

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Malcolm Sargeant (Reino Unido), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Alma Elena Rueda (México), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

La descentralización productiva en el ordenamiento jurídico peruano

Javier H. ESPINOZA ESCOBAR*

RESUMEN: El presente artículo pretende brindar una visión general de la regulación jurídica de la descentralización productiva en el Perú. Para ello se mostrará la respuesta legislativa a una cuestión fáctica que -si bien inicialmente- estuvo prohibida, terminó incorporándose en el ordenamiento jurídico como consecuencia de la reforma laboral flexibilizadora de los años noventa bajo la idea de fomentar el empleo en el Perú. De esta forma, la subcontratación de mano de obra, primero, y la subcontratación de la producción de bienes y servicios, después; recibieron a inicios de este siglo una regulación específica que, a través de la inclusión de garantías sustanciales y formales, buscaban cautelar adecuadamente los derechos de los trabajadores y sancionar a las empresas que desnaturalizan el uso de estas formas de gestión empresarial. En relación con esto último, se mostrará algunos pronunciamientos de los Tribunales de justicia en lo que se evidencia que, a través de la labor jurisdiccional, se ha contribuido a la vigencia efectiva del principio protector -reconocido en el art. 23 de la Constitución peruana- también en este particular ámbito de la prestación laboral indirecta.

Palabras clave: Descentralización productiva, intermediación laboral, tercerización de servicios, ordenamiento jurídico peruano.

SUMARIO: 1. Una cuestión previa: El Derecho del Trabajo frente al reto de la descentralización productiva. 2. El derrotero de la regulación de la descentralización productiva en el Perú. 3. La Intermediación Laboral en el ordenamiento jurídico peruano. 3.1. Supuestos de intermediación laboral. 3.2. Ámbito subjetivo de la intermediación laboral: Sobre las empresas intermediadoras y las cooperativas de trabajadores. 3.3. Requerimientos formales para la actividad intermediadora. 3.4. Derechos y beneficios de los trabajadores destacados. 3.5. Desnaturalización de la intermediación laboral. 4. La tercerización de servicios en el ordenamiento jurídico peruano. 4.1. Requisitos esenciales. 4.2. Elementos característicos. 4.3. Tipos. 4.4. Requisitos formales. 4.5. Derechos Laborales de los Trabajadores de las Empresas Tercerizadoras. 4.6. Responsabilidad solidaria de la empresa principal. 4.7. Desnaturalización de la tercerización de servicios. 5. La actuación judicial en el ámbito de la descentralización productiva. 5.1. En la intermediación laboral. 5.2. En la tercerización de servicios. 6. Bibliografía.

* Profesor Principal de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo (Perú). Director del Laboratorio Hispano-Andino de Jurisprudencia Laboral y de la Seguridad Social – Sección Perú. Miembro Asociado de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

The Productive Decentralization in the Peruvian Legal System

ABSTRACT: This article aims to provide an overview of the legal regulation of productive decentralization in Peru. This will show the legislative response to a factual issue that -although initially believe- was prohibited, ended up being incorporated into the legal system as a result of the flexibilizing labor reform of the nineties under the idea of promoting jobs and employment in Peru. In this way, the subcontracting of labor, first, and the subcontracting of the production of goods and services, afterwards; they received at the beginning of this century a specific regulation that, through the inclusion of substantial and formal guarantees, sought to adequately protect workers rights and sanction companies that denaturalize the use of these forms of business management. In relation to the latter, it will show some pronouncements of the Courts of Justice in which it is evident that, through the jurisdictional work, it has contributed to the effective validity of the protective principle -recognized in art. 23 of the Peruvian Constitution, also, in this particular area of indirect labor benefit.

Key Words: Productive decentralization, labor intermediation, outsourcing of services, Peruvian legal system.

1. Una cuestión previa: El Derecho del Trabajo frente al reto de la descentralización productiva

El fenómeno de la descentralización productiva no solo quebró el modelo tradicional de empresa y de producción empresarial si no que logró convertirse en una forma legítima de gestión empresarial flexible que permite adaptar la empresa a las diversas exigencias del mercado y a los cambios impuestos por la economía, la tecnología y la globalización.

Más allá de que su implementación conceda innumerables ventajas a la empresa en la medida que le permite ser más competitiva al desprenderse de ciertas fases de su proceso de producción y concentrarse en el *core business*, sin que ello signifique que pierda completamente el control sobre las mismas¹; desde el lado del trabajador, la descentralización productiva genera reducciones de plantilla; abaratamiento de los costos de contratación de los nuevos servicios fragmentados por el incremento del número de empresas que compiten entre sí para ofrecerlo, afectándose con ello el ingreso económico de los trabajadores, reduciéndose “la seguridad, la estabilidad, y las garantías de igualdad que el ordenamiento protectorio ha tratado de imponer, partiendo de un modelo de trabajo subordinado a tiempo completo y en una misma empresa”².

Y es que el uso de esta herramienta genera la coexistencia de “trabajadores estables, vinculados por un contrato de tiempo completo, al que se unen diversos círculos de trabajadores inestables y de dependientes vinculados a otras empresas”, lo cual acentúa la discriminación y la sensación de injusticia entre los trabajadores; se incrementa considerablemente el número de trabajadores autónomos y de “zonas grises” que generan trabajadores semidependientes. Por el lado de las relaciones colectivas, se debilita el interlocutor colectivo pues no solo se atomiza la empresa sino también los trabajadores, dificultándose la afiliación sindical y afectándose la viabilidad y eficacia de la negociación colectiva. Por el lado de la salud y la seguridad en el trabajo, se genera incertidumbre respecto de quién debe asumir la implementación de las medidas de seguridad y salud en el

¹ Se genera un modelo organizativo de red o de grupos de empresas que se vinculan entre sí de forma coordinada y articulada Cfr. Mejía Madrid, R., “El alcance de la regulación laboral de la descentralización productiva”, *Themis*, 2014, n. 65, p. 98. En el mismo sentido, Valdés Dal Ré, F., “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo”, en Pedrajas Moreno, A. (dir.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinaria*, Lex Nova, Madrid, 2002, p. 30.

² Cfr. Álvarez, E., “Tercerización, descentralización productiva y Derecho del trabajo”, *Revista Derecho del Trabajo*, 2012, n. 1, mayo, p. 9.

trabajo en cumplimiento del deber de prevención³.

En suma, la situación de vulnerabilidad a la que se someten los trabajadores constituye una razón suficiente para que el Derecho del Trabajo intervenga y -reafirmando su carácter tutelar- regule estas formas organizativas empresariales teniendo en cuenta que, sea cual fuere la coyuntura económico-social, debe dotar de adecuada protección al prestador de servicios buscando conservar unos mínimos irrenunciables.

2. El derrotero de la regulación de la descentralización productiva en el Perú

En el Perú, la regulación del fenómeno de la descentralización productiva no es de larga data. Después de un tímido reconocimiento a fines de la década de los setenta del siglo XX, en los años noventa, la descentralización productiva se convierte en una herramienta legislativa de flexibilización de las relaciones laborales y de precarización del empleo que, dadas las constantes críticas por su contribución a la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores, generó que se dictaran leyes específicas sobre la intermediación laboral y la tercerización de servicios, en los años 2002 y 2008, respectivamente.

La intermediación laboral había sido prohibida hasta la entrada en vigor del Decreto Ley 22126 (21.03.1978) que ampara el derecho a mantener vínculo laboral y señala las causales de su rescisión. En el artículo 27° de esta norma se autoriza que el personal que mantenga vínculo laboral permanente con empresas de servicios labore en una empresa distinta siempre que realice actividades complementarias (mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, eventos temporales y análogos). La Ley 24514 (4.06.1986) que regula el derecho de estabilidad en el trabajo, en su artículo 32° amplió dicha posibilidad a labores de carácter especializado. Asimismo, en caso de incumplimiento, esto es de utilización fraudulenta, la Autoridad Administrativa de Trabajo debía disponer la inscripción del trabajador en el libro de planillas del centro laboral en el que se encuentre realizando labores de carácter permanente, esto es, se reconocía el vínculo laboral directo.

So pretexto de combatir el “marco formal rígido e ineficiente” de las normas vigentes que impedían la generación de empleo, el Decreto Legislativo 728 (12.11.1991) estableció una serie de medidas destinadas a potenciar “las posibilidades de encuentro entre la oferta y la demanda

³ Cfr. Álvarez, E., “Tercerización, descentralización (...)”, *op. cit.*, pp. 12 -15.

laboral, flexibilizando las modalidades y mecanismos de acceso al trabajo⁴ que, lamentablemente, no cumplió su cometido si no que generó el incremento del desempleo abierto y el trabajo precario⁵.

En el Título VI de la citada norma se reguló la intermediación laboral en clave de flexibilización. Se alentó la creación de empresas de servicios temporales destinadas a colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades de las empresas usuarias hasta el límite del 20% del total de trabajadores de la usuaria, aun cuando se tratara de labores principales; y empresas de servicios complementarios destinadas a las actividades complementarias (como mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado) y actividades complementarias de carácter especializado que requiriesen de personal altamente calificado. Asimismo, como una forma de promoción del empleo autónomo se alentó la creación de cooperativas de trabajadores para la prestación de servicios temporales y complementarios. Para las cooperativas de trabajadores regía también el límite del 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria.

A través del Decreto Legislativo 855 (04.10.1996) que modificó el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo se amplió al límite del 50% el número de trabajadores de las cooperativas y de las empresas de servicios temporales que podían prestar servicios en las empresas usuarias. Con ello, se abrió la puerta para el uso indiscriminado de la intermediación con el propósito de eludir los efectos de la contratación directa.

Al margen de pequeñas medidas que buscaban reforzar la protección de los trabajadores⁶, tuvieron que transcurrir más de diez años para que se dictase una norma especial, la Ley 27626 (09.01.2002) que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de

⁴ Ver parte Considerativa y la Exposición de motivos del Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo publicado en el Diario Oficial El Peruano el 12 de noviembre de 1991.

⁵ Así se puede comprobar en el estudio de Alegre Escorza, M., Correa Salas, F. y otros, "La problemática de la intermediación laboral en el Perú", *Ius et veritas*, 2001, n. 23, pp. 361 y ss. En el mismo sentido, la investigación de Vidal Bermúdez, A., Cuadros Luque, F. y Sánchez Reyes, C., *Flexibilización Laboral en el Perú y reformas de la protección social asociadas: Un balance tras 20 años*, CEPAL, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2012, pp. 9-10.

⁶ Tal como la establecida en el art. 2 de la Ley 26513 (27.07.1995) que modifica el Decreto Legislativo 728 y que obliga a las empresas de servicios y a las cooperativas a reconocer a sus trabajadores y socios trabajadores, respectivamente, "*ingresos y condiciones de trabajo no inferiores que los que correspondan a trabajadores pertenecientes a la empresa usuaria que realizan labores análogas. De no poderse efectuar la indicada comparación, el ingreso por socio trabajador no deberá ser inferior a una remuneración mínima vital mensual. Adicionalmente deberán reconocérseles todos los beneficios sociales establecidos en el régimen laboral de la actividad privada*".

trabajadores (en adelante, LIL) y cuyo objeto es regular la intermediación laboral en el régimen laboral de la actividad privada y cautelar adecuadamente los derechos de los trabajadores. Dicha norma fue reglamentada mediante Decreto Supremo N° 003-2002-TR (en adelante, RLIL).

Por otro lado, es a través de la Ley 29245 (24.06.2008) que regula los servicios de tercerización (en adelante, LTS) que, por primera vez de forma expresa, se regulan los casos en que procede la tercerización, los requisitos, derechos y obligaciones, así como las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalizan el uso de este método de vinculación empresarial. Dicha ley se reglamentó mediante Decreto Supremo N° 006-2008-TR (en adelante, RLTS).

En los siguientes apartados se revisará la regulación en ellas contenida para verificar si se ha otorgado una mínima protección a los trabajadores involucrados en ella.

3. La Intermediación Laboral en el ordenamiento jurídico peruano

La intermediación laboral implica la subcontratación de mano de obra con terceras empresas para la ejecución de servicios periféricos, esto es, aquellas actividades que si bien son necesarias para el funcionamiento de la empresa, no forman parte de los procesos productivos que constituyen su objeto social. Así se ha reconocido en el segundo párrafo del artículo 3° de la LIL al establecerse que los trabajadores destacados a una empresa usuaria “no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa”⁷.

La actividad principal que es aquella que “se relaciona con el ciclo productivo, tanto las propiamente principales como aquellas que sirven o colaboran para su cumplimiento; actividades inherentes al ciclo productivo de bienes y servicios; actividades inherentes para desempeñar adecuadamente las funciones, etc.”⁸, constituye -tomada

⁷ El RLIL también ha preciado los supuestos que no constituyen intermediación laboral. Así, en el artículo 4°, se establece: “No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al Artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, 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”. Cabe precisar que estas actividades entrarán con posterioridad bajo el marco regulatorio concerniente a la tercerización de servicios.

⁸ Cfr. Casación Laboral 1693-2012-Moquegua, considerando décimo. Es el artículo 1° del RLIL el que reconoce como actividad principal de la empresa usuaria a “aquella que es

en sentido negativo- un elemento delimitador de la intermediación al que se suman la temporalidad, la complementariedad o la especialización que, de acuerdo con el artículo 3° de la LIL, son los supuestos de procedencia de la intermediación laboral.

En la configuración de la intermediación laboral debe tenerse en cuenta que se exige el destaque exclusivo de trabajadores al centro de trabajo o al radio de acción de la empresa usuaria⁹. De allí que la intermediación suponga dos elementos claves, por un lado, que se produzca un destaque exclusivo de trabajadores al centro de trabajo -o radio de acción de la empresa- y que dichos trabajadores laboren bajo las órdenes de los jefes y supervisores de la empresa usuaria¹⁰.

3.1. Supuestos de intermediación laboral

En el Perú, por mandato del artículo 3° de la LIL se restringe el campo de acción de la intermediación laboral a los supuestos de temporalidad, complementariedad y especialización, debiendo entenderse que:

- a) La intermediación de servicios temporales procede en aquellos supuestos en los que se emplea uno o más trabajadores con el fin de destacarlo temporalmente, mediante contratos de naturaleza ocasional o de suplencia, a una tercera persona natural o jurídica, denominada empresa usuaria que dirige y supervisa sus actividades. Según el artículo 3° de la LIL, si se contrata la intermediación de servicios temporales, el personal destacado no puede exceder del 20% del total de trabajadores que tengan vínculo laboral directo con la empresa usuaria, siempre que concurren los supuestos establecidos para los contratos ocasionales o de suplencia. De no respetarse este límite máximo se entenderá que la relación laboral se tiene con la empresa usuaria;
- b) La intermediación de servicios complementarios procede en aquellas actividades de carácter auxiliar, secundario o no vinculadas a la actividad principal, tales como la actividad de vigilancia, seguridad, mantenimiento,

consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa”.

⁹ El artículo 3° de la Ley 27626 se refiere expresamente a que la intermediación laboral “involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria”.

¹⁰ Cfr. Toyama Miyagusuku, J., “El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico”, 1ª. Edición, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2015, p. 215.

mensajería externa o limpieza. En este tipo de intermediación, la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado;

c) La intermediación de servicios especializados procede en aquellas actividades de carácter auxiliar, secundario o no vinculadas a la actividad principal que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos, o particularmente calificados, tales como el mantenimiento y saneamiento especializados. En este tipo de intermediación, la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado¹¹.

Como se puede apreciar, si la intermediación laboral supone las facultades de la empresa usuaria de dirigir y supervisar las labores de los trabajadores destacados¹², en tanto es la empleadora real de los trabajadores, entonces el único supuesto de intermediación que debería ser considerado así es el de la intermediación de servicios temporales¹³. Y esto porque, tal como lo ha destacado la Doctrina¹⁴, la LIL no solo regula la subcontratación de mano de obra, esto es la intermediación propiamente dicha, como ocurre con la intermediación de servicios temporales; sino que también incluye supuestos de “tercerizaciones blandas”, en el caso de los servicios complementarios y altamente especializados, siempre y cuando, las empresas que los brinden asuman plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades, tal como lo establece el artículo 6° de la LIL.

La Corte Suprema de Justicia (en adelante, CSJ) también ha reconocido esta situación al mencionar que “*Las empresas de servicios complementarios no constituyen un supuesto de cesión de mano de obra legalizada, sino de subcontratación, la diferencia entre una y otra, además de la ya anotada, apunta a que una empresa de servicios complementarios es, en rigor, una contratista que establece una relación jurídica*

¹¹ Sobre la intermediación de servicios especializados, el artículo 11.3° de la LIL establece que la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados.

¹² El Convenio 181 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas, al regular a las agencias de empleo privado se refiere a uno de los servicios que estas pueden prestar, esto es, “emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante, empresa usuaria) que determine sus tareas y supervise su ejecución” (ver art. 1.1° b).

¹³ Sobre el particular, Villavicencio, considera que “la contratación de servicios complementarios y especializados se encuadra dentro del fenómeno de tercerización o descentralización productiva y no dentro de la intermediación laboral. Cfr. Villavicencio Ríos, A., “La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico”, *Ius et veritas*, 2004, n. 29, p. 149.

¹⁴ Ver, por todos, Mejía Madrid, R., “El alcance de (...)”, *op. cit.*, pp. 102-104.

*civil con la usuaria, en virtud de un contrato civil o mercantil*¹⁵.

El artículo 8° de la LIL establece una expresa prohibición dirigida a las empresas usuarias quienes están imposibilitadas de contratar una empresa de servicios o cooperativa, para cubrir personal que se encuentre ejerciendo el derecho de huelga o para cubrir personal en otra empresa de servicios o cooperativa de trabajadores.

3.2. Ámbito subjetivo de la intermediación laboral: Sobre las empresas intermediadoras y las cooperativas de trabajadores

De acuerdo con el artículo 2° de la LIL, la intermediación laboral solo puede prestarse por empresas de servicios constituidas como personas jurídicas, de acuerdo a la Ley General de Sociedades o como Cooperativas, conforme a la Ley General de Cooperativas. Ambas deben tener como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral.

De esta forma, en el Perú, las empresas que pueden prestar servicios de intermediación laboral pueden ser:

- Empresa de servicios temporales;
- Empresa de servicios complementarios;
- Empresa de servicios especializados;
- Cooperativas de Trabajo temporal;
- Cooperativas de trabajo y fomento del empleo.

Precisa el RLIL (art. 2°) que las empresas de servicios temporales, complementarios y especializados pueden desarrollar simultáneamente las actividades de intermediación previstas en la LIL, siempre que así se haya determinado en su estatuto y Registro. En cambio, las cooperativas de trabajo temporal, solo pueden intermediar para supuestos de temporalidad y las cooperativas de trabajo y fomento del empleo para actividades complementarias y de alta especialización.

3.3. Requerimientos formales para la actividad intermediadora

3.3.1. Sobre la inscripción en el Registro

Para la prestación del servicio de intermediación, la legislación peruana ha

¹⁵ Cfr. Casación Laboral 1693-2012-Moquegua, considerando octavo.

establecido la obligación de las entidades de registrarse ante la Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante, la AAT) competente del lugar donde se encuentre la sede principal de la entidad; presentando para ello diversos documentos que acrediten su existencia, entre otros, la Copia de la escritura pública de constitución y sus modificaciones, debidamente inscritas ante la oficina registral correspondiente y su solvencia económica pues se exige que acredite y mantenga un capital social suscrito y pagado, mínimo de 45 UIT o su equivalente en certificados de aportaciones, al momento de su constitución.

Esta obligación formal debe entenderse como un mecanismo de protección a favor de los trabajadores destacados que posibilitará la intervención de la AAT para cautelar su cumplimiento y con ello el aseguramiento de los derechos de los trabajadores involucrados. En ese sentido, la CSJ ha precisado que la obligación de registro no solo involucra la publicitación de las entidades que prestan servicios de tercerización, sino que constituye *“un medio de control del cumplimiento de los requisitos exigidos por nuestra legislación para el ejercicio idóneo de este tipo de actividad; pues resulta claro que el acceso a la inscripción de una entidad en aquel abarca mínimamente la acreditación formal de los distintos requisitos previstos en la Ley N° 27626, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR y demás normas de la materia para tal fin”*¹⁶.

La inscripción en el registro tiene una vigencia mínima de 12 meses, plazo a cuyo vencimiento quedará sin efecto de modo automático (art. 16° LIL). De así considerarlo, las entidades, antes del vencimiento de su inscripción, pueden solicitar su renovación para lo cual presentarán una declaración jurada de cumplimiento de los requisitos exigidos por ley, señalando el domicilio actual. La verificación de los requisitos se realiza mediante visita inspectiva. En este caso, la constancia de renovación de la inscripción consignará como fecha de inicio el día inmediato posterior al término de la vigencia de la anterior (art. 19° LIL).

Registrada la entidad, tiene la obligación de proporcionar información trimestral de acuerdo con los formatos establecidos por la AAT (art. 18° LIL).

Si la entidad varía su domicilio o razón social o amplía su objeto social, deberá comunicarlo a la AAT dentro de los cinco días hábiles de producido el hecho (art. 20° LIL).

Como parte de sus obligaciones y facultades, la AAT puede disponer la realización de las diligencias necesarias para constatar la veracidad de la información proporcionada por la entidad; de verificarse la falsedad de la

¹⁶ Casación N° 9877-2012-Lima (16.10.2014), considerando séptimo.

información, la inscripción solicitada será automáticamente denegada, o de ser el caso, cancelado el registro; sin perjuicio de las acciones legales que puedan derivarse (art. 15° LIL).

También se regula en la norma (art. 21° LIL) los supuestos que generan la pérdida de vigencia de la inscripción del registro de las entidades. Así, la inscripción queda sin efecto en caso de vencimiento del plazo sin que se haya renovado el registro; en caso de incumplimiento reiterado o de particular gravedad de sus obligaciones laborales, determinadas por la ley¹⁷; en caso de incumplimiento del deber de información al cual se refiere la LIL; en caso de pérdida de alguno de los requisitos legales necesarios para su constitución o subsistencia; a solicitud de la propia entidad; y otras que se señalen con posterioridad¹⁸.

3.3.2. Sobre los contratos celebrados con los trabajadores y el contrato suscrito entre la entidad y la empresa usuaria

De acuerdo con lo establecido en el RLIL (artículo 11°), los contratos de trabajo celebrados entre las entidades y los trabajadores, sea que se trate de contratos a plazo indeterminado o a plazo fijo, deben formalizarse por escrito y presentarse para su registro ante la AAT, dentro del plazo de 15 días naturales de suscritos.

En los casos de las Cooperativas de trabajo, la obligación se considera

¹⁷ La propia LIL precisa en su artículo 23°, a qué se consideran incumplimientos laborales. Estos son: el incumplimiento a los derechos y beneficios correspondientes al trabajador, constatados en un procedimiento inspectivo y que hayan dado lugar a la aplicación de una resolución de multa; el incumplimiento de un acuerdo conciliatorio en un procedimiento tramitado ante la Autoridad Administrativa de Trabajo; el incumplimiento de un laudo o resolución judicial firme que ordene el pago de derechos y beneficios a los trabajadores o de las obligaciones contenidas en el acta de conciliación suscrita de acuerdo a la Ley de conciliación extrajudicial; otros casos que se regulen en el reglamento.

¹⁸ En todos los casos, salvo en el que la propia entidad lo solicita en el que la pérdida de la vigencia del registro se produce automáticamente, la AAT emitirá la resolución correspondiente que puede ser apelada dentro del plazo de tres días hábiles de su notificación, siendo resuelto dicho recurso en segunda y última instancia por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo. Si la segunda instancia confirma la decisión que ordena la pérdida del registro, la entidad se encuentra legalmente impedida de realizar actividades de intermediación (art. 15° del RLIL).

La Dirección Nacional de Empleo y Formación Profesional publicará en el diario Oficial El Peruano, con periodicidad semestral, la relación de entidades cuyo registro haya sido cancelado o hubiere caducado (Artículo 10° del RLIL).

cumplida con la presentación de la declaración jurada ante la AAT en la que debe constar la nómina de los trabajadores destacados a la empresa usuaria, la misma que se presenta dentro de los quince días naturales de producido el destaque.

El contrato de locación de servicios suscrito entre la empresa usuaria y las entidades se presenta con la solicitud, según formato, dirigida a la Dirección de Empleo y Formación Profesional o dependencia que haga sus veces. El plazo para cumplir con dicha obligación es de quince días naturales desde su suscripción, si se presentara extemporáneamente, se abona la tasa respectiva, sin perjuicio de la multa correspondiente.

3.3.3. Sobre la carta fianza y la responsabilidad solidaria como mecanismos de protección de los trabajadores destacados

Además de la obligación de las entidades de contar con un capital mínimo como requisito para brindar servicios de intermediación, las entidades que suscriban contratos de intermediación están obligadas a conceder una fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria. La AAT establece los plazos, requisitos, porcentajes y mecanismos de ejecución y liberación de la garantía (art. 24° LIL).

Según el RLIL (art. 17°), la entidad podrá elegir entre conceder una fianza a nombre del Ministerio o a favor de la empresa usuaria.

La fianza a nombre del Ministerio¹⁹ es otorgada por una institución bancaria o financiera a nombre del Ministerio de Trabajo y en favor de los trabajadores destacados. A su vez, puede ser fianza individual o global. Será individual cuando cubre independientemente cada contrato de locación de servicios que se celebre con las empresas usuarias; debe tener una vigencia mínima del plazo del contrato de locación de servicios celebrado entre la empresa usuaria y la entidad, más noventa días adicionales posteriores. Será global cuando cubre en conjunto a todos los contratos de locación de servicios celebrados con las empresas usuarias; su vigencia no puede ser inferior a tres meses debiendo renovarse al 31 de marzo, 30 de junio, 30 de setiembre y 31 de diciembre de cada año. Sea

¹⁹ El RLIL efectúa precisiones respecto a la renovación y reajuste de la carta fianza a nombre del Ministerio; el requerimiento de reajuste a nombre del Ministerio; la presentación, recepción y custodia de la carta fianza a nombre del Ministerio; la devolución de la carta fianza y la ejecución de la carta fianza a nombre del Ministerio (Ver arts. 20°-25°).

individual o global, la carta fianza debe garantizar el pago de un mes de remuneraciones y la parte proporcional del mes de los derechos y beneficios laborales aplicables a la totalidad de trabajadores destacados, y las obligaciones previsionales respectivas.

En el segundo caso, se otorga para garantizar frente a la empresa usuaria el cumplimiento de las obligaciones laborales o previsionales, correspondientes a los trabajadores en ella destacados, su tipo, requisitos, plazos porcentaje de cobertura, mecanismo de ejecución, liberación de la garantía y demás elementos se rigen por lo que pacten las partes.

A fin de cautelar los derechos de los trabajadores, y además de la carta fianza, se establece en el artículo 25° de la LIL la responsabilidad solidaria²⁰ de la empresa usuaria en el caso de que la fianza otorgada por las entidades resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales de los trabajadores destacados a la empresa usuaria. La responsabilidad se extiende por el tiempo de servicios laborados en la empresa usuaria. Además, el reglamento precisa que la solidaridad está referida tanto a los derechos laborales de origen legal como los convencionales (art. 26°).

La fianza cubre los adeudos laborales y de seguridad social, y la solidaridad se aplica a la falta de fianza y se extiende a los adeudos laborales y -aun cuando no exista mención expresa- consideramos que esta también se extiende a la deuda de seguridad social; en la medida que la expresión “obligaciones laborales” debe interpretarse de forma extensiva, atendiendo a que la solidaridad es un mecanismo protector de los derechos de los trabajadores, cuando menos, de los derechos surgidos de norma imperativa, como son los aportes a la seguridad social²¹.

3.4. Derechos y beneficios de los trabajadores destacados

De acuerdo con la LIL, los trabajadores destacados en las empresas usuarias tienen derecho a percibir las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores. Este derecho debe aplicarse, fundamentalmente, a los trabajadores destacados de las empresas de servicios temporales que podrán tener un trabajador

²⁰ Tal como lo ha precisado la CSJ, “la solidaridad (o responsabilidad solidaria) en materia laboral, es un instrumento utilizado para mejorar los niveles de tutela de los trabajadores frente a procesos económicos complejos, como es el caso de la subcontratación, ante cuyo advenimiento carecen de control o poder de decisión alguno, y que más genera efectos negativos en sus relaciones de trabajo, tanto a nivel individual como colectiva”. Cfr. Casación Laboral N° 15953-2015, Lima (5.12.2016), Considerando sexto.

²¹ En el mismo sentido, Toyama Miyagusuku, J., *El derecho individual (...), op. cit.*, p. 229.

referente dentro de la empresa por cuanto es complicado que se pueda extender a los trabajadores que prestan servicios complementarios o especializados quienes contarán con las remuneraciones y condiciones de trabajo que les fije su propio empleador²².

3.5. Desnaturalización de la intermediación laboral

El artículo 5° de la LIL reconoce que la infracción a los supuestos de intermediación laboral que se establecen en la LIL, debidamente comprobada en un procedimiento inspectivo por la AAT determinará que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria, esto es, que se desnaturaliza la intermediación laboral.

El mandato legal es imperativo, de allí que el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) haya establecido que *“toda trasgresión a los supuestos de intermediación laboral determina la existencia de una relación laboral entre los trabajadores destacados y la empresa usuaria. Por ende, y de conformidad con el artículo 3° de la Ley 27626, se juzgará la existencia de relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador destacado, en aquellos casos en que se haya pactado la intermediación de servicios que no se caracterice por ser temporal, complementaria o de alta especialización, y, por el contrario, corresponda a un servicio que implique una actividad principal y permanente de la empresa usuaria”*.

Sin perjuicio de lo señalado en los artículos 4^{o23} y 8^{o24} de la LIL, el artículo 14° del RLIL desarrolla los supuestos de desnaturalización de la intermediación laboral en el supuesto de: a) El exceso de los porcentajes limitativos establecidos para la intermediación de servicios temporales; b) La intermediación para servicios temporales distintos de los que pueden ser cubiertos por los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia; c) La intermediación para labores distintas de las reguladas en los artículos 11° y 12° de la Ley N° 27626, esto es para actividades temporales, complementarias o especializadas; y, d) La reiterancia del incumplimiento de no contar con la “Constancia de Inscripción” ante el Ministerio de

²² Cfr. Villavicencio Ríos, A., “La intermediación laboral (...)”, *op. cit.*, p. 152.

²³ Se establece que es nula de pleno derecho la intermediación que haya tenido por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de derechos colectivos de los trabajadores que pertenecen a la empresa usuaria o a las entidades a que se refiere el artículo 10°.

²⁴ Se considera como supuestos de intermediación prohibidos, la contratación de empresas de servicios o cooperativas para cubrir personal que se encuentre ejerciendo el derecho de huelga o para cubrir personal en otra empresa de servicios o cooperativa.

Trabajo y Promoción del Empleo; se verifica la reiterancia cuando persiste el incumplimiento y se constata en la visita de reinspección o cuando se constata que en un procedimiento de inspección anterior la empresa usuaria realiza tal incumplimiento.

Como consecuencia de la desnaturalización se configurará una relación directa entre el trabajador y la empresa usuaria.

4. La tercerización de servicios en el ordenamiento jurídico peruano

De acuerdo con el artículo 1° del RLTS, la tercerización es “*una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma*”. De allí que, según el artículo 2° de la LTS, el ámbito de aplicación de la ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores están sujetos al régimen laboral de la actividad privada que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores a las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas²⁵. El artículo 3° de la LTS muestra, a título de ejemplo, supuestos de tercerización de servicios, tales como los contratos de gerencia conforme a la Ley General de sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.

Arce, comentando esta disposición manifiesta que el RLTS reduce el ámbito objetivo de la LTS pues establece que la tercerización “*solo involucra servicios de la contratista que cumple actividades principales de la empresa principal*”²⁶. Consideramos que tal disposición reglamentaria no debe entenderse en ese sentido pues si se pueden tercerizar la actividad principal, también podría ocurrir lo mismo con las demás actividades complementarias, bajo el principio jurídico de que “el que puede lo más puede lo menos”; además, no debemos olvidar que la LIL regula las tercerizaciones de actividades complementarias.

En la definición del fenómeno de tercerización, la CSJ ha precisado que se

²⁵ El propio artículo 2 de la LTS excluye del ámbito de aplicación de la Ley a la tercerización de servicios en el sector público, la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización.

²⁶ Cfr. Arce Ortíz, E., *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Segunda Edición, Palestra, Lima, 2013, p. 144.

trata de “*un contrato de naturaleza civil por el cual una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad en otra empresa que cuenta con patrimonio y organización propia, dedicada a la producción de bienes o de servicios para que realice ciertas labores a favor de la contratante, sea dentro del centro de labores denominándosele «insourcing» o fuera del mismo, bajo la denominación de «outsourcing». En ambos casos la empresa prestadora de servicios actúa con personal propio bajo sus órdenes y control, delimitándose dicha actividad administrativa y funcionalmente con relación a las que realiza la empresa contratante, lo que no impide la fiscalización por parte de esta última*”²⁷.

Establecidas las condiciones impuestas por la legislación para que se configure la tercerización, llama la atención que la CSJ, al describir las características principales de las empresas contratistas que se dedican a labores de tercerización, haya establecido en diversos pronunciamientos que deben “*tener funciones o actividades de una parte del ciclo productivo, siempre y cuando no estén circunscritas a las actividad principal de la empresa (empresa principal)*”²⁸. Esta opinión es directamente contraria a lo que establecen las normas pertinentes a las que recurre la CSJ para fundamentar su fallo y constituye también una violación de la libertad de empresa.

4.1. Requisitos esenciales

Tanto la LTS (artículo 2°) y el RLTS (artículo 4°) precisan los requisitos configuradores de la tercerización: que las empresas tercerizadoras asuman los servicios por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Tales requisitos, según el artículo 3° del RLTS son copulativos, pues la inexistencia de uno, cualquiera de ellos, desvirtúa la tercerización.

Esta última afirmación deja en evidencia que dichos requisitos son esenciales y que su presencia conjunta la dota de plena validez y la convierten en una tercerización lícita que “despeja cualquier duda de

²⁷ Casación Laboral N° 3759-2015-La Libertad (29.03.2017) emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la CSJ, considerando tercero, literal a); publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de junio de 2017.

²⁸ Así se ha precisado en la Casación Laboral 5000-2014-Lima (07.06.2016) emitida por la segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la CSJ, considerando décimo primero. También, Casación Laboral N° 8983-2015-Del Santa (19.01.2017), emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la CSJ, considerando sétimo. La misma idea, en la Casación Laboral 5659-2016-Lima (31.10.2017), emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la CSJ, considerando sétimo.

fraude de la personalidad jurídica”²⁹ y no produce la infracción alguna del ordenamiento laboral vigente.

En relación con los elementos materiales a los que se hace referencia en el primer párrafo del artículo 2º, en un proceso en el que se reclamaba la desnaturalización de la tercerización porque se constató que la tercerizadora no proveía de materiales a sus trabajadores para la prestación de servicios sino que lo hacía la principal, la CSJ, siguiendo al Tribunal Constitucional, ha precisado que “(...) *todos los elementos esenciales exigidos en el marco de la Tercerización de servicios (...) no deben ser necesariamente entendidos como copulativos, pues, en el caso de los elementos materiales, estos podrían o no encontrarse presentes, o ser finalmente proveídos por la principal, sin que lo anterior suponga o conlleve a la desnaturalización del contrato (...)*”³⁰. Entiende la CSJ que, en cuanto al requisito de “contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales”, basta con contar con alguna de las alternativas.

4.2. Elementos característicos

De acuerdo con el artículo 2º de la LTS, constituyen elementos característicos de las actividades desarrolladas por una empresa tercerizadora, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio, bajo ninguna circunstancia la sola provisión de personal configura la tercerización.

Estos elementos característicos, según el artículo 4.1º del RLTS, constituyen, entre otros, indicios de la existencia de autonomía empresarial. Estos deben ser evaluados caso a caso y al momento de verificarlos en la realidad se deberá tener en cuenta la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora.

Dentro de estos elementos característicos cobran relevancia: la pluralidad de clientes y el contar con equipamiento. El RLTS precisa, en su artículo 4.2º que la pluralidad de clientes no será un indicio a valorar: a) Cuando el

²⁹ Cfr. Arce Ortíz, E., “Derecho Individual del Trabajo (...)”, *op. cit.*, p. 145. En el mismo sentido, Mejía Madrid, R., “El alcance de (...)”, *op. cit.*, p. 104.

³⁰ Casación Laboral N° 135-2016-Lima (13.08.2016), emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la CSJ, fundamento décimo primero, numeral 5); publicado en el diario oficial El Peruano el 30 de noviembre de 2016. En esta casación, además, se hace referencia a la STC del Expediente N° 2698-2010-PA/TC, emitida por el Tribunal Constitucional.

servicio objeto de tercerización sólo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora; b) Cuando, en base a la naturaleza del servicio u obra, existan motivos atendibles para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora; c) Cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa”. Respecto al equipamiento, el artículo 4.3° del RLTS matiza dicha exigencia al establecer que se cumplirá con este requisito cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquélla. Luego, apelando a la razonabilidad, se establece que la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral.

La CSJ refiriéndose a la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio considera que se trata de “elementos coadyuvantes”³¹ o “características secundarias”³² para la identificación de tales actividades que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.

4.3. Tipos

Si bien se reconocen dos clases de tercerización, esto es, con desplazamiento continuo de personal y sin desplazamiento de personal, el artículo 2° del RLTS precisa que el ámbito de la tercerización regulada en la LRS comprende a aquella que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de la principal.

Según el artículo 6° del RLTS, un desplazamiento continuo de trabajadores será aquel realizado de forma regular entre la empresa tercerizadora y la empresa principal y que se configura la continuidad cuando: a) El desplazamiento ocurra cuando menos durante más de un

³¹ Casación Laboral N° 275-2015-La Libertad, citado por la Casación Laboral N° 8983-2015-Del Santa (19.01.2017), emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la CSJ, Considerando quinto, segundo párrafo; publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de abril de 2017.

³² Casación Laboral 5659-2016-Lima (31.10.2017), emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la CSJ, considerando sétimo.

tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o, b) Exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

Una cuestión regulada en el artículo 4° de la LTS que está referida a los trabajadores desplazados a la empresa principal es que en sus contratos debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza; asimismo, se precisa que los contratos no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores que mantienen su subordinación con la empresa principal³³.

4.4. Requisitos formales

En el Perú, las normas que regulan la tercerización “[...] prevén una serie de formalidades y cargas administrativas que las acercan a la intermediación laboral: un registro de contratistas, un contrato con cierto contenido y la obligación de informar al personal”³⁴.

Para iniciar y desarrollar sus actividades, las empresas tercerizadoras deben inscribirse en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras a cargo de la AAT competente del lugar donde la empresa desarrolla sus actividades, en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución, quedando sujeta la vigencia de su autorización a la subsistencia de su registro (artículo 8° de la LTS).

El artículo 9° del RLTS establece las precisiones relacionadas con el registro de las empresas tercerizadoras. El registro sirve a la labor fiscalizadora de la AAT quien está facultada a supervisar el cumplimiento de los requisitos esenciales para realizar la labor de tercerización así como a verificar las posibles situaciones fraudulentas que se puedan presentar.

Otro aspecto formal a ser considerado por las empresas que realizan labor de tercerización es la relacionada con el contenido de los contratos y el derecho de información de los trabajadores desplazados. El artículo 8° del RLTS prevé que, sea a través de los contratos o mediante comunicación escrita se debe informar a los trabajadores sobre la actividad empresarial a

³³ Según Toyama, estas precisiones no prescriben algo más allá de lo ya regulado en las normas generales pues ninguna relación puede afectar los derechos de los trabajadores y la tercerización importa la relación de sujeción del trabajador a la empresa contratista. Lo relevante, en todo caso, es la indicación del objeto específico de los servicios, así como los lugares de ejecución de los mismos. Cfr. Toyama Miyagusuku, J., “El Derecho Individual (...)”, *op. cit.*, pp. 202-203.

³⁴ *Ibidem*, p. 202.

ejecutar y a la unidad productiva o ámbito de la empresa principal en la que la misma será realizada.

Se establece también la obligación de la empresa tercerizadora de informar a los trabajadores de la tercerizadora y sus representantes así como a los sindicatos y a los trabajadores de la principal, antes del desplazamiento sobre la identidad de la empresa principal, las actividades que son objeto de contrato celebrado con la empresa principal y el lugar donde se ejecutarán las actividades mencionadas. En el caso de los trabajadores de la empresa principal, dicha obligación se cumple a través del empleador de los mismos.

4.5. Derechos Laborales de los Trabajadores de las Empresas Tercerizadoras

En lo referente a los derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras rigen dos reglas fundamentales: 1) Tienen los mismos derechos que los establecidos para cualquier trabajador, de acuerdo con la legislación laboral vigente, y; 2) Opera el principio de igualdad de derechos para trabajadores de las empresas contratistas en relación con los trabajadores de las empresas usuarias.

Así lo ha establecido el artículo 7° de la LTS que reconoce que:

- Los trabajadores bajo contrato de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización, respecto de su empleador.
- Los trabajadores que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal en una tercerización, cualquiera fuese la modalidad de contratación laboral utilizada, como todo trabajador contratado a tiempo indeterminado o bajo modalidad, tiene respecto de su empleador todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa vigente; en consecuencia.
- La tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad, incluyendo aquella realizada en la tercerización de servicios, no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical.
- Cuando corresponda, los trabajadores pueden interponer

denuncias ante la AAT o recurrir al Poder Judicial, para solicitar la protección de sus derechos colectivos, a impugnar las prácticas antisindicales, incluyendo aquellas descritas en el párrafo anterior, a la verificación de la naturaleza de los contratos de trabajo sujetos a modalidad de acuerdo con la legislación laboral vigente, a impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación, y obtener, si correspondiera, su reposición en el puesto de trabajo, su reconocimiento como trabajador de la empresa principal, así como las indemnizaciones, costos y costas que corresponda declara en un proceso judicial, sin perjuicio de la aplicación de multas.

Como se puede apreciar se busca cautelar, de todas las formas posibles, los derechos de los trabajadores de las empresas que prestan servicios de tercerización; quienes, además, como se explicará más adelante, podrán solicitar la declaración de desnaturalización de la tercerización, de ser el caso.

Por otro lado, el “derecho a la información” regulado y reconocido en el artículo 6° de la LTS resulta ser una garantía a favor de los trabajadores, pues se trata de la información sobre los aspectos más relevantes que inciden en el ejercicio de sus derechos laborales. Así, para el personal destacado de la contratista, la información es relevante a efectos de ejercer cualquier acción de pago de los beneficios sociales contra la principal (solidaria) y, para el personal de la principal, tiene como finalidad fiscalizar los casos de utilización de la tercerización con el objetivo de limitar el ejercicio de derechos sindicales³⁵.

En consecuencia, en la tercerización no se limita el ejercicio de los derechos individuales o colectivos de los trabajadores, sino que se reconoce legalmente que estos tienen los mismos derechos y beneficios que los trabajadores sujetos al régimen laboral general de la actividad privada.

4.6. Responsabilidad solidaria de la empresa principal

El artículo 9° de la LTS establece que la empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora “*es solidariamente responsable por el pago de los derechos y*

³⁵ Cfr. Toyama Miyagusuku, J., “El Derecho Individual del Trabajo (...)”, *op. cit.*, p. 203.

*beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral*³⁶.

Consecuentemente, la responsabilidad solidaria por las deudas laborales contraídas por las empresas tercerizadoras, permitirá a los trabajadores de estas últimas que puedan demandar indistintamente a su empleadora, a la empresa principal, o a ambas, simultáneamente. La responsabilidad solidaria se aplica en un supuesto de tercerización de dos empresas reales (principal y contratista) y, como se mencionó anteriormente, con ella se busca garantizar tanto derechos y obligaciones laborales como obligaciones de seguridad social³⁶. La razón o motivo de la carga de solidaridad “[...] se impone a la principal por recibir servicios permanentes en sus instalaciones de la contratista y no realizar estas actividades directamente [...]”³⁷.

Finalmente, es necesario mencionar que en los casos de solidaridad de la empresa principal en la tercerización, existen dos limitaciones relevantes introducidas por el Decreto Legislativo N° 1038. Por un lado, la responsabilidad solidaria comprende solamente los beneficios de origen legal, de tal manera que aquellos beneficios que tengan un origen distinto no deberían considerarse. Por otro lado, el plazo de prescripción de la responsabilidad solidaria solamente se extiende hasta el año de terminado el destaque de personal³⁸.

4.7. Desnaturalización de la tercerización de servicios

De acuerdo con el artículo 5° de la LTS, los contratos de tercerización que no cumplen con los requisitos señalados en los artículos 2° y 3° de la LTS y que impliquen una simple provisión de personal, originan la desnaturalización de la tercerización, entendiéndose, por tanto, que los trabajadores de la contratista mantienen una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal; además, se producirá la cancelación del registro de la empresa tercerizadora en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras que se encuentra a cargo de la AAT; sin perjuicio, además, de las multas a las que sean pasibles.

Dichas consecuencias legales son absolutamente legítimas pues una

³⁶ Cfr. Arce Ortíz, E., “Derecho Individual del Trabajo en el Perú (...)”, *op. cit.*, p. 146.

³⁷ Toyama Miyagusuku, J., “El Derecho Individual del Trabajo (...)”, *op. cit.*, p. 205.

³⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 206.

subcontratación fraudulenta se encuentra vedada cuando “no tiene otro fin que el aumento de las ganancias empresariales, a costa de la ilegítima disminución de los derechos de los trabajadores (y no mediante la búsqueda real de la eficiencia empresarial)”. Y es que, como ha precisado el TC, la actuación fraudulenta hace que desaparezca “la finalidad constitucional y legal que justifica la intervención en los derechos fundamentales de los trabajadores, que inevitablemente se produce con la utilización de la tercerización, sino porque la finalidad oculta tras el fraude en la subcontratación representa un supuesto de “instrumentalización” de la dignidad de los trabajadores, inadmisibles en el Estado Constitucional”³⁹.

Las causales o supuestos de hecho que producen la desnaturalización de la tercerización han sido desarrolladas en el artículo 5° del RLTS y son las siguientes: a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2° y 3° de la LTS y 4° del RLTS indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora; b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal; y, c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9° del RLTS, cuando se produce la cancelación del registro.

Los dos primeros supuestos no constituyen propiamente una desnaturalización. El primero por cuanto, se carece de los requisitos esenciales para que se la considere como tal. El segundo porque rompe con el esquema básico de la tercerización que exige que se mantenga relación laboral entre la empresa tercerizadora y los trabajadores desplazados a los centros de trabajo o de operaciones de la empresa principal y no con esta. En este último caso, “lo importante es determinar si la prestación se desarrolla en autonomía, debido a que se está desglosando una parte de la actividad productiva de la empresa; en su defecto, sería defender la mera provisión de personal”⁴⁰. Respecto del último supuesto no se hace más que reafirmar lo establecido en el artículo 9° del RLTS que establece como consecuencia lógica del incumplimiento formal, la inclusión de los trabajadores destacados en la planilla de la principal.

³⁹ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 02111-2010-PA/TC (24.01.2012), Caso sindicato Único de Trabajadores de la Electricidad y Actividades Conexas de Lima y Callao (SUTREL), fundamento jurídico 15.

⁴⁰ Gonzales Ramírez, L. y De Lama Laura, M., “Desnaturalización en las Relaciones Laborales situaciones de simulación y fraude en los contratos de trabajo, tercerización, intermediación, modalidades formativas y otros”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2010, p. 152.

5. La actuación judicial en el ámbito de la descentralización productiva

Las posibilidades de hacer un uso fraudulento de la intermediación laboral y de la tercerización han quedado evidenciadas en el apartado 1 del presente artículo.

En el ordenamiento peruano, la desnaturalización de la intermediación y la tercerización está referida a aquellos supuestos legalmente establecidos que, de configurarse en la realidad, generan la declaración judicial de que los trabajadores de las entidades intermediadoras y de las empresas tercerizadoras han tenido vinculación directa e inmediata con la empresa usuaria o empresa principal, según corresponda. Detrás de esta regulación legislativa se encuentra el deber estatal de dotar de protección a los trabajadores, protección que se verá materializada por la labor de los Tribunales de Justicia. A continuación mostraremos algunas decisiones judiciales (tanto del TC como de la CSJ) en las que se declara la desnaturalización.

5.1. En la intermediación laboral

Como ya se ha precisado anteriormente, la intermediación laboral comprende el destaque del personal a la empresa usuaria, con la finalidad de realizar servicios que no impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa.

El TC se ha pronunciado sobre la desnaturalización de la intermediación laboral por vulneración del artículo 3° de la LIL y, en aplicación del principio de primacía de la realidad, ordenó la inclusión en la planilla de la empresa usuaria de un trabajador que, mediante acta de inspección de la AAT, logró demostrar que venía desarrollando “*labores de ejecución permanente y sin cuya ejecución se afectaría o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa usuaria*”⁴¹.

Al referirse a los supuestos que habilitan a contratar vía intermediación de servicios complementarios, el TC concluyó que la trabajadora demandante tenía relación laboral con la empresa usuaria pues “*los servicios que ha venido prestando la demandante no obedecían a una necesidad complementaria de la entidad usuaria*” ya que existían suficientes elementos de prueba para concluir que las labores para las que había sido contratada la demandante, esto es, las

⁴¹ Cfr. STC recaída en el Exp. N° 06000-2009-PA/TC (21.092.2010), caso Vera Castro, fundamento jurídico 7.

de nutricionista, eran *“labores que constituyen actividad principal y permanente de la empresa requirente, y están comprendidas en el Manual de Organización y Funciones y en el Manual de Operaciones del Servicio de Nutrición del Hospital III, Yanahuara”*⁴².

En otro caso, el TC concluyó que no se había configurado un supuesto de fraude laboral que generase la desnaturalización del contrato de intermediación por cuanto se pudo verificar de las documentales aportadas al proceso que el demandante fue *“destacado a prestar sus servicios dentro de las instalaciones de la Sociedad demandada, sin haberse podido probar que el vínculo laboral lo mantuvo realmente con la Sociedad emplazada; por el contrario, conforme se advierte de las boletas de pago que obran de fojas 7 a 14 de autos, era Manpower Perú S.A. la que pagaba sus remuneraciones, consignándose además en éstas que era destacado a la Sociedad emplazada por ser su cliente”*⁴³.

Por su parte, la CSJ⁴⁴, en un caso en el que la empresa usuaria y la intermediado habían celebrado contratos de intermediación laboral por servicios temporales, complementarios y especializados en momentos diferentes e indistintamente, determinó que los supuestos contratados no estaban dentro del alcance de la LIL al no haberse probado que la labor era temporal, complementaria o especializada pues en las boletas de pago emitidas por la intermediadora se menciona que el trabajador realiza labores de analista en la usuaria *“y que resulta ser el mismo cargo que luego asumió bajo un contrato de trabajo a plazo indeterminado (boletas de fojas veinticuatro a veintiocho y certificado de fojas treinta)”*; además, continúa la CSJ, *“dicha labor se identifica con la actividad principal de la empresa usuaria (la demandada) y ello lo corrobora el hecho de que la demandada pretenda darle un matiz diferente a esa actividad atribuyéndole “labor vinculada” a la actividad principal y no labor de ejecución de la actividad principal”*, en ese sentido, la CSJ deja claramente establecido que *“las actividades vinculadas a su ejecución o colaboran para su cumplimiento forman parte de esa actividad principal y por lo tanto se encuentran dentro del ámbito de exclusión establecida en la norma legal denunciada”*.

En un caso en el que no se configuró la desnaturalización, la CSJ⁴⁵ verificando las boletas de pago concluyó que *“el actor prestó servicios como*

⁴² Cfr. STC recaída en el Exp. N° 06371-2008-PA/TC (19.02.2011), caso Marín Meza, fundamento jurídico 18.

⁴³ Cfr. STC recaída en el Exp. N° 03793-2010-PA/TC (3.01.2011), caso Gencio Cáceres), fundamento jurídico 4.

⁴⁴ Casación Laboral 12670-2016- Lima (13.01.2017), considerando décimo sexto; publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, Sentencias en Casación, Cuadernillo Número 725 de fecha 30.03.2017.

⁴⁵ Cfr. Casación Laboral N° 5504-2015-Arequipa (3.12.2016), considerando vigésimo tercero.

asistente de obras, procesador de datos y no como ingeniero geólogo, y si bien ocupó el cargo de Jefe de División de Obras e Hidrología, lo hizo bajo un contrato de suplencia donde el trabajador permanente a ser reemplazado tenía dicho cargo”; además, del análisis del cuadro de asignación de personal de la usuaria, verificó que los cargos desempeñados por el demandante “no se encuentran dentro de la unidad denominada División de Obras e Hidrología dependencia estructural que cita el actor como sustento de la desnaturalización de sus contratos con la co-demandada”.

5.2. En la tercerización de servicios

El TC⁴⁶, refiriéndose a las consecuencias de la desnaturalización de la tercerización, afirma que encuentran sustento en el propósito subalterno de “*disminuir o anular los derechos laborales de los trabajadores*” pues cuando una empresa principal subcontrata a la tercerizadora, “*pero sigue manteniendo aquella el poder de dirección sobre los trabajadores, y la función o actividad tercerizada se sigue realizando en los ambientes de la empresa principal y con los bienes y recursos de esta, y a su cuenta y riesgo, resulta evidente que dicha subcontratación resulta incompatible con nuestra Constitución*”.

Mediante Casación Laboral 014997-2014-La Libertad, la CSJ descartó la existencia de tercerización “*pues ha quedado establecido que para la materialización de las labores contratadas, el único aporte de las empresas locadoras ha sido la de proporcionar el personal y que además las actividades laborales objeto del contrato se realizaron en las instalaciones de la empresa recurrente*”⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. STC recaída en el expediente N° 02111-2010-PA/TC (24.01.2012), caso Sindicato Único de Trabajadores de la Electricidad y Actividades conexas de Lima y Callao (SUTREL), fundamento jurídico 14.

⁴⁷ Cfr. Casación Laboral N° 14997-2014- La Libertad, considerando noveno; publicada en el diario oficial El Peruano el 1 de agosto de 2016. Se precisa en la citada Resolución que “*las codemandadas Tejidos de Polipropileno SAC y Plásticos Extruidos SAC no han aportado los medios técnicos y materiales para su concreción, siendo que los contratos de maquila, anexos, resoluciones y renovaciones se estableció que la materia prima era proporcionada por la entidad recurrente en su calidad de comitente y que según los contratos suscritos por ésta en su oportunidad con su codemandadas Tejidos de Polipropileno SAC y Plásticos Extruidos SAC ha sido solo de la provisión de personal, tal como es de verse de la cláusula cuarta del contrato (.), verificándose también que ha asumido la integridad de la parte del proceso productivo de maquila por su cuenta y riesgo*”. Cfr. Considerando octavo, Casación Laboral N° 014997-2014-La Libertad (3.05.2016), publicada en el diario oficial El Peruano el 1 de agosto de 2016. En el mismo sentido en la Casación Laboral N° 5659-2016-Lima en el que se descartó la existencia de tercerización por cuanto “*el único aporte de las empresas locadoras ha sido la de proporcionar el personal y que además las actividades laborales objeto del contrato se realizaron en el lugar donde se lleva a cabo la actividad principal de la empresa*”. Cfr. Casación Laboral N° 5659-2016-Lima (31.10.2017), considerando noveno.

En otro caso, se declaró infundada la casación y se ratificó la sentencia de segunda instancia que declaró fundada la demanda de desnaturalización de la tercerización pues quedó demostrado que para la materialización de las labores contratadas, *“el único aporte de la empresa locadora ha sido la de proporcionar el personal quienes fueron dirigidos en el desarrollo de sus labores por la entidad usuaria, por lo que debe reconocerse la relación laboral de los accionantes con la demandada”*⁴⁸.

En los contratos de Tercerización, o mejor dicho en su ejecución, es importante prestar atención a las actividades que realizan los trabajadores destacados en la empresa principal y qué representan estas actividades para la empresa. Esto debido a que, según la CSJ, se desnaturaliza la tercerización si se demuestra que la trabajadora se encontraba bajo subordinación directa de la principal, *“como si fuera trabajadora directa de aquella”* y no de la tercerizadora⁴⁹.

Bajo el mismo razonamiento, la CSJ⁵⁰ declaró desnaturalizada la tercerización por incumplimiento de los requisitos esenciales por cuanto los servicios de maquila contratados *“estuvieron sujetos a las normas de producción de la principal (horarios, métodos, técnicas, Reglamento interno, instrucciones de uso de la maquinaria, asumiendo ésta íntegramente los gastos, así como la entrega de materiales y materia prima”*, además, el trabajador demandante estuvo sometido al reglamento interno e instrucciones de uso de las maquinarias de la principal, *“lo cual demuestra que no estuvo bajo exclusiva subordinación de las locadoras”*; de la misma forma, las locadoras no operaron con equipamiento propio pues los servicios fueron prestados *“con maquinaria, herramientas, materia prima, materiales auxiliares, de propiedad exclusiva”* de la principal *“otorgadas al locador solo en uso, en el local de producción de esta, que también tuvo a su cargo proporcionarle los repuestos y mantenimiento y*

⁴⁸ Casación Laboral N° 8983-2015-Del Santa (19.01.2017), emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la CSJ, considerando décimo segundo; publicada en el diario oficial El Peruano el 04 de abril de 2017. Según se menciona en la casación, la tercerizadora había operado con ausencia de autonomía empresarial, pues era la principal la que proporcionaba los recursos técnicos, materiales y demás para el desarrollo de las labores; asimismo, las labores que desempeñaban los trabajadores desplazados por la tercerizadora eran supervisados por la principal evidenciándose subordinación; la principal había emitido constancias de reconocimiento y felicitación a los trabajadores destacados por su valiosa colaboración con la principal. Cfr. Casación Laboral 8983-2015- Del Santa (19.01.2017), considerandos segundo y tercero.

⁴⁹ Casación Laboral N° 8333-2015-Junín (9.03.2017), emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia el 9 de marzo de 2017, publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de mayo de 2017, considerando décimo quinto.

⁵⁰ Cfr. Casación Laboral N° 12738-2014-La Libertad (13.04.2015), considerando décimo segundo.

asumió íntegramente los gastos que el locador efectuara por la prestación pactada”.

6. Bibliografía

- Alegre Escorza, M., Correa Salas, F. y otros, “La problemática de la intermediación laboral en el Perú”, *Ius et veritas*, 2001, n. 23, pp. 361-383.
- Álvarez, E., “Tercerización, descentralización productiva y Derecho del trabajo”, *Revista Derecho del Trabajo*, 2012, n. 1, mayo, pp. 3-18.
- Arce Ortíz, E., *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Segunda Edición, Palestra, Lima, 2013.
- Gonzales Ramírez, L. y De Lama Laura, M., “Desnaturalización en las Relaciones Laborales, situaciones de simulación y fraude en los contratos de trabajo, tercerización, intermediación, modalidades formativas y otros”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2010.
- Mejía Madrid, R., “El alcance de la regulación laboral de la descentralización productiva”, *Themis*, 2014, n. 65, pp. 97-106.
- Toyama Miyagusuku, J., “El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2015.
- Valdés dal Ré, F., “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo”, en Pedrajas Moreno, A. (dir.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinaria*, Lex Nova, Madrid, 2002.
- Vidal Bermúdez, A., Cuadros Luque, F. y Sánchez Reyes, C., *Flexibilización Laboral en el Perú y reformas de la protección social asociadas: Un balance tras 20 años*, CEPAL, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2012.
- Villavicencio Ríos, A., “La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico”, *Ius et veritas*, 2004, n. 29, pp. 143-156.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo