

EL ALCANCE DE LA REGULACIÓN LABORAL DE LA DESCENTRALIZACION PRODUCTIVA *THE EXTENT OF LABOR REGULATION ON PRODUCTION DESCENTRALIZATION*

Renato Mejía Madrid*

Employment decentralization is a newly emerging phenomenon. Nowadays, many companies delegate the work to others through a decentralization of production, thus affecting the traditional view of labor relations. This has been picked up by Labor Law which has regulated labor relations arising from this decentralized production.

In this article, and in the light of doctrine and the jurisprudence of the Peruvian Supreme Court, the author develops the concepts of outsourcing and job placement, as well as the requirements to which they are validly given.

KEY WORDS: *Productive decentralization; intermediation; outsourcing; Labor Mediation Law; Peruvian Supreme Court.*

La descentralización laboral es un fenómeno de reciente surgimiento. Hoy en día, muchas empresas delegan el trabajo a terceros mediante la descentralización productiva, afectando así la tradicional visión de las relaciones laborales. Ello ha sido recogido por el Derecho del Trabajo, el cual ha regulado las relaciones laborales que surgen a partir de esta producción descentralizada.

En el presente artículo, y a la luz de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú, el autor desarrolla los conceptos de tercerización e intermediación laboral, así como los requisitos necesarios para que éstos se den válidamente.

PALABRAS CLAVE: *Descentralización productiva; intermediación; tercerización; Ley de Intermediación Laboral; Corte Suprema del Perú.*

* Abogado. Magister en Trabajo y Política Social por la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Socio de Miranda & Amado Abogados.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 16 de abril y aceptado por el mismo el 30 de abril de 2014.

I. INTRODUCCIÓN

La descentralización productiva es una forma de organización por la cual una empresa fragmenta su proceso de producción de bienes o servicios y delega a un tercero —o varios— la ejecución de una parte —o varias— de dicho proceso, estableciendo relaciones de coordinación. Ello permite que la empresa principal pueda concentrar sus esfuerzos en aquella etapa de su proceso productivo que considera nuclear, delegando el resto a otras empresas que puedan lograr un mayor grado de especialización y aprovechar economías de escala.

Como señala Gorelli Hernández, “es claro que la idea que preside este proceso de descentralización productiva es fragmentar el ciclo productivo: De la empresa que lo asumía completo en todos sus aspectos y dimensiones, que elaboraba un producto y lo comercializaba, se ha pasado a empresas que han ido trasladando diversas partes de este ciclo hacia el exterior, hacia otras empresas que se encargan de una fase, concreta y determinada del mismo, segmentándolo entre diversas empresas. Se trata de una desintegración vertical del proceso de producción”¹.

Así, la descentralización productiva supone el tránsito de un modelo de producción denominado “fordista” (entendido como un proceso de producción con un sistema de máquinas en línea continua y una organización del trabajo parcializado, con control de tiempos y movimientos, estandarizado, con producción y consumo en masa) a un modelo de producción “toyotista”, cuyas principales caracterís-

ticas son: (i) El trabajo en grupo; (ii) el abandono de la producción masiva estandarizada para centrarse en la diversificación de la oferta produciendo “justo a tiempo”, en atención a los gustos y necesidades de los clientes; (iii) el control total de la calidad; (iv) la búsqueda del perfeccionamiento continuo de la producción; y, (v) la polivalencia funcional.

Con todo ello, se dejaría de lado la división técnica y social del trabajo propia del modelo fordista²: “Lo que ocurre es que, frente a la integración vertical de los procesos productivos y su gestión a través de una estructura jerarquizada que caracterizaron su forma de operar en el pasado, adquieren en la actualidad un relieve cada vez mayor formas de división del trabajo interempresarial antes que intraempresarial, que permiten a la misma compensar de manera eficaz la disminución de su volumen operativo directo mediante el establecimiento de lazos de cooperación con colaboradores externos en vez de personal sujeto a dependencia”³.

La descentralización productiva se manifiesta jurídicamente en las diversas formas en las que se establecen e instrumentalizan las relaciones de coordinación entre la empresa principal y los terceros a los que les delega parte del proceso productivo. Así, dichas relaciones se pueden encausar a través de la constitución de grupos de empresas o del establecimiento de redes empresariales, haciendo uso de categorías jurídicas tradicionales y típicas como los contratos de servicios o de relaciones de mayor complejidad bajo categorías contractuales atípicas⁴.

¹ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. “Descentralización Productiva y ordenamiento laboral. En busca de respuestas jurídicas a la desprotección del trabajador”. En: “Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI”. Lima: ARA Editores y Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009. p. 145.

² DE LA GARZA TOLEDO, Enrique y Julio Cesar NEFFA. “Modelos económicos, modelos productivos y estrategias de ganancias: conceptos y problematización”. En: “Trabajo y modelos productivos en América Latina. Argentina, Brasil, México y Venezuela luego de la crisis del modelo neoliberal”. Buenos Aires: Clacso. 2010. pp. 15-48. En América Latina el “fordismo” se extendió casi exclusivamente como forma de organización de trabajo, poniendo énfasis en el control de la fuerza de trabajo, y no como sistema de producción y consumo masivo; y el desarrollo del modelo “toyotista” se ha limitado a la implementación de técnicas puntuales (control de calidad, “justo a tiempo”) en empresas de mayor tamaño o con mayor vinculación a mercados internacionales y, en menos casos, ha supuesto cambios en la organización de trabajo (trabajo en grupo, polivalencia, achatamiento de la pirámide de mando, reducción de niveles y cambio del rol de las jefaturas de control de disciplina a tareas de carácter administrativo y técnico). Sin embargo, esto ha generado la presencia simultánea de “islas de modernidad” con ejemplos de polivalencia improvisada, o procesos de modernización parcial o limitada a algunos sectores o prácticas. Ver: NOVICK, Martha. “La transformación de la organización del trabajo”. En: DE LA GARZA TOLEDO, Enrique (Editor). “Tratado latinoamericano de sociología del trabajo”. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. 2000. pp. 123-147.

³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del Trabajo”. En: Revista de Derecho Social Latinoamérica 3. 2007.

⁴ Juan Gorelli denomina a la descentralización productiva como “fenómeno pluriforme”. Ver: GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. Op. cit. pp. 145-148; Fernando Valdés la denomina “fenómeno poliédrico”. Ver: VALDÉS

Y aunque no es —de modo alguno— un fenómeno nuevo, su expansión y versatilidad propone constantes retos frente a lo que Valdés Dal-Ré ha llamado la desorganización del Derecho del Trabajo⁵, evidenciada en las dificultades que dicha forma de producción presenta para: (i) La identificación del empresario y, por tanto, del empleador que debe responder frente a las obligaciones laborales; (ii) para la determinación de la existencia de una relación laboral, y por tanto de la titularidad de los derechos que se derivan de la misma; y, (iii) en secuelas como la precariedad en el ejercicio de derechos laborales individuales y colectivos.

Como señala Arce Ortiz, “no es casualidad que las mayores transformaciones se hayan detectado en la propia configuración de los sujetos laborales. De un lado, los procesos de reestructuración de los puestos de trabajo vienen incentivando la creación de un trabajador más autónomo, altamente calificado e integrado a los objetivos empresariales, mientras de otro, la figura del empleador va haciéndose más compleja, dejando de lado la tradicional identificación del ejercicio del poder de dirección laboral en la persona del dueño del capital”⁶.

La regulación, jurisprudencia y doctrina laboral suelen ir, sin embargo, a paso más lento que dichas transformaciones⁷. En nuestro ordenamiento, la regulación laboral de la descentralización productiva alcanza a relaciones de coordinación reguladas bajo las categorías

jurídicas de intermediación laboral y tercerización. Con el presente trabajo, proponemos una manera de entender los alcances de la actual regulación a fin de dar coherencia a la misma, garantizando su finalidad.

II. LA REGULACIÓN LABORAL DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

La descentralización productiva se encuentra regulada laboralmente en nuestro ordenamiento por las siguientes normas:

- a) Ley 27626, Ley que regula la Intermediación Laboral [en adelante, Ley de Intermediación Laboral], y su reglamento, Decreto Supremo 003-2007-TR [en adelante, Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral]; y,
- b) Ley 29245, Ley que Regula los Servicios de Tercerización, el Decreto Legislativo 1038 que la precisa, y su reglamento, Decreto Supremo 006-2008-TR.

Como señalan Balbín Torres y Villavicencio Ríos, la intermediación laboral y la tercerización se diferencian porque la primera supone la subcontratación de mano de obra, mientras que la segunda supone la subcontratación de la producción de bienes o servicios⁸.

Así, la intermediación laboral es una relación jurídica por la que una entidad de intermedia-

DAL-RÉ, Fernando. “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo”. En: PEDRADAS MORENO (Director). “La externalización de actividades laborales: una visión multidisciplinar”. Valladolid: Lex Nova. 2002. pp. 31-32. Finalmente, Wilfredo Sanguineti señala que “dependiendo de las situaciones, así como del valor que se asigne a la actividad transferida al exterior, los lazos de coordinación a los que se acaba de aludir pueden ser de muy distinta naturaleza. Así, las entidades que colaboran pueden estar vinculadas entre sí mediante técnicas de Derecho de sociedades, como ocurre tratándose de los grupos de empresas, cuando la importancia de lo externalizado para la empresa principal aconseja que ésta mantenga un especial control sobre quien se va a encargar de su realización (*outsourcing* estratégico). Pero también, cuando el interés de lo transferido al exterior es menor, a través de vínculos de naturaleza contractual, como sucede con las redes empresariales (*outsourcing* operativo), dentro de las cuales la cooperación entre sujetos independientes unos de los otros puede articularse a través de fórmulas de diversas y en muchos casos atípicas (piénsese, además del tradicional contrato de ejecución de obra, en figuras hasta hace poco tiempo desconocidas o poco utilizadas, como los contratos de concesión, franquicia, *factoring*, *merchandising*, *management*, logística, subfornitura, servicios informáticos, etc.), todas las cuales son aptas para dar lugar al funcionamiento de auténticos “sistemas productivos integrados”. Ver: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Op. cit.

⁵ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Op. cit. pp. 33-35.

⁶ ARCE ORTIZ, Elmer. “Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias”. Lima: Palestra Editores. 2008. p. 112.

⁷ ARCE ORTIZ, Elmer. “Imputación de cargas laborales en la subcontratación. ¿Persiguiendo un gigante o un molino de viento?”. En: “Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, inspección y derechos colectivos. III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y Seguridad Social. 2008. pp. 21-50.

⁸ BALBÍN TORRES, Edgardo y Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS. “Intermediación y tercerización, labores principales y complementarias. Precisiones conceptuales, de Naturaleza y Alcances”. En: Revista de Trabajo. Lima: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. 2007. p. 13.

ción, en virtud a un contrato de intermediación laboral, cede a sus trabajadores a una empresa usuaria, de manera que los trabajadores cedidos se insertan en la organización laboral de dicha empresa, la que aprovecha su prestación de servicios sin mantener relación jurídica alguna con ellos (no entraremos al análisis del caso particular de las cooperativas de trabajadores).

“Como puede verse, la subcontratación de mano de obra o intermediación constituye una excepción al ‘principio de no interposición’, esto es, a la relación jurídica directa que debe establecerse entre quien recibe un servicio subordinado y dependiente, dado que admite la presencia de un tercer actor que se configura como empleador desde el punto de vista formal de trabajadores que son destacados a prestar servicios bajo las órdenes de esta última”⁹. En nuestro ordenamiento, la intermediación solamente puede ser prestada por entidades de intermediación autorizadas en actividades calificadas como temporales ocasionales o de suplencia, complementarias o altamente especializadas.

De acuerdo a la Ley de Intermediación Laboral, la cesión o “destaque” de trabajadores es parte gravitante de la intermediación laboral (artículos 3 y 11). Al agotarse la obligación de la entidad de intermediación en el destaque, a través de la relación de intermediación laboral, la entidad de intermediación se interpone en la relación laboral que debería configurarse entre el trabajador destacado que presta el servicio y la empresa usuaria que lo aprovecha.

Los trabajadores destacados “desarrolla(n) las labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria” (artículo 11.1). Por tanto, considerar la simple provisión de trabajadores o cesión de personal como ilícita, como lo hace

el artículo 1 del Reglamento de la Ley que Regula los Servicios de Tercerización, o como una “cesión de mano de obra legalizada”, como lo hace la Corte Suprema¹⁰, es lo más adecuado. De ello debería derivarse la naturaleza excepcional de dicha figura: La intermediación laboral sólo es posible en tanto el ordenamiento la permita expresamente¹¹.

Dicha situación justifica, además, el sentido de la regulación de la intermediación laboral, que sujeta la intermediación laboral a autorización (artículo 13 de la Ley de Intermediación Laboral), establece garantías al cobro de los créditos laborales de los trabajadores destacados a través de exigencias de capital mínimo, garantía y reglas de responsabilidad solidaria (artículos 14.6, 24 y 25 de la Ley de Intermediación Laboral), y de fiscalización del cumplimiento de dichas obligaciones, a través de exigencias de objeto social exclusivo y registro administrativo (artículos 2 y 14 de la Ley de Intermediación Laboral).

Como señala Espinoza Laureano, “[I]as restricciones que se imponen a las provisiones de personal se deben a que estas prácticas favorecen únicamente a los empresarios intervinientes, pero no a los trabajadores. El cesionario obtiene un doble beneficio, ya que deja de ser considerado como el empleador formal de los trabajadores [...] mientras que en la práctica sigue actuando como el empleador real de los mismos [...]. Por su parte, el cedente obtiene sus ganancias de la diferencia entre lo que le paga a sus trabajadores y lo que percibe del cesionario, limitándose a actuar como un simple testaferro de éste. Incluso, se puede presentar el caso de [...] ‘contratistas fantasmas’ [que] se limitan a operar a la luz durante un tiempo para luego desaparecer, dejando en la más completa desprotección a los trabajadores [cedidos]”¹².

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ver: Casación 1693-2012-Moquegua.

¹¹ En el ámbito internacional, las normas internacionales de trabajo han pasado de una regulación restrictiva a una que, actualmente, acepta la licitud de la intermediación laboral. Así, el Convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre las agencias de empleo privadas, de 1997, “tiene como una de sus finalidades permitir el funcionamiento de las agencias de empleo privadas” (numeral 2 del artículo 3), reconoce como tales a “servicios consistentes en emplear trabajadores a fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante ‘empresa usuaria’), que determine sus tareas y supervise su ejecución” (literal b, numeral 1 del artículo); y, excepcionalmente, establece la posibilidad de “prohibir, en determinadas circunstancias, el funcionamiento de las agencias de empleo privadas con respecto a ciertas categorías de trabajadores o en ciertas ramas de actividad económica”, “previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores interesadas” (literal a del numeral 2 del artículo 2). Este Convenio no ha sido ratificado por el Estado peruano. Sobre dicha evolución de las normas internacionales de trabajo, ver: BUSSER, Esther y Alvaro ORSATTI. “Tercerización mediante agencias de trabajo temporal: Estado del debate”. San Pablo: Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas. 2012.

¹² ESPINOZA LAUREANO, Frank. “La tercerización de las actividades complementarias”. En: Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo. Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y Seguridad Social. 2008. p. 136.

Sin embargo, la referencia del numeral 1 del artículo 11 de la Ley de Intermediación Laboral se limita a la intermediación en servicios temporales ocasionales y de suplencia, omitiendo una referencia similar en el caso de la intermediación de servicios complementarios –numeral 2 del artículo 11–, e introduciendo en nuestro ordenamiento la regulación como intermediación laboral de “servicios de alta especialización en relación con la empresa usuaria [...] [que] carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado” (numeral 3 del artículo 11). Posteriormente, su reglamento precisó que, tanto en la prestación de servicios complementarios como especializados, la empresa usuaria “no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado” (artículo 1).

Por otro lado, la tercerización es definida en nuestro ordenamiento como “la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados 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”; y al regular la tercerización, la Ley que Regula los Servicios de Tercerización precisa que en ningún caso ésta admite “la sola provisión de personal” (artículo 2).

Así, la regulación de la intermediación laboral y de la tercerización en nuestro ordenamiento, da pie a tres preguntas importantes, tanto para comprender el alcance de la regulación, cuanto para dar coherencia a la regulación laboral de la descentralización productiva.

La primera de ellas es si la regulación de la intermediación laboral comprende en su ámbito de aplicación únicamente a la subcontratación de mano de obra, o incluye también a la subcontratación de servicios –tercerización–, toda vez que en la intermediación de servicios complementarios y especializados la empresa

usuaria no tiene facultad de dirección, o no tiene facultades sustanciales de organización y fiscalización de los trabajadores destacados.

La segunda de ellas es si la regulación de la intermediación laboral en actividades complementarias alcanza a toda actividad que, de acuerdo a la regulación, pudiera calificar como tal o únicamente a aquellas expresamente listadas por dicha regulación, como es el caso de las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza (artículo 1 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral) y en el caso de las actividades especializadas, las listadas como complementarias pero cuya ejecución requiere un alto nivel de conocimientos o una particular calificación, conforme al mismo artículo.

La última es si la definición de tercerización en nuestro ordenamiento alcanza a toda tercerización¹³.

III. EL ALCANCE DE LA REGULACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

Como hemos señalado, a través de la relación de intermediación laboral, el ordenamiento habilita a que un tercero –la entidad de intermediación– se interponga entre el trabajador destacado y la empresa usuaria, configurándose una relación laboral entre la primera y el segundo, aunque insertado en la organización laboral de la empresa usuaria, ésta aprovecha y organiza su prestación de servicios.

Que tanto la Ley de Intermediación Laboral como su reglamento establezcan que en la intermediación de servicios complementarios y especializados la empresa usuaria “carece de facultad de dirección” o “no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado” nos lleva a preguntarnos si es que acaso la regulación de la intermediación laboral en nuestro ordenamiento incluye a la tercerización, cuando se tercerizan estos servicios¹⁴.

¹³ Para una revisión de las diferentes posturas frente a esta interrogante, ver: UGAZ OLIVARES, Mauro. “El régimen legal de la subcontratación (tercerización) de servicios en el Perú”. En: “Temas centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI”. Lima: ARA Editores. 2009. pp. 175-201.

¹⁴ Si en la intermediación laboral la relación laboral se configura entre la entidad de intermediación y el trabajador destacado, no resulta inexacto afirmar que la empresa usuaria carece de facultades jurídicas de dirección, aunque en los hechos quien organice la prestación de servicios del trabajador destacado sea ésta. Lo cierto es que la regulación no podría referirse a otra cosa que este poder fáctico, pues lo hace en oposición al “poder de dirección de la empresa usuaria” que ésta ejerce sobre los trabajadores destacados por empresas de servicios temporales (numeral 1 del artículo 11 de la Ley de Intermediación Laboral).

A esta pregunta, la Corte Suprema ha respondido que la Ley de Intermediación Laboral “contiene dos supuestos diferentes: (i) Cesión de mano de obra legalizada (empresas de servicios temporales); y, (ii) subcontratación de servicios (empresas de servicios complementarios y especializados). Mientras en los mecanismos con intervención de empresas de servicios temporales, la empresa usuaria o principal tiene el poder de dirección sobre los trabajadores de la empresa de servicios (artículo 11.1 de la Ley), por el contrario, en las empresas de servicios complementarios o especializados, son ellas mismas las que ejercen el poder de dirección sobre sus trabajadores (artículos 11.2 y 11.3). La puntualización anterior nos revela una cuestión central: Las empresas de servicios complementarios no constituyen un supuesto de cesión de mano de obra, sino de subcontratación (de servicios)”¹⁵.

Posteriormente, ha precisado que cuando el artículo 2 del reglamento de la Ley que Regula los Servicios de Tercerización se refiere a actividades que no se relacionan con la actividad principal de la empresa, “estaría refiriéndose a la intermediación laboral regulada por una normatividad ajena a la Ley 29245”¹⁶.

Estamos de acuerdo con lo señalado por la Corte Suprema en el sentido que la Ley de Intermediación Laboral no sólo regula la subcontratación de mano de obra, sino también la subcontratación de servicios. En este último caso, regula aquellos supuestos que la Ley de Intermediación Laboral y su reglamento califican como complementarios y especializados; empero, creemos que dicha afirmación debe tener matices.

Es precisamente a partir de la regulación de la intermediación en actividades especializadas que se deduce la intención del legislador de extender la regulación de la intermediación laboral a la subcontratación de servicios en determinados casos: Cuando las actividades califiquen de acuerdo a la misma como “especializadas” e impliquen el “destaque” de trabajadores. Algo similar podría deducirse del artículo 6 de la Ley de Intermediación Laboral respecto de las actividades complementarias, al precisar que los porcentajes limitativos al destaque de trabajadores no son aplicables a los servicios comple-

mentarios o especializados, siempre y cuando la entidad de intermediación asuma plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades y del artículo 1 de su reglamento, cuando precisa que la empresa usuaria no tiene facultades sustanciales de dirección de los trabajadores destacados en servicios complementarios y especializados.

De ello, podríamos entender que la Ley de Intermediación Laboral permite la intermediación laboral propiamente dicha, tanto en actividades temporales, cuanto en actividades complementarias cuando la entidad de intermediación carezca de autonomía técnica y organizativa –y se limite a la cesión de trabajadores, en cuyo caso aplicarán los porcentajes limitativos– y regula la tercerización en actividades complementarias cuando supone destaque y la entidad de intermediación goza de autonomía técnica y organizativa, y dirige sustancialmente a los trabajadores destacados. Al ser las actividades especializadas actividades complementarias de alta especialización (artículo 1 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral), consideramos que lo que se entienda para las actividades complementarias deberá entenderse para las actividades especializadas.

Las precisiones del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, al definir la intermediación en actividades complementarias y especializadas, y señalar que: (i) La empresa usuaria “no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado” (artículo 1); (ii) que “las empresas de servicios complementarios o especializados, deben asumir plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades” (artículo 4); y, (iii) que no constituye intermediación laboral la tercerización (artículo 4). Dichas precisiones tendrían sentido en un esquema como el propuesto, en el cual se apliquen las reglas de la intermediación laboral no sólo a la cesión de personal permitida en actividades temporales y complementarias, sino a ciertas “tercerizaciones blandas” en las que el “destaque” de trabajadores sea parte gravitante del contenido del servicio por ser intensivas en mano de obra, en la línea de la lista de actividades complementarias prevista por el Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral (artículo 1).

¹⁵ Casación 1693-2012-Moquegua, Octavo Considerando.

¹⁶ Sentencia de Acción Popular 1507-2012-Lima, Cuarto Considerando.

Precisamente, por las características del contenido del servicio y el nivel de capitalización de la organización empresarial en dichas tercerizaciones, los trabajadores requieren similares garantías al cobro de sus créditos laborales que los trabajadores destacados y de fiscalización del cumplimiento de dichas obligaciones.

IV. LAS “TERCERIZACIONES BLANDAS” SUJETAS A LA REGULACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

La Corte Suprema considera que “el análisis de la actividad calificada como complementaria debe atender al caso concreto, pues no puede realizarse una enumeración taxativa de las mismas en un mismo contexto, principalmente porque lo que califica como complementaria para una empresa, no puede serlo para otra”. De esta manera, entiende que la lista de actividades listadas por el Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral como complementarias –“actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza” (artículo 1 de dicha norma) es una lista a ser definida caso por caso.

Dicho razonamiento va de la mano con la idea de que la Ley que Regula los Servicios de Terceización tiene un alcance limitado a la tercerización en actividades principales, y que toda tercerización en actividades complementarias con destaque son reguladas en nuestro ordenamiento como intermediación laboral. Así, la Corte Suprema ha señalado “al delimitar el artículo 2 del reglamento [de la Ley que Regula los Servicios de Terceización] a la tercerización únicamente a la actividad principal de las empresas usuarias, guarda perfecta armonía con el espíritu de la ley que viene reglamentando, dado que, en caso de referirse a actividades que no se relacionan con la actividad principal de la empresa, estaría refiriéndose

a la intermediación laboral regulada por una normatividad ajena a la Ley 29245 [la Ley de Intermediación Laboral]”¹⁷.

Al respecto, consideramos que entender dicha lista como posible de ser definida caso por caso, no puede suponer que la misma sea abierta al punto que cualquier actividad complementaria pueda ser intermediada. Entender ello da pie a que con el argumento de la “complementariedad” se evite una evaluación de la validez de una tercerización en los términos de la definición del artículo 2 de la Ley que Regula los Servicios de Terceización –definición que, consideramos, hace las veces de parámetro de validez a toda tercerización–, pudiendo aprovecharlo empresas con capital suficiente para hacer frente a las exigencias de autorización y garantía a los trabajadores destacados. Ello podría ser un estándar de validez más laxo establecido por la Ley de Intermediación Laboral –autonomía técnica y organizativa y dirección sustancial de los trabajadores destacados–, y ofrecer servicios de intermediación en múltiples actividades.

La posición de la Corte Suprema es que, en el análisis caso por caso¹⁸, la lista puede abrirse a actividades distintas a las listadas, a manera de lista abierta bajo control¹⁹. Consideramos, sin embargo, que, si bien es preferible considerar la lista abierta bajo control que abierta indiscriminadamente, al ser la intermediación laboral posible sólo si la legislación la permite expresamente, y la aplicación de la regulación de la intermediación laboral a determinadas tercerizaciones de manera excepcional, es mejor considerar la lista como una cerrada. Ello, por supuesto, no impide calificar como principales las actividades listadas como complementarias, cuando para determinada empresa no cumplan con las características de éstas, y a esto debería limitarse el análisis caso por caso.

¹⁷ Sentencia de Acción Popular 1507-2012-Lima, Cuarto Considerando.

¹⁸ De hecho, en un caso concreto, ha calificado como intermediación laboral complementaria el servicio de transporte de personal y combustible en un campamento de actividad minera (Casación 1693-2012 Moquegua). Como se podrá apreciar de la sentencia, el análisis del caso se centró en la calificación de la actividad como principal o complementaria, sin verificar que el empleador del demandante fuera, en efecto, un empleador y empresario real.

¹⁹ En el escenario de una lista abierta bajo control, Jorge Toyama propone: “La actividad complementaria debe ser analizada de modo casuístico, no puede realizarse una afirmación genérica. Pero, en el proceso de identificación de las actividades complementarias, debe tenerse en cuenta que la regla en el ordenamiento es la contratación directa por sobre la indirecta (intermediación laboral), y ello implica que la interpretación sobre los alcances de ‘las actividades complementarias’ deba ser restrictiva y limitada a casos concretos. Ver: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “La descentralización de servicios laborales: entre la detracción de la intermediación y la expansión del outsourcing”. En: *Ius et Veritas* 28. 2004. p. 153.

Por otro lado, una lectura abierta de la lista establece exigencias injustificadas a la tercerización de servicios complementarios que requiera de destaque de personal cuando ésta no genera riesgos similares a la intermediación respecto del cobro de créditos de los trabajadores, y sobre la cual el parámetro de validez establecido por la Ley que Regula los Servicios de Tercerización garantizaría que fuera ejecutada por un contratista que sea un empresario y empleador real, sin perjuicio de las garantías adicionales aplicadas si el desplazamiento de trabajadores calificara como continuo.

Finalmente, entender que la lista de actividades complementarias es abierta abunda en la dicotomía entre actividad principal y actividad complementaria para determinar en qué casos una subcontratación de mano de obra o de servicios debe encontrarse regulada o no por la legislación laboral, o por qué regulación debería estarlo, lo cual dificulta la aplicación y fiscalización de la misma.

V. LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA TERCERIZACIÓN

Como adelantamos, la Ley que Regula los Servicios de Tercerización define la tercerización —entendida como la “contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras”— a partir del cumplimiento de determinados requisitos: (i) La contratista presta los servicios contratados por su cuenta y riesgo; (ii) es responsable por los resultados de sus actividades; (iii) cuenta con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; y, (iv) sujeta a sus trabajadores a su exclusiva subordinación.

La intención de dicha regulación es evitar que la tercerización sea utilizada fraudulentamente para contratar una simple provisión de trabajadores, interponiendo a un tercero en la relación laboral que debería configurarse entre el trabajador que presta el servicio contratado con dicho tercero, y la empresa principal (o una intermediación laboral ilícita).

Que dichos requisitos sean parte de la definición legal de la tercerización evidencia que su ausencia determina la ilicitud de la misma. Precisamente, el artículo 3 del Reglamento de la Ley que Regula los Servicios de Tercerización establece que “la inexistencia de uno, cualquiera de ellos, desvirtúa la tercerización”. Asimismo, evidencia que dicho parámetro de validez aplica a toda tercerización —salvo las “tercerizaciones blandas” que nuestro ordenamiento califica como intermediación laboral—, independientemente de si esta ocurre en actividades principales o complementarias, con o sin desplazamiento²⁰.

En caso que el incumplimiento de algún requisito esencial, o que la ausencia de los elementos característicos fueran indicio suficiente de ello, evidenciara que se ha configurado una simple provisión de personal (en aplicación del artículo 5 de la Ley que Regula los Servicios de Tercerización o del propio principio de primacía de la realidad cuando no hubiera desplazamiento), los trabajadores de la contratista deberán considerarse trabajadores de la empresa principal.

Por eso, resulta de suma importancia comprender el sentido de cada uno de los requi-

²⁰ La Ley que Regula los Servicios de Tercerización establece, además, elementos característicos de la tercerización: (i) El contratista tiene pluralidad de clientes; (ii) el contratista cuenta con equipamiento; (iii) el contratista cuenta con inversión de capital; y, (iv) la retribución se da por obra o servicio. Dichos elementos no son parte de la definición legal de tercerización, aunque su presencia se deriva de la de sus requisitos legales; por tanto, estos elementos actúan como indicios y permiten la evaluación de licitud de la tercerización, pero su ausencia no supone la ilicitud de la misma. Los propios Decreto Legislativo 1038 y reglamento de la Ley que Regula los Servicios de Tercerización regulan precisiones y excepciones a los mismos.

Adicionalmente, si con ocasión de la tercerización se desplaza continuamente personal a los centros de trabajo u operaciones de la empresa principal para la ejecución de los servicios (por ocurrir el desplazamiento cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o por exceder de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre), la Ley que Regula los Servicios de Tercerización dispone que se apliquen las siguientes reglas: (i) Obligación de registro del contratista ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo o registro del desplazamiento a la empresa principal en el PDT601- Planilla Electrónica; (ii) responsabilidad solidaria entre el contratista y la principal por los derechos y beneficios laborales y las obligaciones de seguridad social de los trabajadores desplazados; (iii) contrato de tercerización por escrito, especificando que los trabajadores desplazados están subordinados al contratista, la actividad empresarial a ejecutarse y las unidades o ámbitos de la empresa en que se ejecutará; y, (iv) comunicar por escrito a los trabajadores desplazados y a los de la empresa principal, o a sus representantes, la identidad de la empresa principal (razón social, domicilio y RUC), las actividades objeto del contrato que se llevarán a cabo en el centro de trabajo u operaciones de la empresa principal y el lugar donde se ejecutarán dichas actividades. Estas disposiciones tienen por finalidad la garantía del cobro de eventuales deudas de con los trabajadores desplazados.

sitos de validez de la tercerización en nuestro ordenamiento, pues de ello depende que la definición sirva efectivamente como garantía de que tras una tercerización no hay una simple cesión de personal.

Con relación a que la contratista se encuentre obligada a prestar sus servicios bajo su cuenta y riesgo, ello supone, antes que nada, que el servicio prestado sea integral; es decir, que el servicio para el cual la contratista es contratada sea lo suficientemente completo y complejo para que el mismo sea gestionado y ejecutado de manera autónoma por dicho contratista, con independencia de la organización empresarial de la empresa principal, asumiendo los riesgos que dicha actividad reporta y también sus beneficios.

La presencia de trabajadores en la planilla del cliente que presten servicios en actividades similares o idénticas que los servicios que presta la contratista, evidenciarían que no existe una tercerización integral del proceso. Por otro lado, si la tercerización supone la delegación de la empresa principal a la contratista de una parte de su proceso productivo, la contratista no debería concurrir con ésta en la ejecución de las mismas actividades. Asimismo, los acuerdos sobre el contenido del servicio y el precio por el mismo no deberían limitar los márgenes de decisión de la contratista al punto de impedirle asumir el riesgo –ganancias o pérdidas– de sus decisiones empresariales.

Con relación a la responsabilidad por el servicio, al comprometerse la contratista a la prestación de un servicio integral y autónomo, debe asumir responsabilidad en caso de incumplimiento del mismo en los términos acordados en el contrato. Por ello, resulta indispensable que se acuerden contratos de servicios en los que se establezcan criterios de cumplimiento del servicio –por ejemplo, criterios relacionados con el tiempo, integridad, oportunidad, calidad y eficiencia del servicio– lo suficientemente objetivos y mesurables, que permitan evaluar el cumplimiento del contrato y determinar el precio a ser pagado por dicho servicio.

De esta manera, al determinar parámetros sobre el contenido del servicio comprometido, así como sobre los resultados esperados, la contratista deberá mantener de manera autónoma el control de la gestión de los recursos

asignados a la ejecución del servicio –personal, herramientas, materiales, *know how*–, y la empresa principal se deberá limitar al control de la obtención de los resultados comprometidos en el contrato y, con ello, a la verificación de que el precio del servicio recibido corresponde a lo esperado del mismo.

Esta nueva forma de control y gestión de resultados por parte de la empresa principal –pues es la contratista la que asume el control y gestión de los recursos destinados a la ejecución del servicio para la que es contratada– debe llevar a relaciones de coordinación entre ambas partes, en las que la contratista cuenta con incentivos para exigir autonomía en la ejecución de sus servicios, pues lo hace por su cuenta y riesgo, y asume responsabilidad por el resultado.

Con relación a la autonomía financiera, técnica o material necesaria en una tercerización, la contratista debería contar con los recursos materiales o inmateriales (como herramientas, materiales, servicios de soporte administrativos, financieros, legales, recursos humanos, informáticos, vigilancia, limpieza, logística, etcétera), licencias y derechos. Además, debería contar con planes de negocios y procedimientos propios, dirigidos a la ejecución de su objeto empresarial, necesarios para la ejecución del servicio, que no requieren ser de su propiedad pero sí estar sujetos a su administración y gestión. Que la referencia a este requisito se haga utilizando una disyunción abre la posibilidad de evaluar la autonomía en función al contenido del servicio que presta la contratista, fuera este intensivo en mano de obra o de capital de alta o de baja complejidad técnica.

Con relación a la exclusiva subordinación de sus trabajadores, resulta necesario que la contratista cuente con una organización laboral propia y diferente a la de la empresa principal –en todo nivel de su organización– que registre en su planilla a sus trabajadores, sean parte de su organización laboral, y estén sujetos a sus órdenes, fiscalización y poder sancionador. Se busca también que la empresa principal no tenga injerencia alguna en la organización de dicho personal o de su trabajo.

La aplicación de dichos requisitos como parámetro de validez a cualquier tercerización en nuestro ordenamiento, independientemente de en qué actividad se desarrolle y si se ejecuta con o sin desplazamiento, garantiza que

la empresa contratista sea un empresario y un empleador real y reduce el riesgo de cobro de créditos de los trabajadores; de no serlo, el trabajador del contratista será incorporado a la empresa principal. Por ello, no creemos necesario considerar el listado de actividades complementarias que establece nuestro ordenamiento como abierto, dando pie el referido argumento de la “complementariedad” para evitar la aplicación de este estándar.

VI. CONCLUSIONES

Como hemos justificado en el presente trabajo, consideramos que los alcances de la actual regulación laboral de la descentralización productiva deben determinarse bajo las siguientes premisas: (i) La regulación de la intermediación laboral comprende en su ámbito de aplicación a la tercerización en actividades complementarias y especializadas ejecutadas con destaque de trabajadores; (ii) la tercerización regulada como intermediación laboral es aquélla en las actividades complementarias listadas expresamente por dicha regulación

—y aquellas complementarias listadas que requieren un alto nivel de conocimientos o una particular calificación, o especializadas—; y, (iii) los requisitos de validez de la tercerización aplican a toda tercerización, en actividades principales o complementarias —salvo las calificadas como intermediación laboral—, con o sin desplazamiento.

Estas premisas son propuestas a partir del estado actual de la regulación. Creemos, sin embargo, que la regulación laboral de la descentralización sufre de problemas que llevan a diversos entendimientos sobre su alcance que dificultan la aplicación y fiscalización de la misma y que deberían ser resueltos normativamente, como la propia licitud de la intermediación en actividades complementarias permanentes, la determinación de la aplicación de la regulación laboral sobre descentralización productiva en función a si la actividad califica como principal o complementaria, de acuerdo a criterios establecidos por el regulador; o la fragmentación en la regulación laboral de la descentralización productiva.