

LA EMPRESA Y LOS LIMITES A LA INTERMEDIACION LABORAL

Víctor Ferro Delgado
Profesor de Derecho Laboral
Pontificia Universidad Católica del Perú

1. INTRODUCCION

Los derechos laborales en el Perú enfrentan hoy en día un reto de incalculables consecuencias. Cada vez más se difunde la figura de la intermediación laboral, vale decir, diversos supuestos conforme a los cuales trabajadores que prestan servicios para una empresa determinada no tienen vínculo laboral directo con ésta, sino con un tercero. A la empresa en la cual laboran estos trabajadores se le conoce como empresa usuaria, mientras a la que provee el personal, comúnmente se le denomina empresa de servicios.

En nuestro medio, ello se realiza a través de las empresas de servicios temporales, empresas de servicios complementarios y fundamentalmente a través de cooperativas de trabajadores. Estas últimas han tenido un desarrollo vertiginoso desde la dación del Decreto Legislativo 728 de fines del año 1991, y ocupan hoy en día aproximadamente a 200,000 trabajadores, es decir, el 7.84% de la población económicamente activa asalariada (2'550,000). Se constata la importancia de esa cifra si se toma en cuenta que el total de trabajadores sindicalizados en el conjunto de las empresas privadas del país asciende a 290,000 personas¹.

Desde una perspectiva meramente económica, reducir la mano de obra propia para operar mediante personal proveniente de intermediación laboral presenta, en términos generales, la innegable ventaja de disminuir los costos de operación de la empresa usuaria.

El nuevo régimen laboral adoptado por nuestro ordenamiento luego de la consabida reforma normativa de dicho rubro, sirve de marco al doctor Víctor Ferro para emprender un análisis de la figura de la intermediación en la relación jurídico-laboral. Desde un punto de vista crítico y de interpretación legislativa, el autor se aproxima al tema tomando en cuenta sus implicaciones no sólo laborales, sino eventualmente también las empresariales. Ambas perspectivas confluyen finalmente en la conclusión a la que se llega al término de este artículo, cuyo interés y actualidad resultan tanto mayores, cuanto más arraigada esté la cultura de la libertad económica en nuestro país.

¹ Análisis Laboral N° 213, marzo 1995, Lima, p. 25.

En efecto, es usual que dicho personal sea precario, es decir, que preste servicios en base a contratos de trabajo temporales. En razón de dicha precariedad, les resulta extraño el ejercicio de derechos colectivos, específicamente, la negociación colectiva, la sindicación y la huelga, vale decir, aquellos institutos a través de los cuales los trabajadores pueden ejercer presión al empleador para la obtención de mejoras salariales y de condiciones de trabajo. En el ámbito de los derechos laborales individuales, la intermediación laboral neutraliza la todavía espinosa estabilidad laboral; permite el pago de remuneraciones y beneficios menores comparados con quienes realizan las mismas labores en la empresa usuaria; favorece la concentración del beneficio de participación de las utilidades de la empresa usuaria entre quienes figuran en su planilla; e incluso, conforme veremos más adelante, alguna forma de intermediación abre la posibilidad de inaplicar derechos considerados irrenunciables para los trabajadores comunes.

Vistas así las cosas, la figura del intermediario puede contribuir a tales propósitos, ya que si se obtuviese válidamente que toda o la mayor parte de la mano de obra sea ajena a la empresa, se habrá obviado esa diversidad de factores que contribuye a la elevación del costo de la mano de obra. Sería así el mercado y no la negociación colectiva el que fijaría las remuneraciones, y la empresa se mantendría al margen de toda dificultad de naturaleza laboral por el expeditivo camino de carecer de personal propio. Nos interesará por tanto evaluar la licitud de este análisis, no así su racionalidad económica.

Para ello, analizaremos los conceptos de empresa, de patrono y de intermediario de manera de contribuir al esclarecimiento de esta problemática, para luego evaluar la legislación aplicable en nuestro medio en materia de intermediación laboral.

2. CONCEPTO DE EMPRESA

Tradicionalmente, la empresa ha sido entendida como la conjunción de dos factores: capital y trabajo. Es un lugar común acotar que el capital por sí mismo podrá producir renta pero no empresa, ya que ésta requiere de una fuerza de trabajo que coordinada bajo un poder de dirección genere riqueza productiva.

Capital y trabajo vinculados a través de la empresa se han erigido en el motor fundamental de nuestras sociedades contemporáneas constituyendo, conjuntamente con el avance tecnológico, los fenómenos que mejor caracterizan el desarrollo económico del presente siglo.

Con Alonso Olea podemos conceptualizar que la empresa es una agrupación de personas, bienes y servicios, que se conjugan según una idea organizativa, formulada en vista a la consecución de un fin productivo².

Hueck y Nipperdey postulan que la empresa está integrada por cosas (v.g. edificaciones, máquinas, materias primas) derechos (v.g. patentes, créditos), valores incorpóreos, (v.g. experiencia, innovaciones, relaciones de clientela) y, finalmente, de fuerzas de trabajo humano³.

Empero, a este razonamiento podría oponerse que si bien resulta obvio que la empresa requiere de personas, no necesariamente ese requisito debe identificarse con la pertenencia a la empresa, ya que ésta podría operar con personas ajenas a ella en cuanto dependen de un tercero.

Sin embargo, los distintos ordenamientos legales han sido particularmente cautos en restringir la actividad de aquellas empresas que se limitan a proveer personal. Bayón Chacón y Pérez Botija las denominan empresas de trabajo, e indican que "la legislación laboral vigila y persigue en lo posible la actividad de empresas dedicadas a proporcionar trabajadores por cierto plazo a otros y a todo tipo de tráfico laboral así como exige garantías especiales a los contratistas y subcontratistas (...) declarando ilícita y sancionable la actividad de personas naturales o jurídicas que reclutan o contratan trabajadores y les proporcionan, prestan o ceden temporalmente a las empresas, cualesquiera que sean los títulos de dicho tráfico y de los empresarios que utilizan a dichos trabajadores sin incorporarlos a su empresa estableciendo su responsabilidad subsidiaria por las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la seguridad social. Dichos trabajadores podrán adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o en la cesionaria, a su elección"⁴.

Es por ello que al concepto de empresa le resulta

² ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1981, pp. 114-115.

³ HUECK, A., y H. NIPPERDEY. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 73.

⁴ BAYON CHACON, G., y E. PEREZ BOTIJA. *Manual de Derecho del Trabajo*, 12ª ed. Marcial Pons, Madrid, 1978-79, p. 207.

inherente el concepto de trabajador perteneciente a la empresa y de ahí que sólo en vía de excepción se admita la interposición de un tercero en la relación directa entre empleador y trabajador. Dicho en otros términos, la intermediación sólo cabe a título excepcional y sujeta a garantías que cauteleen los derechos laborales de los trabajadores, tales como la solidaridad impuesta por la ley entre el intermediario y la empresa usuaria y en determinados casos, la garantía de que los trabajadores del intermediario tendrán derecho a las mismas remuneraciones y beneficios de los trabajadores pertenecientes a la empresa usuaria de manera de evitar que por esa vía se afecten sus derechos laborales.

3. CONCEPTO DE PATRONO

La condición de patrono supone la existencia de un contrato de trabajo cuya principal característica es la subordinación del trabajador. Como señala Horacio de la Fuente, una situación de dependencia personal que somete al trabajador a un poder jurídico ajeno⁵. Este poder directivo determina la facultad del patrono de conducir la actividad laboral de quien trabaja bajo su dependencia en su beneficio mediante retribución⁶.

Montoya Melgar es tanto más enfático cuando concibe al poder directivo como una exigencia impuesta por la realidad y no una creación del legislador "por eso, allí donde existen relaciones laborales y empresas -cualquiera que fuere el sistema político-económico adoptado- allí encontraremos la invariable realidad de un estrato reducido de sujetos que dirigen y un estrato amplio de sujetos que obedecen"⁷.

En consecuencia, quien dirige es patrono y quien es dirigido es trabajador, actores por tanto del contrato de trabajo en el marco de una interrelación directa proveniente de dos centros de intereses que se traducen de una parte en el ejercicio de un poder directivo y de otra parte en un estado de la subordinación.

De ahí, pues, que esta estructura jurídica supone la existencia de un vínculo directo entre patrono y trabajador, ya que de otra forma no cabría el ejercicio efectivo del poder de dirección al interior de la empresa ni podría reconocerse la vigencia real del estado de subordinación del trabajador.

4. CONCEPTO DE INTERMEDIARIO

El intermediario laboral implica una interposición en el vínculo directo entre empleador y trabajador. Como sostiene Krotoschin, el intermediario puede ser a su vez empresario generándose una relación triangular por la que si bien los servicios se prestan en provecho de otra, el vínculo de subordinación se establece, real o aparentemente, con la tercera persona interpuesta. Así, el contratista dispone de elementos propios, de cierta solvencia económica y realiza obras para otros por su cuenta. Es un verdadero empresario y mantiene vínculo laboral con sus trabajadores, mientras que el beneficiario principal de los servicios -la empresa usuaria- no está vinculado laboralmente con dicho personal⁸.

La intermediación laboral puede revestir diversas modalidades. En múltiples supuestos se sustenta en contratos de obra que la empresa usuaria encomienda a terceros, quienes para tal efecto cumplen las labores contratadas con su propio personal. Es el caso de los contratistas o subcontratistas.

En tales supuestos la intermediación es limitada. En rigor, estamos ante un empleador que realiza las labores propias del giro de su actividad dirigiendo a sus propios trabajadores, aunque ello aproveche a un tercer beneficiario de la obra y las actividades se realicen en el centro de trabajo de éste. A pesar de ello, es frecuente constatar en la legislación comparada responsabilidades concretas a dicho beneficiario, tales como la solidaridad entre éste y el contratista frente a las acreencias laborales de los trabajadores, como la que prevé el artículo 34 del código sustantivo del trabajo de Colombia:

⁵ DE LA FUENTE, Horacio. Tratado de Derecho del Trabajo, obra dirigida por Antonio Vázquez Vialard. Astrea, Buenos Aires, tomo III, p. 325.

⁶ POZZO D, Juan. Manual teórico práctico de Derecho del Trabajo. Buenos Aires, 1963, Vol. 1, pp. 148-149. Citado por DE BUEN, Néstor, en: Derecho del Trabajo. Porrúa, México, 1977, p. 452.

⁷ MONTOYA MELGAR, Alfredo. El poder de dirección del empresario en el Derecho Laboral en Iberoamérica, obra dirigida por Baltazar Cavazos Flores. Trillas, México, p. 158.

⁸ KROTOSCHIN, E. Tratado práctico del Derecho del Trabajo. Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. I, p. 139.

"Son contratistas independientes, y por tanto verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contratan la ejecución de una o varias obras o de prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos sus riesgos para realizarlos con sus propios medios y con libertad técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores".

El tema se presenta bastante más restrictivo cuando se trata de la mera provisión de mano de obra. Javillier, refiriéndose a la contrata de mano de obra, la define como "la operación jurídica en virtud de la cual un jefe de empresa confía a otro la ejecución de una parte de la obra que le ha sido encargada. La subcontrata resulta de una especialización económica. Puede consistir en el exclusivo suministro de mano de obra. El legislador, para proteger a los trabajadores, ha prohibido toda operación con finalidad lucrativa de suministro de mano de obra, que tiene por efecto causar un perjuicio a los trabajadores a los que afecta o evitar la aplicación de las disposiciones legales, de los reglamentos o del convenio colectivo de trabajo o tráfico de mano de obra. También se prohíbe toda operación con finalidad lucrativa que tenga por objeto exclusivo el préstamo de mano de obra cuando éste no se efectúe en el marco del trabajo temporal".

Dicho en otros términos, no cabría que el mero suministro de mano de obra tenga como resultado que los trabajadores perciban menores derechos que los que la legislación consagra o los que el convenio colectivo ha establecido, o los que, simplemente, rigen en la empresa usuaria.

Algunas legislaciones fulminan esa posibilidad, como aparece del artículo 35 del ya citado código sustantivo de trabajo de Colombia:

"1. Son simples intermediarios las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador.

2. Se consideran como simples intermediarios, aún cuando aparezcan como empresarios independientes las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador, para beneficios de éste y en actividades inherentes o conexas del mismo.

3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciera así responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas".

Es claro, pues, que para la legislación colombiana el intermediario de las características anotadas no es el verdadero empleador, sino una mera ficción.

Caldera tipifica la figura de la intermediación señalando que el intermediario "no es personero de ninguna de las dos partes, porque de serlo no habría propiamente intermediación sino que su personería queda subsumida en la de la parte a quien representara. El intermediario ejercita, pues, su propia cualidad: frente al trabajador, contratándolo, remunerándolo, ejerciendo el poder de dirección emanado de la relación de trabajo; frente al empleador, entregándole la obra hecha o el servicio ejecutado, mediante el vínculo civil o comercial a través del cual hubiera acordado la realización del encargo"⁹.

Lo expuesto nos lleva a una primera clasificación, según los grados en que opera la intermediación laboral:

1. Contratistas que actúan como verdaderos empleadores asumiendo labores de carácter especializado, mediante una intermediación de segundo grado o atenuada.

2. Contratistas que destacan personal para realizar labores inherentes a las que desarrolla el beneficiario o empresa usuaria, mediante una intermediación de primer grado.

⁹ JAVILLIER, Jean Claude. Derecho del Trabajo. Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, 1982, p. 241.

¹⁰ CALDERA, Rafael. "El Intermediario en el Derecho Laboral". En: Estudios sobre Derecho Individual del Trabajo en Homenaje al Profesor Mario Deveali. Heliasta, 1979, p. 332.

3. Contratistas que realizan labores de mero suministro de mano de obra, mediante una intermediación indebida.

Respecto de los primeros, son frecuentes en servicios permanentes de carácter complementario o especializado al giro de la empresa, tales como las de seguridad, mantenimiento de equipos, etc. A su vez, en determinadas actividades cuyas operaciones requieren de una subdivisión de sus procesos productivos en razón de su especialización o complejidad, tal como sucede en la industria petrolera o la minería. A modo de ejemplo, las labores de tabulación geológica o las obras civiles propias de la construcción de una mina son ejecutadas por contratistas especializados que no se confunden con las actividades que son propias de la empresa usuaria o beneficiaria del servicio, ni desplazan al personal de la empresa usuaria. En este contexto la intermediación laboral es de segundo grado o atenuada, ya que la empresa usuaria no está sustituyendo a su propio personal ni ejercitando su poder de dirección en atención a que se desliga de la conducción de labores específicas que cumple el contratista mediante sus propios trabajadores.

El segundo caso usualmente se enmarca en la necesidad de atender labores temporales en el centro de trabajo tales como el reemplazo de trabajadores con licencia en la empresa usuaria o la atención de necesidades estrictamente coyunturales. En este supuesto, la intermediación es de primer grado por cuanto el patrono dirige al trabajador proporcionado por el intermediario y le encomienda labores propias del giro principal de su actividad. De ahí, pues, que esta forma de intermediación es restringida y sólo resulta razonable en supuestos de temporalidad a fin de evitar la sustitución permanente del personal de la empresa usuaria.

El tercer supuesto implica fraude a la ley, pues supone la sustitución con vocación de permanencia del personal de la empresa usuaria por personal facilitado por el intermediario respecto del cual ejerce directamente el poder de dirección y que es empleado en las mismas labores que correspondería ejecutar al propio personal de la empresa usuaria. Al restringirse o eliminarse la aplicación de los beneficios propios del centro de trabajo y al asignárseles remuneraciones menores que las que corresponden a los trabajadores de la empresa usuaria que realizan las mismas o análogas labores, dicho personal termina siendo perjudicado tanto en sus derechos individuales como colectivos en materia laboral.

5. LA INTERMEDIACION LABORAL EN EL DECRETO LEGISLATIVO 728

Una cabal comprensión del régimen de intermediación laboral previsto en el Decreto Legislativo 728 exige situarse en el contexto de la reforma laboral emprendida en el Perú en el año 1991.

El ordenamiento laboral peruano puede ser situado en función de dos reformas legislativas significativas. La primera, llevada a cabo a partir de 1970 por el gobierno militar de ese entonces, que introdujo una variación sustancial en la orientación de la legislación laboral peruana vigente hasta ese entonces. Normas tales como la estabilidad laboral, la comunidad laboral y la justicia laboral cautiva en manos del Ministerio de Trabajo son algunas de las disposiciones introducidas en ese tiempo que imprimieron un signo de ultraprotección a nuestro ordenamiento laboral, dando lugar a una marcada polarización entre trabajadores y empleadores. Si bien la mayor parte de esa legislación fue modificándose paulatinamente, la normatividad laboral mantenía un sesgo anacrónico.

La segunda reforma se produce en 1991, cuando el Poder Ejecutivo con base en facultades delegadas por el Congreso, lleva a la práctica una reforma flexibilizadora de dicha legislación.

Uno de los institutos cuya flexibilización resultaba impostergable era el relativo a la estabilidad laboral, habida cuenta de que había devenido en lo que amplios sectores conceptuaban como una de las principales trabas para la contratación de mano de obra. Además dicho instituto adolecía de una construcción desequilibrada en los derechos que correspondían a las partes, en desmedro del derecho del empleador a extinguir el vínculo laboral en supuestos de suyo evidentes que, sin embargo, la legislación vigente hasta ese entonces no había contemplado, como por ejemplo, en materia de separación por causas vinculadas a la capacidad del trabajador.

En lo relativo a la intermediación laboral, la legislación previa había establecido que ésta sólo cabía a título de excepción y limitada a labores de carácter complementario a la actividad principal del centro laboral, tales como mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, eventos temporales y otros análogos (Decreto Ley 22126). Sin embargo, no se había previsto específicamente la consecuencia de la prestación de servicios con infracción a estos supuestos, si bien ello no resultaba indispensable ya que por la simple aplicación del principio de primacía de la realidad, cabía determinar a quién correspondía la condición de ver-

dadero empleador. Ello fue sancionado por la tercera ley de estabilidad laboral que se promulgó en el país, al disponerse que el incumplimiento en referencia daba lugar a "la inscripción del trabajador en el libro de planillas del centro laboral en el que se encontrare realizando labores de carácter permanente, reconociéndole el tiempo de servicios prestados al mismo" (artículo 32 del Decreto Ley 24514).

Como indicáramos en otro trabajo, el Decreto Legislativo 728 (en adelante: el Decreto) mantuvo en lo esencial el carácter restrictivo de la intermediación laboral, regulándola en función de limitaciones provenientes de dos distintas vertientes: una, de carácter cualitativo, vinculada a la naturaleza de las labores que cumple el personal; otra, de carácter cuantitativo y temporal¹¹.

En cuanto a lo primero, la limitación cualitativa implica que el personal proveniente de la intermediación sólo puede realizar labores complementarias a la actividad principal del centro de trabajo, vale decir que están impedidos de participar de las actividades propias del giro de actividad de la empresa usuaria.

En cuanto a lo segundo, la limitación cuantitativa determina que si el personal proveniente de la intermediación laboral cumple labores propias de la actividad principal del centro de trabajo, éste no podrá exceder del 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria y dentro de un marco de temporalidad.

Con base en estas vertientes, la norma prevé dos modalidades de instrumentación de la intermediación: i) empresas especiales, que se subdividen en empresas de servicios temporales y empresas de servicios complementarios; y ii) cooperativas de trabajadores, que se subdividen entre las que denominaremos comunes y las conformadas por trabajadores cesantes.

5.1. Empresas de servicios complementarios

La norma las define como aquellas cuya actividad principal es la de poner a disposición de otras empresas (usuarias) actividades complementarias de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado. Respecto de estas últimas las tipifica como aquellas que no están

comprendidas en las actividades principales que realiza la empresa usuaria y que para su ejecución requieren de personal altamente calificado (artículo 182 del Decreto).

Esta modalidad de intermediación resulta, pues, aquella que previamente habíamos tipificado como de segundo grado o atenuada ya que se trata de labores en las que el intermediario actúa como verdadero empleador, asumiendo la facultad directiva que le compete, y sin sustituir al personal de la empresa usuaria que cumple las labores propias del giro del negocio. Es mas, en el caso de las labores especializadas es innegable que la intermediación satisface una necesidad que de otra forma haría perder las ventajas derivadas de la maximización de la utilización de los recursos humanos y materiales requeridos para las mismas, ya que obligaría a la empresa usuaria a desarrollar con su propio personal y equipo labores para las cuales carece de la especialidad necesaria, forzándola así a la ineficiencia y a la improductividad.

Como ya hemos adelantado, al ser esta modalidad de intermediación de naturaleza cualitativa, no existe limitación al número de trabajadores que pueden prestar servicios en la empresa usuaria.

De otro lado, no puede perderse de vista que este personal labora bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, en los que la temporalidad estará vinculada al contrato que su empleador haya celebrado con la empresa usuaria. Ello implica que, paradójicamente, en la mayoría de los casos estos trabajadores se encuentran permanentemente regidos por contratos temporales, con las implicancias que ya indicáramos respecto a la imposibilidad real del ejercicio de derechos colectivos que tal precariedad laboral determina.

5.2. Empresas de servicios temporales

Su objeto consiste en que la empresa usuaria cuente con trabajadores provenientes de intermediación para que realicen todo tipo de actividades -incluso aquellas propias de su giro de actividad- en todos los casos en que la usuaria podría recurrir a la contratación directa del personal recurriendo a alguno de los supuestos que la ley contempla para la celebración de contratos de trabajo sujetos a modalidad.

¹¹ FERRO DELGADO, Víctor. "La Intermediación Laboral en el Decreto Legislativo N° 728". En: *Asesoría Laboral*, N° 21, Lima, setiembre 1992, p. 13.

En efecto, podrá resultar más eficiente a una empresa usuaria recurrir a la intermediación laboral a través de la modalidad de empresas de servicios temporales en todos los casos en que sea necesario atender necesidades de naturaleza temporal tales como el incremento de actividades o necesidades productivas eventuales o para cubrir reemplazos de trabajadores ausentes por determinados periodos. Ello evitará a la empresa usuaria incurrir en los costos derivados de procesos de reclutamiento, selección y entrenamiento de personal, que harían onerosa la contratación directa. Así, las empresas de servicios especiales satisfacen una necesidad de eficiencia y racionalidad en costos laborales de esta naturaleza.

Esta modalidad de intermediación corresponde a lo que hemos denominado de primer grado en cuanto que la empresa usuaria pasa a ejercer la facultad directriz propia del contrato de trabajo con personal que no le pertenece, a quien conduce de la misma forma que a sus propios trabajadores. En tal virtud, el personal de esta modalidad de intermediación sustituye a los trabajadores de la empresa usuaria por lo que su intervención es de carácter restringido. Nuestro ordenamiento así lo entiende cuando prevé que este personal no puede exceder del 20% de la empresa usuaria y debe además laborar sujeto a un marco de temporalidad (artículo 177 del Decreto).

Sin embargo, la norma reglamentaria ha previsto que la indicada limitación cuantitativa sólo opera cuando la intermediación tenga por objeto "cubrir las labores de un puesto permanente del usuario cuando aquél transitoriamente ha quedado vacante por ausencia del trabajador permanente de la empresa usuaria". Por el contrario prevé que opera la limitación cualitativa (naturaleza de las labores) cuando la intermediación tenga por objeto "cubrir puestos no permanentes creados en el usuario por necesidades temporales ... cuya duración está sujeta a la temporalidad del hecho determinante" (incisos a y b del artículo 85 del Reglamento del Decreto).

Repárese que el artículo 177 del Decreto no ha efectuado este distinguo, ya que prevé, de modo genérico, el tope del 20% para las empresas de servicios temporales. Estimamos, empero, que ello no podría ser interpretado como un exceso del reglamento en cuanto no desnaturaliza las limitaciones propias de la intermediación laboral, salvaguardando que éstas son de orden cuantitativo o cualitativo pero no así irrestrictas.

5.3. Cooperativas de trabajadores

Su inclusión en el Decreto como una modalidad de intermediación laboral puede explicarse en función del propósito flexibilizador de dicha norma respecto de la estabilidad laboral: la existencia en el centro de trabajo de un sector de trabajadores (los cooperativistas) no amparados por dicho derecho permitiría contar con un "grupo testigo" de lo que debía corresponder al adecuado cumplimiento de las labores, comparado con el rendimiento que para funciones análogas cumplía personal protegido por la estabilidad laboral.

Así, se prevé esta forma de intermediación en las labores propias del giro de la actividad principal de la empresa usuaria, previendo dos tipos de cooperativas según sea quienes las integren: cooperativas que hemos denominado comunes (artículo 151) y cooperativas formadas por cesantes de la empresa usuaria (artículo 154). Para ambos tipos de cooperativas se prevé que la empresa usuaria "está obligada a pagar por dichos servicios un monto no menor al doble de la remuneración mínima vital multiplicada por el número de socios trabajadores comprendidos en el servicio" (artículo 1 Decreto Supremo N 066-90-TR).

En cualquier caso, opera una limitación temporal, aunque mediatizada, al precisarse que el plazo máximo de los contratos entre la cooperativa de trabajadores de la empresa usuaria será de tres años, pudiendo ser renovados de común acuerdo (artículo 153 del Decreto).

5.4. Cooperativas comunes

Aquellas que hemos denominado cooperativas comunes están integradas por cooperativistas que no han tenido vínculo laboral previo con la empresa usuaria. Además del indicado marco de temporalidad, estas cooperativas sólo pueden operar sujetas a la referida limitación cuantitativa en el número de personas que pueden colocar en la empresa usuaria ("el número de trabajadores que podrá prestar servicios a través de estas empresas no excederá del 20% del total de trabajadores del usuario" -artículo 177 del Decreto).

5.5. Cooperativas integradas por cesantes

Las cooperativas integradas por quienes han cesado en la empresa usuaria y que cuentan con un alto grado de calificación laboral, gozan de un mayor nivel de flexibilidad. Así, el Decreto prevé que éstas pueden constituirse como suministradoras de servicios complementarios a los procesos de producción que se lleven a cabo en empresas

usuarias, tales como provisión de insumos o de materias primas o para tareas de carácter especializado, como labores de control de calidad o de acabado final, siempre que estos cesantes cuenten con un alto grado de calificación laboral.

Cabe preguntarse si esta modalidad de intermediación se rige por las mismas limitaciones antes indicadas para las cooperativas comunes. De primera intención debe descartarse tal hipótesis, ya que si así fuera carecería de objeto el distinguo que la ley efectúa.

A ello se agrega que a la cooperativa integrada por cesantes se exige que éstos cuenten con "alto grado de calificación laboral" en "tareas de carácter especializado". En consecuencia, nos encontramos ante personal tecnificado y escaso, que en función de edad o calificación usualmente puede sentirse motivado a iniciar actividades independientes pero que guarda una vinculación natural con la empresa a la cual ha prestado servicios. *Ergo*, el artículo 154 acotado afianza la idea que cabe que personal cesante continúe vinculado a la empresa en la cual cesó, esta vez bajo un régimen cooperativo, sin que ello pueda interpretarse como una continuación simulada del vínculo laboral preexistente.

Así, cabe concluir que se ha buscado dotar a esta modalidad de cooperativas de alguna dosis de mayor flexibilidad al permitirse que sus integrantes cumplan labores propias de la actividad principal del giro de la empresa usuaria sin sujetarse a la limitación cuantitativa antes señalada. En efecto, si bien la ley denomina a estas labores "servicios complementarios a los procesos de producción", es claro que actividades tales como el control de calidad o el acabado final son, propiamente, inherentes al proceso productivo, por lo que, a pesar de ello, se admite que labores de esta naturaleza puedan cumplirse mediante esta modalidad de intermediación y sin la limitación del 20% en referencia. Así, esta limitación se circunscribiría a las cooperativas comunes, en atención a que pueden integrarla trabajadores no calificados susceptibles de ser indiscriminadamente utilizados para cualquier labor en la empresa usuaria.

Por cierto, si la cooperativa común o integrada por cesantes realiza las labores complementarias que la norma asigna a las empresas de servicios complementarios (mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras labores de carácter especializado) no estará afectada a limitación cuantitativa alguna ya que en tal caso, la restricción surgirá de la propia naturaleza de las labores (limitación cualitativa).

5.6. El exceso de las normas reglamentarias

Este esquema, que en el contexto flexibilizador del Decreto no resulta reñido con los postulados que la doctrina y el derecho comparado reconocen, ha pretendido ser desdibujado con lo dispuesto por los artículos 70 y 71 del Reglamento del Decreto, aprobado por Decreto Supremo N° 004-93-TR.

Este dispositivo introduce el criterio de la existencia de dos modalidades de cooperativas de trabajadores:

- "a) Aquellas que producen bienes o prestan servicios a favor de terceros en sus establecimientos o en los establecimientos de las empresas usuarias; y
- b) Aquellas que se constituyen específicamente para cumplir el objeto de empresas de servicios temporales, es decir, que a través de sus socios trabajadores, presten a las empresas usuarias los servicios temporales contemplados en el Título III de la Ley."

Seguidamente, se señala que la limitación del 20% en referencia sólo resulta aplicable respecto de las cooperativas que brindan servicios temporales.

Con ello el dispositivo incurre en el contrasentido de sostener que si los trabajadores de la cooperativa realizan labores permanentes en la empresa, no debe operar limitación alguna. Así, cabría que una empresa pueda operar sin contar con personal propio, bastando para ello que encomiende a una cooperativa de trabajadores todas las labores permanentes del centro de trabajo y propias del giro de su actividad.

Dicho en otros términos, la empresa dejaría de tener trabajadores propios basándose en que ha contratado con cooperativistas que si bien laboran bajo su dependencia, sujetos a su poder de dirección y cumpliendo todas las labores inherentes a la actividad del centro de trabajo, no lo hacen en virtud de un contrato de trabajo sino en razón de su condición de socios de una cooperativa de trabajadores con la que la empresa usuaria ha celebrado un contrato de locación de servicios.

A lo expuesto se agrega que, en aplicación de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 034-83-TR, la asamblea general de la cooperativa, mediante acuerdo de las dos terceras partes de la misma, puede aprobar regirse por beneficios menores a los que fije la legislación laboral común. En tal virtud, cabría -como ya se vislumbra- que, con tal de

conseguir la ocupación en la empresa usuaria, las cooperativas compitan entre sí por ofrecer sus servicios al menor costo posible, dejando de lado derechos tales como la compensación por tiempo de servicios, las vacaciones, la jornada máxima de ocho horas u otros derechos elementales, sin contar, por cierto, en que les resulta ajena la estabilidad laboral y la participación en las utilidades en la empresa usuaria, el ejercicio de derechos colectivos o la aplicación de los mismos beneficios y remuneraciones que por labores análogas se reconocan a los trabajadores dependientes de la empresa usuaria.

Este esquema corresponde a lo que hemos denominado contratistas que realizan labores de mero suministro de mano de obra mediante una intermediación indebida, al margen que pueda no existir lucro por parte de los promotores de la cooperativa y que efectivamente distribuyan íntegramente los beneficios obtenidos. El tema central en esta modalidad es que la intermediación laboral así entendida pasa a convertirse de excepcional en irrestricta e ilimitada, con todo lo que ello significa respecto a la eliminación de personal propio en la empresa usuaria. Pero, más aun, desconoce el desequilibrio existente en la relación contractual entre empleadores y trabajadores -sustrato esencial del derecho del trabajo- y por esa vía neutraliza derechos laborales incuestionablemente reconocidos por todos los ordenamien-

tos legales civilizados, semejándose así a la locación de servicios del siglo pasado.

Creemos, pues, que normas reglamentarias defectuosamente concebidas no podrían en forma alguna rebasar el marco legal que pretenden regular. Por lo demás, no puede perderse de vista la norma consagrada por el artículo 23 de la Constitución que establece que "ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador", precepto meridianamente claro para que cualquier apreciación judicial sobre esta materia pueda fulminar supuestos mecanismos de intermediación laboral reñidos de toda base jurídica. De ahí que una controversia judicial sobre esta materia podría válidamente optar por la norma de mayor jerarquía y aplicar así los criterios y limitaciones nítidamente expuestos en el Decreto Legislativo 728 en materia de intermediación laboral.

Cabe concluir señalando que la intermediación laboral cumple un valioso rol, que no puede ser desconocido o mediatizado. Pero, de la misma forma, tampoco puede ser instrumentalizada para trastocar lo que constituyen los fundamentos del Derecho del Trabajo, trabajosamente construidos en su dilatada búsqueda de un equilibrio razonable entre los derechos de trabajadores y empleadores.