de obra)	Se presta un servicio integral (puede incluir personal).
Poder de dirección	La empresa usuaria tiene facultades de dirección y fiscalización del personal	Sólo hay coordinación. No hay poder de dirección sobre personal del tercero.
Tipo de actividad contratada	Complementaria Principal – Temporal suplencia u ocasional) Especializada	Cualquier actividad: principal o complementaria.
Tipo de personal	Sólo pueden ser trabajadores del tercero	Pueden o no ser trabajadores.
Autorizaciones	Indispensable del MTPE + ordinarias + especiales	Ordinarias + especiales.
Sanciones	Solidaridad, laboralización, Multas	Laboralización ante desnaturalización.
Detracción del IGV	Detracción del IGV (14 por ciento)	No detracción del IGV, salvo que exista simulación.

(33) DEL REY GUANTER, Salvador y Manuel LUQUE PARRA. Op. cit.; p. 39.

Este régimen también se aplica a la intermediación laboral y también a los servicios de tercerización, subcontratación u *outsourcing* si, en los hechos, se verifica un servicio de intermediación laboral (en mero destaque de mano de obra). En suma, la perspectiva tributaria debe ser idéntica a la brindada por la dogmática laboral.

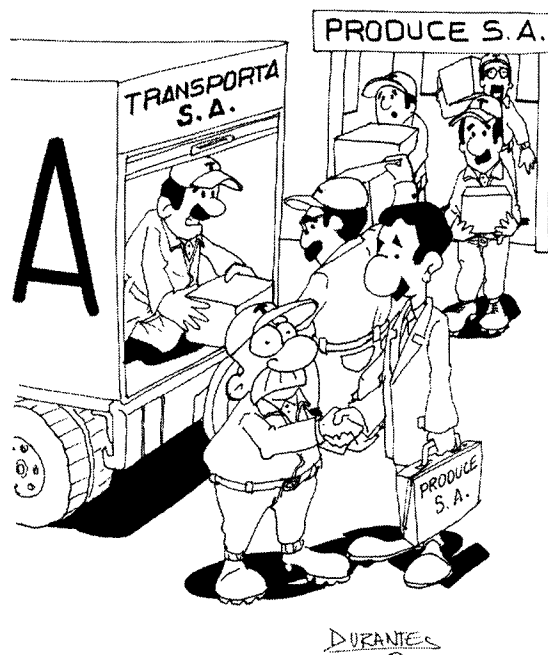
La referencia del Derecho Tributario al Laboral ha sido abordada por la SUNAT. En efecto, en el Informe No. 244-2003-SUNAT/2B0000 se analizan los supuestos de intermediación laboral a partir de lo expuesto en las normas laborales (Ley No. 27626 y complementarias) para fijar el ámbito de aplicación de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

Estamos ante uno de los temas que está “moviéndose” en el Derecho Laboral, el fenómeno de la descentralización de los servicios laborales se aprecia en muchas empresas. Dicha descentralización puede realizarse mediante un *outsourcing* (tercerización, contratas, etcétera) o una intermediación laboral. A nivel teórico resulta clara la diferenciación pero, en la práctica, se presentan muchos supuestos donde las zonas grises son la característica común y el esfuerzo para distinguirlos debe darse, tanto por las consecuencias laborales como por el tratamiento laboral. Lo claro es que, desde que se ha implementado el sistema de detracción, la necesidad de las empresas por tener clara la diferenciación entre estos dos sistemas de contratación es ineludible.

7. A título de conclusiones.

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

Mientras que las relaciones de intermediación externalizan el servicio laboral pero dentro del sistema limitante y complejo del Derecho del Trabajo -en tanto que el trabajador destacado debe estar registrado en planillas-, el *outsourcing* puede importar el empleo de figuras tanto laborales como no laborales. En otras palabras, por medio del *outsourcing* se puede reemplazar al contrato de



trabajo por uno de carácter mercantil (un *outsourcing* de una persona natural que brinda servicios de transporte de mercaderías, por ejemplo).

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

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