

## **Desnaturalización de la Intermediación Laboral ¿Resulta determinante la Ejecución de Actividades Principales de la Empresa Usuaria?**

---

*Cristina Nélica Torres Tafur<sup>1</sup>*

### **RESUMEN**

La intermediación laboral, como mecanismo de descentralización productiva, permite a la empresa usuaria contratar a una empresa intermediadora para que le provisione de personal en forma temporal y le ceda sus poderes de dirección. La Ley N° 27626 admite la validez de la intermediación laboral en forma temporal por necesidades ocasionales y de suplencia. Sin embargo, regula como intermediación la prestación de servicios complementarios que implican el destaque permanente de trabajadores bajo subordinación de la empresa intermediadora. El presente análisis pone en evidencia esta paradójica regulación jurídica así como sus consecuencias en las relaciones individuales de trabajo.

### **PALABRAS CLAVE**

Subordinación, intermediación laboral, tercerización de servicios.

### **SUMARIO**

Introducción, Análisis de la cuestión, conclusiones

---

<sup>1</sup> Abogada por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Especialista en Derecho Laboral. Profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

## INTRODUCCIÓN

En la STC recaída en el Exp. N° 06371-2008-PA-TC, se analiza la supuesta intermediación laboral de servicios complementarios llevada a cabo entre el Seguro Social de Salud (ESSALUD) –empresa usuaria- y Corporación Efectiva de Servicios COEFSE S.R.L. –empresa de servicios-, a través de la que esta última le provisionó personal a la primera para ejecutar sus actividades principales.

Conforme a los antecedentes expuestos en la sentencia materia de análisis, la trabajadora accionante fue destacada por COEFSE y otras empresas de intermediación a ESSALUD para desarrollar actividades de nutricionista clínica bajo subordinación de esta última desde el año 2004.

El TC y las instancias inferiores consideran que la ejecución de las actividades principales de la empresa usuaria constituye un factor determinante para declarar la desnaturalización de la intermediación laboral.

Sin embargo, si la intermediación laboral es la provisión de trabajadores de una la empleadora formal (empresas de servicios o cooperativas de trabajadores), a un tercero (empresa usuaria) para que estos presten servicios bajo dirección de esta última<sup>2</sup>, entonces nos preguntamos si resulta válido el criterio fijado por el TC y las instancias inferiores para declarar la desnaturalización de la intermediación laboral.

Aunque estamos de acuerdo con el TC en cuanto declara la desnaturalización de la intermediación laboral, son los argumentos utilizados por el máximo intérprete de la Constitución y de los jueces inferiores, los que nos resultan preocupantes en la medida que no materializan una clara y precisa determinación de esta dinámica de descentralización productiva. Por ello, a continuación emprendemos un análisis de la naturaleza de la

---

<sup>2</sup> Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. Lima: Gaceta Jurídica. 2005, . 279. El Convenio N° 181 de la OIT, en su Art. 1°, inc b), concibe a las agencias de empleo privadas – antecedente directo de la intermediación laboral- como aquellos servicios consistentes en 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.

intermediación laboral y sus características a fin de establecer cuáles serían los criterios determinantes que nos permiten verificar su desnaturalización.

Así, el Noveno Juzgado Civil de Arequipa como la Sala Revisora y el TC consideran que el destaque de trabajadores para desarrollar actividades principales de la empresa usuaria constituye el factor determinante de la desnaturalización de la intermediación laboral.

El criterio señalado por nuestros magistrados no resulta determinante para verificar la desnaturalización de este mecanismo de descentralización productiva que, precisamente, tiene por finalidad atender actividades permanentes de la empresa principal, sean principales o complementarias, pero cuya ejecución, por el trabajador destacado, se realizará en forma temporal. Por ello, cualquier ejecución permanente de actividades asumidas por la empresa usuaria conllevar

## I. NATURALEZA Y ADMISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

La intermediación laboral constituye un mecanismo de descentralización productiva<sup>3</sup> a través del que una empresa –denominada usuaria- acude a una empresa intermediadora para que ésta le brinde unos determinadas servicios de gestión de personal, que son precisamente los que descentraliza: se externalizan funciones relativas a la selección y contratación de mano de obra<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Esta estrategia empresarial se define como “aquella forma de organización del proceso de elaboración de bienes o prestación de servicios para el mercado final de consumo, por el que una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas actividades precisas para alcanzar el bien final, y opta en su lugar, por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo”. CRUZ VILLALON, Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*, Lima, Grijley, 2009, p.19. la descentralización productiva permite inyectar flexibilidad a la organización de la empresa a través de dos mecanismos: la tercerización de servicios –respecto a la organización externa de la empresa- y la intermediación laboral –respecto a la organización interna-, que permite vincular al trabajador con la empresa exclusivamente durante el tiempo necesario.

<sup>4</sup> CRUZ VILLALON, Jesús. Op. Cit., p. 27.

De esta manera, la intermediación laboral aparece como una eficiente herramienta de gestión empresarial que permite la mayor rapidez en la contratación y, el menor costo que resulta, se traduce en los siguientes beneficios: a nivel empresarial, permite la contratación rápida de una persona para llenar una vacante temporal y así reducir las pérdidas de producción, aumentar la productividad y disminuir las horas de trabajo dedicadas a la administración y selección de personal; para el trabajador, la rápida obtención de un empleo representa un mayor nivel de ingresos y un menor costo familiar y social por concepto de desempleo y subempleo<sup>5</sup>.

En este sentido, la intermediación laboral tiene por finalidad que la empresa se concentre en actividades definitivas pues, ante la necesidad temporal de mano de obra para cubrir actividades principales o complementarias, al interior de la organización empresarial, establece redes de colaboración con otras empresas para que éstas le provisionen el personal adecuado para tales efectos, pero bajo su subordinación<sup>6</sup>.

He aquí la naturaleza de este mecanismo de descentralización productiva: La provisión temporal de trabajadores, de una empresa que los recluta –intermediadora-, a la empresa que necesita temporalmente de su labor, empresa usuaria<sup>7</sup> y que será quien ejerza subordinación sobre los trabajadores destacados. Temporalidad y subordinación constituyen la dualidad estructural que dota de calidad intermediadora al mero suministro de mano de obra.

<sup>5</sup> Cfr. MAZZA, Jacqueline, *Servicios de Intermediación laboral. Consideraciones y Lecciones para América Latina y el Caribe resultan de la experiencia internacional*. Banco Interamericano de Desarrollo (BID), [ubicado el 25.IV.2008], obtenido en <http://www.iadb.org/sds/doc/SOC-ServIntermediacionLaboral-s.pdf>

<sup>6</sup> Las empresas de trabajo temporario contienen, en sus registros, una oferta potencial de fuerza de trabajo con la que responden las demandas de empresas, y les proveen fuerza de trabajo. Establecen con ellos una relación salarial directa y de duración determinada, a pesar de que esos trabajadores van a trabajar bajo la dirección y supervisión de un empresario distinto. Cfr. KORINFELD, Silvia; MONTAUTI, Elsa; ZELASCHI, Constanza. *La intermediación laboral y su rol en el mercado de trabajo*, Argentina, Asociación de especialistas en estudios del trabajo, 2001, [ubicado el 26.III.2008], obtenido en <http://www.aset.org.ar/congresos/5/aset/PDF/KORINFELDYOTROS.PDF>. Carece de utilidad práctica que sea la propia empresa la que organice un proceso de selección encaminado a la inclusión de trabajadores que, en todo caso, estarán vinculados a ella durante el tiempo necesario para atender labores transitorias y que pueden ser proporcionados por empresas que se encarguen de buscarlos con anterioridad y los mantengan en reserva mientras surge la necesidad eventual.

<sup>7</sup> Cfr. OJEDA AVILÉS, Antonio y GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *Los contratos de trabajo temporales*, España, lustel, 2006, p, 102.

Por un lado, debido a las exigencias de flexibilización de la estructura empresarial –que obliga a la empresa a delegar actividades transitorias- la intermediación laboral responde a necesidades temporales, *ergo*, tiene naturaleza temporal. Si una empresa necesita cubrir el puesto dejado por personal permanente debido a licencia, por ejemplo, parece lógico que acuda a una empresa de intermediación laboral que posee un amplio fichero para servirle de inmediato<sup>8</sup>. La temporalidad determina la calidad intermediadora del préstamo de mano de obra para cubrir necesidades eventuales de una empresa usuaria.

Por otro, como consecuencia de esta provisión temporal de trabajadores a la empresa usuaria, ésta última ejerce subordinación sobre el trabajador cedido, se produce un desdoblamiento del empleador, circunstancia esencial en el fenómeno de la intermediación laboral<sup>9</sup>. Las facultades del empleador son repartidas entre la empresa usuaria y la empresa intermediadora, formándose una relación triangular en la que el poder de dirección necesariamente es ejercido por la usuaria.

La intermediación laboral, como mecanismo de descentralización productiva, constituye una decisión estratégica de la empresa usuaria amparada por el Art. 59° de la Constitución que regula la libertad de empresa.

El Tribunal Constitucional ha expresado que el derecho a la libertad de empresa se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios<sup>10</sup>. El contenido de este derecho está integrado por cuatro libertades derivadas: libertad de creación de empresa, libertad de competencia, libertad de cierre de actividades y libertad de organización<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Por eso, al otorgarle una denominación a las empresas dedicadas a las actividades de intermediación, se ha cuidado de resaltar este carácter temporal, así tenemos: empresas de servicios temporales en el Perú – Ley 27626; empresas de servicios transitorios en Chile- Código del Trabajo modificado por la Ley 20.123; empresas de trabajo temporal en España – Ley 14/1994.

<sup>9</sup> Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La Intermediación Laboral Peruana. Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico”, *Ius et veritas*, N° 29, Año XIV, p, 149.

<sup>10</sup> SPTC Exp. N° 003-2006-PI/TC (FJ 62), 19/09/2006. En el mismo sentido, se ha pronunciado en el Exp. N° 7339-2006-PA-TC (FJ 53).

<sup>11</sup> Cfr. Exp. N° 3330-2004-AA/TC (FJ 13), 11/07/2005.

Precisamente, a través de la libertad de organización se reconoce al empresario la facultad de determinar sus objetivos empresariales y en función de ellos, decidir la manera de combinar los elementos materiales e inmateriales de la empresa. El Estado reconoce al empresario el derecho de ordenar, con libertad, el proceso productivo para maximizar beneficios y reducir costos<sup>12</sup>.

En este sentido, el derecho de organización conlleva libertad de gestión al interior de la propia empresa. La libre gestión exige libre conducción de todos los elementos que componen la empresa, tanto de los bienes con que cuenta ésta como del personal que la integra, de suerte que el Estado no puede imponer métodos de gestión o comportamientos destinados a obtener resultados<sup>13</sup>.

Como consecuencia de este derecho constitucional, las actividades de intermediación laboral se ubican dentro de los parámetros razonables que establece el empleador en el ejercicio de sus facultades de organización empresarial. Los empresarios pueden decidir, en la medida que sus necesidades son temporales, encargar a otros trabajadores –no contratados en forma directa- la prestación de determinadas actividades<sup>14</sup>. Lo importante es que el ordenamiento jurídico dote a esta actividad, de ciertas garantías para no ver desnaturalizada su utilización<sup>15</sup>.

Incluso, a nivel de jurisprudencia extranjera se ha reconocido que el ordenamiento jurídico no tiene ninguna prohibición general que impida desarrollar una actividad productiva con personal contratado por otras empresas de modo que la actividad intermediadora resulta lícita “con independencia de las cautelas legales, e interpretativas

---

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Cfr. MOLINER TAMBORERO, Gonzalo. “Cesión ilegal, subcontratación y ETT’s”, en MOLINER TAMBORERO GONZALO; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y ALFONSO MELLADO, Carlos. *Imputación de responsabilidad en las relaciones laborales*, Navarra, Editorial Bomarzo, 2008, p. 11.

<sup>15</sup> La actividad intermediadora cuando se desarrolla de forma debidamente controlada, lejos de perjudicar a los trabajadores por ellas contratados, pueden canalizar un volumen muy importante de empleo cuya especialización e inmediatez en la respuesta, sobre todo en el sector servicios, no puede ofrecerse a través de los mecanismos tradicionales de contratación laboral.

necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores”<sup>16</sup>. Entonces, la intermediación laboral deberá ser abordada como una posibilidad organizativa más, absolutamente legítima para el empresario en la búsqueda de optimización productiva<sup>17</sup>.

En este sentido, la intermediación laboral se articula entre los diversos sistemas de gestión empresarial de los que dispone el empresario a la hora de organizar su empresa de manera eficiente. No existe norma alguna que exija a las empresas llevar a cabo el objeto de su actividad empresarial con su propio personal y con sus propios medios materiales. Al Estado le corresponde intervenir únicamente, para fijar garantías que eviten el fraude en perjuicio de los trabajadores.

Entonces, resulta obvio que la intermediación laboral constituye un mecanismo empresarial lícito, por lo que bajo este esquema no cabe forzar a nadie a la contratación de trabajadores propios<sup>18</sup>. A la vez, debemos tener presente que el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa del empleador, en su vertiente de libertad de organización, no lo habilita a ejercer este derecho en forma arbitraria o antojadiza aprovechándose del trabajador pues, por mandato expreso del artículo 23° de nuestra Constitución Política: “(...) *Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador*”.

El derecho de libertad de organización que corresponde al empleador está condicionado por *límites explícitos* –respeto a normas de orden público- y *límites implícitos* –impedimento de pactar en contra de otros derechos fundamentales como el derecho al trabajo<sup>19</sup>. Asumir que “un acuerdo de voluntades -contrato que celebran la empresa usuaria y la empresa de servicios para el destaque de personal- puede operar sin ningún referente

<sup>16</sup> STS 27 de Octubre de 1994 citada por MOLINER TAMBORERO, Gonzalo. Op. Cit., p. 12.

<sup>17</sup> Cfr. GALLEGOS CALVO, Francisco Javier. *La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador*, Navarra, Aranzadi Editorial, 1998, p. 116.

<sup>18</sup> Cfr. ARCE ORTIZ, Elmer. “El Outsourcing y sus efectos sobre la relación de trabajo”, en *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, p. 430.

<sup>19</sup> Art. 22° Constitución Política: “El trabajo es un deber y un derecho” es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de tales derechos”<sup>20</sup>.

De esta manera, resultará abusivo e ilegal -por asimétrico e injusto- que el empleador, amparándose en su derecho a la libertad de empresa, simule una intermediación laboral con la única finalidad de ocultar relaciones laborales directas desconociendo así la igual dignidad de quien le brinda servicios bajo subordinación y, en consecuencia, los derechos laborales que le corresponden.

Ante la imposibilidad obvia de restringir el ejercicio de la libertad de empresa en su manifestación de intermediación laboral, el objetivo del Derecho Laboral y de los tribunales de justicia “no es impedir esta tendencia sino solo su empleo en clave puramente defraudatoria de las directrices proteccionistas del Derecho del Trabajo o degradatoria de las condiciones de prestación del trabajo”<sup>21</sup>.

## II. CARACTERÍSTICAS Y REGULACIÓN JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD INTERMEDIADORA

### 1. Características de la intermediación laboral

Como consecuencia, la intermediación laboral presenta las siguientes características que la singularizan de otros mecanismos de descentralización productiva<sup>22</sup>:

<sup>20</sup> Exp. N° 1004-2004-TACNA MOQUEGUA, *El Peruano*, 05/1/2007, FJ 02.

<sup>21</sup> SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. La descentralización productiva: ¿Una estrategia para la puesta en paréntesis de los Principios Tutelares del Derecho del Trabajo?, en *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Roríguez*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p. 409.

<sup>22</sup> Precisamente, el destaque temporal y subordinado generan una relación triangular que diferencia a la intermediación laboral de otros mecanismos como la tercerización de servicios, ambas manifestaciones de la descentralización productiva. Al respecto, en otras investigaciones hemos puesto de relieve un análisis riguroso de las diferencias con la tercerización laboral y la confusa regulación existente: TORRES TAFUR, Cristina Nélida. “Tercerización de actividades principales. ¿Ejercicio válido de la libertad de empresa o abuso patronal?”, en *Revista Jurídica del Perú*, Octubre, 2010. TORRES TAFUR, Cristina Nélida. “La intermediación laboral: Temporalidad, subordinación y paradójica regulación”, en *Actualidad Jurídica*, N° 201, Agosto, 2010, p. 249-256.

a) **Dos empleadores: uno formal, otro real**

Como ha quedado expuesto, en las relaciones de intermediación laboral debido a la temporalidad que caracteriza el destaque de los trabajadores, existen dos empleadores: **uno formal**, el empleador de la empresa de servicios, y **otro real**, el empleador de la empresa usuaria sin que exista una relación formal entre este último y el trabajador y, aun así, el trabajador destacado o cedido realiza sus actividades en beneficio de aquél y bajo su dirección y control.

El empleador formal, la empresa de servicios, ejerce sólo poder disciplinario frente al trabajador destacado, y cede sus facultades de dirección y control a la empresa usuaria, pese a que entre este último y el trabajador no se ha constituido relación formal alguna<sup>23</sup>. Por eso, característica indispensable de la intermediación como figura autónoma, es la existencia de subordinación del trabajador destacado frente a la empresa usuaria<sup>24</sup>.

b) **La triple relación jurídica que surge de la intermediación laboral**

En las actividades de intermediación, en principio, puede verificarse la existencia de dos relaciones formales: entre la empresa usuaria y la empresa de servicios, y entre esta última y el trabajador destacado<sup>25</sup>. Sin embargo, en la práctica, estas dos relaciones, implican la necesaria existencia de vínculo jurídico real entre la empresa usuaria y el trabajador destacado, quien se mantiene bajo su poder de dirección.

Esta dinámica ha sido reconocida por la Sala Laboral de Lima en el Expediente N° 030 – 2003- AP, al señalar que “(...) mediante la intermediación laboral una empresa denominada usuaria contrata a otra de servicios para que le suministre o proporcione personal, el cual, si bien prestará sus servicios a favor de la compañía usuaria, no sostendrá

<sup>23</sup> Cfr. Art. 11.1 de la Ley 27626 y del Art. 1° de su Reglamento. No ocurre lo mismo en las otras clases de intermediación que la Ley regula. En éstas los poderes de dirección de la empresa usuaria no son cedidos en absoluto por cuanto en las empresas de servicios complementarios o especializados son ellas las que ejercen el poder de dirección sobre sus trabajadores (Art. 11.2 y 11.3 de la Ley).

<sup>24</sup> MESINAS MONTERO, Federico y JUAPE PINTO, Miguel A. “Tercerización e Intermediación Laboral. Una distinción sutil en razón de una distorsión normativa”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 11, Tomo 82, Julio 2005, p, 258.

<sup>25</sup> Art. 11° y 12° del Reglamento.

vínculo laboral con ésta última y se mantendrá **bajo la dirección y control de la empresa usuaria**<sup>26</sup>.

Las relaciones involucradas en la intermediación son triangulares o trilaterales en la medida en que, de una u otra forma en la práctica, existe un contacto directo entre todos los intervinientes. Si bien, desde una perspectiva formal, hay dos contratos independientes o separados, no puede negarse el hecho de existir una inocultable vinculación entre la empresa usuaria y los trabajadores destacados que nace a consecuencia del cumplimiento, normalmente, de las labores en las instalaciones de la empresa usuaria, bajo control y supervisión de ésta. Por tanto, en el plano jurídico, existe una relación bilateral y se admite que en la práctica existe una relación trilateral<sup>27</sup> a la que la regulación aún no ha volteado los ojos para proteger coherentemente.

Esta triangulación rompe con la clásica relación jurídica protegida por el Derecho Laboral: se fragmenta la relación jurídica directa entre quien presta y quien recibe un servicio subordinado y dependiente, a partir de la presencia de un tercer actor que se configura como empleador desde el punto de vista formal de unos trabajadores que son destacados a otra empresa para prestar servicios bajo las órdenes de esta última<sup>28</sup>.

La intermediación laboral supone una variación de la clásica relación del contrato de trabajo al compartirse el elemento central de esta relación: la subordinación, entre la empresa de intermediación como empleador formal y la empresa usuaria como empleador real<sup>29</sup>. Obsérvese que la subordinación o destaque temporal del personal cedido dota de licitud a la actividad intermediadora.

<sup>26</sup> El resaltado no es del original. En idéntico sentido se ha expresado en el Exp. N° 2435-2002 CC. POP. del 03 de Mayo del 2004.

<sup>27</sup> Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Op. cit., p. 3.

<sup>28</sup> Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "La Flexibilidad y Los Mecanismos de Subcontratación Laboral: El Caso de la Intermediación", en *Estudios Sobre La Flexibilidad en el Perú*. Documentos de Trabajo 124. OIT. Oficina de Área y Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos., p. 87.

<sup>29</sup> Cfr. MESINAS MONTERO, Federico y JUAPE PINTO, Miguel A. "Tercerización e Intermediación Laboral. Una distinción sutil en razón de una distorsión normativa", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 11, Tomo 82, Julio 2005, p. 258.

## 2. Supuestos legales de intermediación laboral

En nuestro ordenamiento jurídico, la intermediación laboral está regulada por Ley 27626 (en adelante la Ley) y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR (en adelante el Reglamento). El Art. 1° del Reglamento, ofrece dos definiciones de intermediación, la primera respecto a la intermediación de servicios temporales y la segunda, respecto a la intermediación de servicios complementarios y especializados<sup>30</sup>, aunque, como veremos, solamente la primera corresponde a la naturaleza de la actividad intermediadora.

### a) Actividades temporales

Como hemos expuesto, la temporalidad constituye el elemento estructural de las actividades de intermediación, y alrededor de él se reconoce la calidad intermediadora del convenio efectuado entre empresa usuaria y de servicios. En consecuencia, la regulación laboral no podía dejar de contemplar estas actividades como propias de la intermediación, supuesto que necesariamente debe regularse en cualquier legislación que trate esta actividad<sup>31</sup>.

Obsérvese que la temporalidad del destaque obedece a la necesidad transitoria de provisión de personal de la empresa usuaria para atender actividades principales o complementarias asumidas directamente por ella pues, si esta necesitara al personal en forma permanente, en aplicación del Art. 4° del D.S N° 003-97-TR – Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), la contratación del personal sería directa a través de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

---

<sup>30</sup> Art. 1° del Reglamento.- De las definiciones.- “Intermediación de servicios temporales.- Consiste en emplear uno o más trabajadores con el fin de destacarlo temporalmente a una tercera persona, natural o jurídica, denominada empresa usuaria, que dirige y supervisa sus tareas.

Intermediación de servicios complementarios o altamente especializados.- Consiste en prestar servicios complementarios o especializados por una persona jurídica, que destaca a su personal a una empresa usuaria, para desarrollar labores complementarias o altamente especializadas, en las que esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado”.

<sup>31</sup> La legislación laboral española, a través del Art. 1° de la Ley 14/1994 entiende por Empresas de Trabajo Temporal “aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.

Precisamente, atendiendo a que la actividad a desarrollar puede ser principal o complementaria pero en forma temporal, el Art. 11.1 de la Ley, ha previsto que la intermediación de actividades temporales pueda prestarse sólo a través de contratos de naturaleza ocasional y de suplencia. El primero, de acuerdo al Art. 60° LPCL, permite cubrir actividades secundarias, y el segundo, de acuerdo al Art. 61°, permite cubrir actividades de personal permanente de la empresa usuaria.

En ambos supuestos se mantiene la temporalidad de la actividad ya que los contratos ocasionales responden a necesidades transitorias distintas de la actividad habitual del centro de trabajo, lo relevante es lo no habitual, es decir, debe existir una causa accidental que no permite contratar trabajadores de refuerzo para las actividades principales sino personal adicional para efectuar labores distintas.

En cambio, los contratos de suplencia responden a la necesidad de cubrir un puesto permanente que ha quedado, transitoriamente vacante, por diversas causas como son el remplazo de un trabajador titular mientras dura la ausencia de este, que puede deberse a casos de maternidad, descanso vacacional, licencia, etc.<sup>32</sup>

Como puede verse, en ambos casos, el destaque de los trabajadores será temporal aunque las actividades a desarrollar podrán tener carácter principal o complementario pues el empleador ha asumido la ejecución directa de estas actividades por ello necesita la provisión de personal bajo su subordinación. Es decir, la temporalidad del destaque de trabajadores está determinado por la necesidad transitoria de la empresa usuaria y no por el tipo de actividad - principal o complementaria- que resulta cubierta a través de esta dinámica.

Al respecto, el Decreto Supremo N° 008-2007<sup>33</sup> ha definido que son actividades principales aquellas sin cuya ejecución se afectaría el funcionamiento de la empresa, es

---

<sup>32</sup> Los contratos temporales de naturaleza ocasional y de suplencia están regulados por los artículos 60 y 61 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR.

<sup>33</sup> El 27 de Abril del 2007, se publicó el D. S. N° 008-2007 que modifica el Art. 1° del D. S. N° 03-2002-TR, Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral. Respecto a las actividades principales, la norma

decir, son consustanciales al giro del negocio<sup>34</sup>. Mientras que las actividades complementarias son aquellas cuya falta de ejecución no afecta la actividad empresarial, como actividades de vigilancia, reparaciones, mensajería externa y limpieza. En función a la ejecución directa por la empresa usuaria, estas actividades pueden tener carácter temporal o permanente.

Pensemos por ejemplo en una empresa usuaria que ha asumido la ejecución directa de algunas actividades complementarias a su *core bussines* como la mensajería, resulta razonable que solicite la provisión de personal bajo su subordinación cuando medien supuestos de suspensión del contrato de trabajo con los mensajeros contratados directamente por ella.

Idéntica línea regulatoria ha seguido la legislación laboral chilena, disponiendo que las empresas de servicios transitorios ponen a disposición de empresas usuarias, trabajadores para cumplir tareas de carácter transitorio u ocasional. Nótese que la regulación chilena sólo admite el suministro de mano de obra cuando median supuestos transitorios<sup>35</sup>. No obstante, esta legislación muestra un gran adelanto en comparación con la nuestra, al detallar, expresamente, los supuestos ocasionales que justifican un contrato de puesta a disposición<sup>36</sup>.

---

modificatoria establece que “Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquélla que es 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”. De esta manera, aunque no estamos de acuerdo con la inclusión de las actividades complementarias en el campo de la intermediación, debemos reconocer que la actual modificación dota de un contenido detallado a las definiciones que la norma reglamentaria establece respecto de la actividad principal, con el objeto de garantizar un adecuado uso de los mecanismos de intermediación laboral.

<sup>34</sup> En doctrina se diferencia entre actividad inherente y actividad indispensable. La primera está relacionada directamente, con el ciclo productivo o definitorio del objeto social de la empresa. la segunda comprende todo lo necesario para el cumplimiento del objeto social de la empresa. por tanto, en el concepto de propia actividad quedaría incluidas actividades inherentes como actividades que, sin ser propias del ciclo productivo, son necesarias para el cumplimiento del mismo. Cfr. DEL REY GUANTER, Salvador. “Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo...”, en *Descentralización Productiva y Relaciones Laborales*. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 38 citado por CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. Op. cit., p, 242.

<sup>35</sup> Art. 183-F inc. a del Código de Trabajo de Chile.

<sup>36</sup> Así tenemos: la suspensión del contrato de trabajo por licencias médicas, descansos de maternidad o feriados, eventos extraordinarios como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones,

En suma, en la intermediación laboral de actividades temporales se materializa la esencia de este mecanismo de gestión empresarial: cesión de poder de dirección de la empresa de servicios a la empresa usuaria por el destaque temporal de trabajadores.

**b) Actividades complementarias**

Nuestra legislación ha extendido el campo de la intermediación laboral hacia las actividades complementarias que, de acuerdo al Art. 11.2 de la Ley, consisten en actividades accesorias o no vinculadas al giro de negocio de la empresa usuaria. Véase que en este caso no media supuesto de temporalidad ni de cesión del poder de dirección.

Respecto al ejercicio del poder directivo en estas actividades, si bien el Art. 11.2 no indica directamente cómo se desarrolla, sí lo hace el Art. 3° del Reglamento al señalar que “las empresas de servicios complementarios deben asumir autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades”. Por ello, el Art. 1° del Reglamento reconoce que la empresa usuaria, en este caso, “no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado”, es decir, no ejerce poder de dirección. En consecuencia, el Art. 6° de la Ley ha precisado que los porcentajes limitativos<sup>37</sup> de contratación de trabajadores vía intermediación laboral no se aplicarán cuando las empresas de servicios o cooperativas de trabajadores asuman plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades.

De los dispositivos señalados, podemos extraer dos consecuencias:

*i)* La autonomía que se predica nos permite advertir que la empresa de servicios complementarios es la que, en definitiva, ostenta el poder de dirección sobre los trabajadores y no la empresa usuaria, es decir, no hay cesión del poder de dirección de la

---

periodo de inicio de actividades en empresas nuevas, aumentos ocasionales o extraordinarios de actividad en un establecimiento de la usuaria, trabajo urgentes que requieran una ejecución inmediata como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria. Cfr. Art. 18.ñ del Código de Trabajo chileno.

<sup>37</sup> De acuerdo al primer párrafo del Art. 6° de la Ley 27626, “El número de trabajadores de empresas de servicios o cooperativas que pueden prestar servicios en las empresas usuarias, bajo modalidad temporal, no podrá exceder del veinte por ciento del total de trabajadores de la empresa usuaria”.

empresa de servicios a la empresa usuaria y, en consecuencia, no se busca la provisión de personal sino la prestación de un servicio específico en forma permanente.

ii) Asimismo, esta autonomía implica que la empresa de servicios cuenta con una organización especializada para brindar estos servicios complementarios a la usuaria: tiene sus propios equipos técnicos, situación que no ocurre en una real intermediación por cuanto la empresa de servicios sólo cede al personal, será la empresa usuaria la que brinde el material y condiciones de trabajo necesarias para la ejecución temporal de la actividad.

### c) **Actividades especializadas**

Las empresas o cooperativas dedicadas a la prestación de estas actividades constituyen una entidad externa a la empresa principal, que realiza bajo su entera responsabilidad, aunque sigue las indicaciones de la usuaria, un determinado servicio. El Art. 1° del Reglamento señala que “Constituye actividad de alta especialización de la empresa usuaria aquella auxiliar, secundaria o no vinculada a la actividad principal que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tal como el mantenimiento y saneamiento especializados”.

La Ley precisa, a través del Art. 11.3, que en este mecanismo, la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta este personal que bien puede ser destacado por la empresa de servicios especializado al local de la usuaria.

De esta manera, el objetivo de las empresas que brindan servicios especializados no viene definido por el suministro de trabajadores para que presten servicios bajo la dirección de la usuaria, sino que más bien, está dirigido a ofrecer el desarrollo de una actividad (como contabilidad, informática, etc.) con trabajadores propios, dirigidos por ella, y para cuya prestación cuentan con una estructura *ad hoc*<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico, en *Ius et veritas*, N° 29, Año XIV, p. 150.

Por tanto, puede advertirse que ninguna de estas dos últimas actividades expuestas encaja en el paradigma de la intermediación laboral<sup>39</sup>. En ambas se desplaza la temporalidad y la subordinación como criterio dual para la existencia de una actividad intermediadora, no se cumple con el desdoblamiento del empleador que es esencial en la intermediación laboral. Se incluyen actividades complementarias y de especialización que en nada contemplan el requisito de temporalidad propio de esta dinámica empresarial<sup>40</sup>. En otras investigaciones<sup>41</sup> ya hemos dejado sentado que estos mecanismos son manifestaciones de *outsourcing* o tercerización de servicios por lo que ahora no volveremos en ello y nos dedicaremos a verificar los supuestos de desnaturalización de la sentencia bajo análisis.

### **III.SI LOS TRABAJADORES DESTACADOS PRESTABAN ACTIVIDADES PRINCIPALES ¿SE DESNATURALIZA LA INTERMEDIACIÓN LABORAL?**

De acuerdo al contrato de intermediación laboral suscrito entre ESSALUD, como empresa usuaria y COEFSE, como última empresa intermediadora, esta última se obliga a proporcionar personal para realizar servicios complementarios de alimentación y nutrición.

Los antecedentes expuestos en la sentencia señalan que la accionante venía siendo destacada en forma permanente para desarrollar actividades de nutricionista desde enero de 2004 hasta julio de 2007, incluso por empresas de intermediación anteriores a COEFSE.

Los informes operacionales y de producción de horas y de las hojas de programación de turno, advierten que la accionante desarrollaba actividades de nutricionista bajo las directivas directas que impartía ESSALUD pues esta entidad no sólo determinaba el turno de atención de la accionante sino que además, fiscalizaba su

---

<sup>39</sup> La Ley 27626 extiende su ámbito de aplicación tanto a las empresas de servicios temporales, supuesto evidente de cesión de mano de obra legalizado, como a las empresas de servicios complementarios y especializados, supuestos de subcontratación de servicios, pese a que en éstos dos últimos casos el poder de dirección y, consecuente subordinación, la ejerce la empresa de servicios y no la usuaria. La deficiente regulación jurídica otorgada es evidente. Cfr. ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafíos y Deficiencias*, Lima, Palestra, 2008, p. 121.

<sup>40</sup> Cfr. AVALOS JARA, Oxal Víctor. “La tercerización del trabajo en el Perú: Análisis de su reciente regulación con especial énfasis en la responsabilidad solidaria derivada de las acciones de subcontratación laboral”, en *Jus Doctrina & Práctica*, N°11, Noviembre, 2008, p. 324.

<sup>41</sup> Ver TORRES TAFUR, Cristina Nélida. “Intermediación laboral: Temporalidad, subordinación y paradójica regulación”, en *Actualidad Jurídica*, Tomo 201, Agosto, 2010, p. 249 – 256; TORRES TAFUR, Cristina Nélida. “Tercerización de actividades principales: Ejercicio de la libertad de empresa o abuso patronal”, en *Revista Jurídica del Perú*, Octubre, 2010.

desempeño laboral. Además, la necesidad de prestación del servicio por parte de la trabajadora era permanente debido a que estas actividades las venía desempeñando desde el año 2004 y se encontraban previstas en el CAP de la entidad<sup>42</sup>.

En función a los datos señalados podemos determinar que:

- (i) ESSALUD y COEFSE se acogieron al supuesto de intermediación de servicios complementarios para hacer lícita la provisión de la accionante.
- (ii) Las actividades de nutricionista clínica fueron prestadas en forma permanente por la accionante y bajo el poder de dirección de ESSALUD. Es decir, COEFSE no conservó las facultades patronales de sino que estas fueron ejercidas por la empresa usuaria.
- (iii) La actividad de nutricionista pertenece a las actividades principales de ESSALUD y la necesidad de su prestación es permanente.

Frente a esta realidad, las instancias inferiores y el TC consideran que la ejecución de actividades principales constituye el factor determinante para determinar la desnaturalización de la intermediación laboral: El Noveno Juzgado Civil de Arequipa considera que *se ha desnaturalizado el contrato de intermediación laboral, por cuanto la demandante realizaba labores que implicaban la ejecución permanente de la actividad de la empresa usuaria*<sup>43</sup>. La Sala revisora considera, respecto a la desnaturalización de la intermediación laboral, que *la demandante no ha acreditado la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria*. Finalmente, el TC considera que “*ESSALUD, a través de la Empresa de Servicios COEFSE ha contratado a la demandante para prestar servicios de nutricionista; labores que constituyen actividad principal y permanente de la empresa requiriente (...)*”<sup>44</sup>.

Conforme hemos visto en el apartado anterior, la ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria no constituye un factor determinante para verificar la desnaturalización de la intermediación laboral puesto que la intermediación de actividades temporales importa, precisamente, la ejecución de actividades principales por el personal

<sup>42</sup> Estas instrumentales son detalladas en el Voto dirimente del Magistrado Eto Cruz.

<sup>43</sup> STC Exp. N° 06371-2008-PA/TC, Antecedentes.

<sup>44</sup> STC Exp. N° 06371-2008-PA/TC, FJ 18.

destacado pero en forma temporal. Por ello, consideramos confusa la conclusión a la que arriban el TC y las instancias inferiores pues, en una intermediación válida el trabajador destacado ejecuta actividades principales, por ejemplo, si media supuesto de suplencia, pero en forma temporal.

Precisamente, el TC y las instancias inferiores omiten efectuar un análisis riguroso de las características esenciales de la intermediación laboral: destaque temporal de trabajadores y cesión del poder de dirección a la empresa usuaria.

Por ello, consideramos que en el presente caso se ha desnaturalizado la intermediación laboral debido a que:

- a. ESSALUD y COEFSE han pactado una intermediación de actividades complementarias. Conforme hemos visto, en este supuesto de intermediación, la empresa intermediadora –COEFSE- conserva el poder de dirección. No hay cesión del poder de dirección hacia la empresa usuaria y la provisión del servicio es permanente. Sin embargo, en el presente caso, pese a que se trata de una intermediación de actividades complementarias, el poder de dirección ha sido asumido por ESSALUD. Por tanto, ya desde aquí se ha desnaturalizado la supuesta intermediación de actividades complementarias.
- b. El destaque de la trabajadora ha sido permanente, no temporal. Si bien la accionante ha desarrollado actividades principales de la empresa usuaria, conforme hemos visto, este hecho, por si solo, no implica la invalidez de la intermediación por cuanto lo determinante es que el destaque no haya sido temporal por necesidades de suplencia u ocasionales. En el presente caso, la accionante ha sido destacada en forma permanente a la empresa usuaria para desarrollar actividades principales. Amparar una cesión de trabajadores en forma permanente para desarrollar actividades principales de la empresa usuaria equivale a desconocer la protección constitucional<sup>45</sup> brindada la parte más débil de la relación laboral, el trabajador, permitir su instrumentalización, y a la vez, legitimar el abuso de las facultades patronales.

---

<sup>45</sup> Art. 23° CP: “Ninguna relación laboral puede (...) desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

En consecuencia, verificar que los trabajadores han desarrollado actividades principales de la empresa usuaria, este hecho por sí solo, no es determinante para declarar la desnaturalización de la intermediación laboral. Esta situación podría constituir un indicio pero deberá analizarse en forma complementaria a las características de la intermediación laboral: destaque temporal y cesión de poder de dirección. Véase que ni el TC ni las instancias inferiores hacen un mínimo análisis del ejercicio del poder de dirección por la empresa usuaria ESSALUD, factor determinante de la desnaturalización de la intermediación de actividades complementarias.

Al respecto, la naturaleza dual de la actividad intermediadora: subordinación y temporalidad, ha sido delimitada también por la Sala Laboral de Piura que, en el Exp. N° 00246-2008, reconoció el vínculo laboral directo que existía entre el trabajador cedido – como socio trabajador de la cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo “Santo Domingo” Ltda.- y la empresa usuaria –Electronoreste S.A.- al constatar que aquél, al desempeñarse como técnico electricista, fue destacado en forma permanente para desarrollar labores indispensables para el normal funcionamiento de la empresa principal<sup>46</sup>. De esta manera, el criterio jurisprudencial, al verificar una cesión permanente de trabajadores –independientemente del tipo de actividad prestada-, reconoció la ilegalidad del destaque y ordenó la reposición del trabajador en la empresa usuaria directamente y en el puesto que venía desempeñando.

También a nivel de jurisprudencia extranjera se ha reconocido la temporalidad que caracteriza a la intermediación. El Tribunal Supremo Español, a través de la STS 4 de Julio de 2006, ha resaltado la importancia del carácter temporal del destaque en la intermediación al señalar que “se emplea la sucesión de contratos temporales de forma fraudulenta cuando la necesidad de la empresa usuaria es de carácter permanente y no temporal”<sup>47</sup>.

De esta manera, de los criterios jurisprudenciales citados puede extraerse que, al no verificarse la naturaleza temporal de la prestación aun cuando las actividades desarrolladas

<sup>46</sup> Cfr. Sentencia recaída en el Exp. N° 00246-2008, emitida por la Sala Laboral de Piura, FJ 07.

<sup>47</sup> Cfr. STS 4 de julio de 2006 (recurso U. D. num. 1077/2005) citada por VALDÉS ALONSO, Alberto, “Sucesión de contratos de puesta a disposición fraudulentos y cesión ilegal de trabajadores”, en *Relaciones Laborales*, N° 14, Año XXIII, Julio 2007, p, 57.

sean principales o secundarias, y tampoco el desdoblamiento de las facultades del empleador, se entiende que no hay intermediación en la medida que sólo existen labores permanentes y un único empleador.

#### **IV. CONCLUSIONES**

La intermediación laboral se define en función de dos factores: destaque temporal de trabajadores y cesión del poder de dirección de la empresa de servicios a la empresa usuaria. Las actividades ejecutadas por el personal destacado pueden ser principales o secundarias, lo determinante es que la necesidad del destaque sea temporal y se verifique el desdoblamiento de las facultades del empleador.

El Noveno Juzgado Civil de Arequipa como la Sala Revisora y el TC consideran que el destaque de trabajadores para desarrollar actividades principales de la empresa usuaria constituye el factor determinante de la desnaturalización de la intermediación laboral.

El criterio señalado por nuestros magistrados no resulta determinante para verificar la desnaturalización de este mecanismo de descentralización productiva que, precisamente, tiene por finalidad atender actividades permanentes de la empresa principal, sean principales o complementarias, pero cuya ejecución, por el trabajador destacado, se realizará en forma temporal.