

Por:
Carolina Castillo
Pastor*

APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN DE LAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS VÍA INTERMEDIACIÓN LABORAL

Resumen

En el presente artículo se analizaron, desde un punto de vista crítico, las posibilidades de contratación de las actividades complementarias de una empresa usuaria para ser realizadas por un tercero a partir de la regulación normativa de la intermediación laboral vigente en nuestro país, la cual se considera ambigua. Para ello, se definió qué es lo que se entiende por intermediación laboral y se analizó su naturaleza jurídica, diferenciándola de la tercerización de servicios, con el objetivo de delimitar las actividades que pueden ser subcontratadas a través de dicha figura y responder diversas interrogantes planteadas en relación al ejercicio por parte de la empresa usuaria de los poderes de dirección y supervisión sobre el personal destacado y a la autonomía de la entidad de intermediación; cuestiones que se generan debido a que la regulación normativa vigente en nuestro país es confusa. Finalmente, se realizaron sugerencias sobre modificaciones normativas con el fin de que el ordenamiento jurídico peruano laboral respecto a la subcontratación de actividades complementarias de una empresa sea coherente con la naturaleza jurídica de la intermediación laboral y de la tercerización de servicios.

Abstract

This article has presented the analysis, from a critical point of view, of the possibilities of contracting the complementary activities of a user company to be carried out by a third party based on the normative regulation of labour intermediation in force in our country, which is considered ambiguous. To do so, what labour intermediation is will be defined and its legal nature will be analyzed, differentiating it from the outsourcing of services. The objective is to define the activities that can be outsourced by means of that figure and answer various questions raised in relation to the exercise by the user company of the powers of management and supervision over the outstanding personnel and to the autonomy of the intermediary entity; Issues that result given that the current normative regulation in our country is confusing. Finally,

* Docente ordinaria de Derecho del Trabajo, Universidad de Piura. Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad de Piura. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Correo electrónico: carolina.castillo.p@udep.edu.pe.

Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

suggestions were made on normative modifications with the objective that the Peruvian labour law regarding the subcontracting of complementary activities of a company remain coherent with the legal nature of labour intermediation and outsourcing of services.

Palabras clave: intermediación laboral, tercerización de servicios, autonomía de la empresa de intermediación, poder de dirección de la empresa usuaria.

Keywords: labour intermediation, outsourcing of services, autonomy of the intermediation company, management power of the user company.

Sumario

I. ¿Qué es la intermediación laboral? 1. *Intermediación laboral en la doctrina nacional.* 2. *Intermediación laboral en el ámbito internacional de la OIT.* 3. *Intermediación laboral en la normativa peruana vigente.* **II. ¿Qué tipo de actividades pueden ser subcontratadas vía intermediación laboral?** **III. ¿La empresa usuaria puede dirigir y supervisar la actividad del personal destacado producto de una intermediación laboral?** 1. *En la intermediación temporal.* 2. *En la intermediación complementaria.* 3. *En la intermediación altamente especializada.* **IV. Problemática de la regulación actual de subcontratación de servicios complementarios y planteamiento de modificaciones normativas.** 1. *Subcontratación de servicios complementarios de una empresa autónoma que ejerce de manera exclusiva los poderes del empleador.* 2. *Subcontratación de servicios altamente especializados.* **V. Conclusiones.** **VI. Bibliografía.**

I. ¿QUÉ ES LA INTERMEDIACIÓN LABORAL?

1. Intermediación laboral en la doctrina nacional

Las nuevas economías de escala, la saturación de la competencia en los mercados, entre otros motivos, han transformado la empresa, la cual ya no centraliza todas las actividades de su centro productivo, sino que les encarga a terceros la producción de bienes o el cumplimiento de determinados servicios que antes desarrollaba (Arce, 2006, pp. 11 y 12).

Villavicencio (2000) explica que a este fenómeno se le denomina de muy diversas maneras, siendo las más comunes las de “subcontratación”, “terceri-

zación”, “externalización”, “exteriorización del empleo”, “descentralización o “desconcentración productiva o funcional”, siendo la que él prefiere la de subcontratación, porque engloba, con mayor facilidad, las modalidades existentes y debido a que es el término que viene usando la OIT. Adicionalmente, menciona que, dentro de la subcontratación, se presentan dos expresiones principales que serían la intermediación (subcontratación de mano de obra) y la tercerización (subcontratación de la producción de bienes y servicios o descentralización) (pp. 85 y 87).

Toledo (2006) sostiene que se puede concluir que, mediante la tercerización, la empresa beneficiaria va a contratar, con miras a satisfacer el requerimiento de un bien determinado o servicios especializados, no de una prestación de los trabajadores de la contratista, como sí sucede en la intermediación (p. 9).

Villavicencio (2005) considera que la intermediación consiste en proporcionar la mano de obra de trabajadores, cuya actividad va a ser dirigida y controlada por el empresario que se hace cargo de ellos. Sostiene que se trata de relaciones triangulares en las que una empresa celebra un contrato civil con otra para proporcionarle trabajadores vinculados a la primera, pero que prestarían sus servicios bajo el poder directivo y el control de la segunda (p. 146). Se afirma que la “service” o cooperativa mantiene el poder disciplinario, trasladando únicamente las facultades de dirección y fiscalización” (Nava, 2008, p. 31).

Toyama (2020) alega que la intermediación laboral puede ser definida como la provisión de trabajadores de una entidad que es el empleador (empresas de servicios especiales o cooperativas de trabajadores) para que estos presten servicios bajo la dirección o sujeción de un tercero (empresa usuaria) (p. 223). Asimismo, Villavicencio (2000) sostiene que se aprecian relaciones triangulares por las cuales se rompe la tradicional relación directa y bilateral entre quien emite las órdenes (empleador) y aquellos que deben cumplirla (trabajadores), resultando que en medio de ambos aparece el empleador formal que será la entidad de intermediación laboral. Señala que, si bien en el plano jurídico se configuran dos relaciones (una entre las empresas y otra entre los trabajadores y su empleador), lo cierto es que en la práctica la intermediación laboral importa la configuración de tres relaciones:

Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

- Una relación jurídica de carácter civil: entre la empresa de intermediación y la empresa usuaria.
- Una relación jurídica de naturaleza laboral: entre los trabajadores que son destacados a la empresa usuaria y la empresa de intermediación.
- Una relación de sujeción laboral: entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de intermediación que le ha sido destacado.

Quiroz (2014) sostiene que la intermediación laboral, al estar basada en el préstamo de trabajadores rompe el binomio laboral sobre el que se constituyó el derecho laboral, ya que lo que existe realmente es la interposición de un tercer sujeto, ajeno a la relación laboral típica que, sin tener trabajadores en su planilla, es quien se beneficia de la actividad de aquellos (p. 13).

Carhuatocto (2013) señala que en la intermediación laboral existe un copatronato puesto que el trabajador puede recibir instrucciones y órdenes tanto de la empresa de intermediación como de la empresa usuaria (p. 26).

De este modo, se puede concluir que para la doctrina nacional la intermediación laboral es una forma de subcontratación o externalización productiva o funcional, que consiste en la provisión de mano de obra de trabajadores por parte de su empleador (entidad de intermediación —empleador formal—) a favor de un empresario que los dirige y controla (empresa usuaria —empleador real—).

2. Intermediación laboral en el ámbito internacional de la OIT

En el marco del Convenio N.º 181 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) titulado “Convenio sobre las Agencias de Empleo Privadas” (adoptado el 3 de junio de 1997 y en vigor para la OIT desde el 10 de mayo del 2000), se considera agencia de empleo privada, entre otros supuestos, a toda persona (física o jurídica) —independiente de las autoridades públicas— que presta servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona (física o jurídica) llamada “empresa usuaria”, que determina sus tareas y supervisa su ejecución.

Estos servicios son los conocidos como de intermediación laboral, la cual supone la provisión o destaque de trabajadores de su empleador (empresa de intermediación) para ser dirigidos por otra persona (empresa usuaria) con el fin de prestar a favor de ella sus servicios a pesar de que esta última no sea su empleador.

La OIT permite la intermediación laboral para cualquier tipo de empresa privada, sin importar su giro ni la actividad o tipo de trabajadores, de tal manera que corresponde a la legislación nacional de cada Estado miembro regular la actividad de las empresas de intermediación y empresas usuarias para garantizar los derechos de los trabajadores destacados y con el objetivo de evitar el uso fraudulento de esta figura.

Resulta oportuno expresar que el convenio tratado fue rechazado por la mayoría de países miembros de la OIT, entre los cuales se encuentra el Perú, por lo que hasta la fecha el convenio sobre la agencias de empleo no ha sido ratificado por nuestro país y, en este sentido, no forma parte nuestro derecho nacional; sin embargo, no cabe duda que el convenio tiene carácter de recomendación, brindando directrices no vinculantes respecto a lo que se entiende por intermediación laboral y los alcances de esta figura desde la perspectiva de la OIT.

3. Intermediación laboral en la normativa peruana vigente

Producto de la aplicación del artículo 4 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que contiene una presunción a favor de la contratación laboral indefinida, se sostiene que la regla general es la contratación laboral directa, siendo la intermediación laboral un supuesto excepcional (Puntriano, 2011, p. 153). Toyama (2008b) sostiene que la regla en el ordenamiento es la contratación directa sobre la indirecta (p. 97).

La OIT (1997) advierte que en la intermediación laboral el principal problema es determinar si los trabajadores de las entidades de intermediación disfrutan un nivel adecuado de protección social comparado con el que tienen los trabajadores directamente contratados por quien se beneficia de sus servicios,

Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

pudiendo el trabajo de estas personas convertirse en una zona de alto riesgo (p. 6). Es evidente que en esta situación hay un riesgo que los trabajadores sufran perjuicios en dos niveles, tanto en materia de derechos individuales como en derechos colectivos (Neves, 1996, p. 56).

Al amparo del principio protector del derecho del trabajo, resulta razonable que en nuestro país se haya pasado de una regulación flexible contenida en la Ley N.º 24514, Ley que Regula el Derecho a la Estabilidad en el Trabajo (que permitía la contratación vía intermediación laboral de todo tipo de actividad hasta el 50 % del total de la planilla laboral) y posteriormente en el Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Fomento al Empleo (que restringió las actividades que se pueden intermediar y el porcentaje total de la planilla), a una normativa vigente rígida que ha limitado el concepto de las actividades permitidas¹, sujetando la prestación del servicio al cumplimiento por parte de la entidad de intermediación laboral de una serie de requisitos para su constitución (capital social), al otorgamiento de una autorización administrativa previa (registro ante la Autoridad Administrativa de Trabajo), a la formalidad de la contratación (contrato por escrito y registrado en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo) y de la ejecución del servicio (otorgamiento de fianza y deberes de información), así como se establece la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria respecto a las obligaciones laborales de la empresa de intermediación.

Las normas que actualmente regulan de manera íntegra la intermediación laboral en el Perú son la Ley N.º 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores (vigente desde el 10 de enero del 2002, en adelante la Ley de Intermediación Laboral) y su modificatoria efectuada por la Ley N.º 27696 (vigente desde el 13 de abril del 2002), así como el Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, Disposiciones para la aplicación de las Leyes N.º 27626 y N.º 27696 que regulan la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores

1 Para Toyama (2008b), sobre la tercerización, explica que resulta curioso que en el Perú se ha seguido un proceso inverso al de la OIT, ya que los convenios internacionales de trabajo han evolucionado desde una prohibición pasando por una modulación y terminando con la admisión y regulación de la contratación laboral vía intermediación laboral (p. 94).

(vigente desde el 29 de abril del 2002, en adelante el Reglamento de la Ley de Intermediación) y sus diversas modificatorias².

Dichas normas señalan que la intermediación laboral solo podrá 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, las cuales deben tener como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral y destacar a su personal a una empresa usuaria para prestar servicios temporales, complementarios o de alta especialización, siempre que cumplan con los requisitos de la ley y estén registradas ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. A su vez, precisa que los trabajadores destacados no pueden ejecutar permanentemente la actividad principal de dicha empresa³.

Además, se tiene a la Resolución Ministerial N.º 048-2010-TR, Directiva que regula el procedimiento para la inscripción en el Registro Nacional de Empresas y Entidades de Intermediación Laboral (Reneeil) (la Directiva del Reneeil, en adelante), que define a la intermediación laboral como la prestación lícita de servicios a través de terceros (empresas de servicios o cooperativas de trabajo), en la que intervienen trabajadores destacados a la empresa usuaria para desarrollar labores temporales, complementarias o altamente especializadas.

Tras haber efectuado la revisión de la normativa vigente sobre intermediación laboral se aprecia que se trata de un destaque de trabajadores⁴ que

2 El Decreto Supremo N.º 003-2002-TR ha sido modificado a través del Decreto Supremo N.º 006-2003-TR del 24 de mayo del 2003, el Decreto Supremo N.º 019.2006-TR del 29 de octubre del 2006, el Decreto Supremo N.º 008-2007-TR del 27 de abril del 2007 y el Decreto Supremo N.º 020-2007-TR del 20 de setiembre del 2007 y el Decreto Supremo N.º 004-2019-TR del 5 de mayo del 2019.

3 Las empresas de servicios temporales, complementarios y especializados pueden desarrollar simultáneamente las actividades de intermediación previstas en la ley, siempre que ello conste así en su estatuto y registro, mientras que 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.

4 En la sentencia de fecha 19 de diciembre del 2011, emitida en el Expediente N.º 06371-2008-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha expresado que la intermediación laboral tiene como finalidad exclusiva la prestación de servicios por parte de una tercera persona

Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

se lleva a cabo en determinados supuestos (temporalidad, complementariedad y alta especialización), por lo que con el fin de entender la naturaleza jurídica de la intermediación laboral se procederá a analizar las características que le otorgan dichas normas, es decir, el destaque de trabajadores y los supuestos de procedencia.

A) *Destaque de trabajadores*

Cabe precisar que el término “destaque de trabajadores” es distinto al término “desplazamiento de trabajadores”, mientras que el destaque de trabajadores se presenta en los supuestos de intermediación laboral al amparo de la Ley N.º 27626 y el Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, el desplazamiento de trabajadores se presenta en otra figura laboral de contratación de terceros que es la tercerización de servicios laborales, regulada en la Ley N.º 29245, el Decreto Legislativo N.º 1038 y en el Decreto Supremo N.º 006-2008-TR.

Según lo dispuesto por la Ley N.º 29245, Ley de Tercerización de Servicios (en adelante, Ley de Tercerización), se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que 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. Sin embargo, a efectos laborales la tercerización regulada es aquella que supone un desplazamiento continuo del personal de la empresa de tercerización, el cual implica el traslado regular del trabajador o trabajadores de la empresa tercerizadora al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal.

Resulta oportuno recordar que el Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral señala en su artículo 4 que no son intermediación laboral⁵: a) los procesos de tercerización externa, b) los contratos que tienen por objeto que

destacada para que preste servicios temporales, complementarios o de alta especialización en otra empresa llamada “usuaria”.

5 Por su parte, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en el Informe N.º 067-2012-MTPE/2/14 titulado “Absolución de consultas respecto a servicios complementarios de intermediación laboral” (emitido el 3 de diciembre del 2012) precisó que el listado de actividades que no constituyen intermediación laboral contenido en el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral es taxativo.

un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa, y c) los servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos (financieros, técnicos o materiales) y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación⁶.

En este sentido, no se debe asimilar el destaque de trabajadores que se presenta en la intermediación laboral con el desplazamiento de trabajadores típico de la tercerización de servicios. Habiendo efectuado tal aclaración, corresponde definir qué se entiende por el término “destaque de personal o de trabajadores”.

Lamentablemente, la Ley de Intermediación Laboral ni su Reglamento contienen una definición; sin embargo, se cuenta con una referencia normativa para dotarle de significado. Se trata del artículo 1 del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, Reglamento de la Ley N.º 29245 y del Decreto Legislativo N.º 1038, que regulan los servicios de tercerización (en adelante, Reglamento de la Ley de Tercerización de Servicios), que dispone lo siguiente:

- **Simple provisión de personal.** *Es la cesión de trabajadores, la cual es considerada como ilícita, con excepción del destaque de trabajadores que se encuentra regulado en la Ley N.º 27626, su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, y sus normas complementarias y modificatorias. No constituyen una simple provisión de personal el desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora que se realiza en cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, la tercerización sin desplazamiento continuo, el encargo integral a terceros de actividades complementarias, ni las provisiones de obras y servicios sin tercerización. [Énfasis agregado]*

6 La legalidad del referido artículo 4 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la República en la Sentencia de Acción Popular N.º 1949-2004 de fecha 26 de mayo del 2005, en la cual se estableció que esta norma excluye del ámbito de la intermediación laboral a diversos supuestos que no se asemejan como es la tercerización de servicios, por lo que concluyó que el espíritu y sentido de la norma reglamentaria cuestionada fue el de establecer criterios de identificación y diferenciación entre la tercerización de servicios y la intermediación laboral, no pretendiendo de ninguna manera regular aquella.

Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

De la lectura del citado artículo cabría sostener que el destaque de trabajadores es una provisión de personal o cesión de trabajadores o de mano de obra por parte del empleador formal (entidad de intermediación) hacia el centro de trabajo o centro de operaciones del empleador real (empresa usuaria) que se presenta en los supuestos de intermediación laboral regulados en la Ley N.º 27626, a diferencia de lo que ocurre en la tercerización con desplazamiento continuo, tercerización sin desplazamiento continuo, encargo integral a terceros de actividades complementarias, provisiones de obras y servicios sin tercerización; figuras en las que no se presenta el destaque de trabajadores. De este modo, es evidente que las normas sobre tercerización diferencian esta figura de todo supuesto de “provisión de personal” que es propio de la intermediación laboral⁷.

Como lo ha dispuesto la norma anteriormente citada, así como el artículo 4-B del Reglamento de la Ley de Intermediación⁸, se considera que lo que está prohibido es la simple provisión de personal; estando permitida la provisión de personal que se presenta en alguno de los supuestos regulados en las normas de intermediación laboral y en cumplimiento de los requisitos establecidos en ellas. Al ser la intermediación laboral un destaque de trabajadores, cabe concluir que es una cesión de mano de obra⁹ permitida en nuestro ordenamiento jurídico, siempre que se lleve a cabo únicamente en los supuestos autorizados por la Ley N.º 27626 y su reglamento.

Esta afirmación se encuentra respaldada por lo resuelto en la mencionada Sentencia de Acción Popular N.º 1949-2004, de fecha 26 de mayo del 2005, en

7 Así consta en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1038 (Presidencia del Consejo de Ministros, 2008) y en la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2016).

8 Artículo 4-B del Decreto Supremo N.º 003.2002-TR: La contratación de servicios que incumpla las disposiciones del artículo 4 del presente decreto supremo, o que implique una simple provisión de personal, origina que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal.

9 Puntriano (2015) señala que en la subcontratación, a través de la intermediación laboral, no podría entenderse que ocurre propiamente una manifestación de descentralización productiva, puesto que no se está externalizando actividades, sino contratando a una empresa para que suministre personal (p. 194).

la que se establece que la intermediación laboral supone un destaque de mano de obra y bajo dependencia de los trabajadores de los *services* y cooperativas a la empresa usuaria; figura que difiere en cuanto a la naturaleza y objeto con la tercerización de servicios, toda vez que en esta última se presta un servicio integral bajo cuenta, costo y riesgo de quien brinda los servicios.

Es por lo anterior que, mientras el destaque de trabajadores —propio de la intermediación laboral— implica el traslado de trabajadores a la empresa usuaria bajo la forma de una cesión de personal, el desplazamiento continuo de trabajadores —presente en la tercerización de servicios— supone el traslado de trabajadores a la empresa principal, pero manteniendo en todo momento su autonomía respecto a esta última y su subordinación respecto a la empresa de tercerización¹⁰.

Cabe citar las Casaciones N.º 275-2012-LA LIBERTAD, del 8 de junio del 2012 (publicada el 10 de julio del 2012) y N.º 4168-2011-JUNÍN, del 17 de agosto del 2012 (publicada el 2 de enero del 2014), las cuales han resuelto que en la intermediación la empresa usuaria tiene facultad de fiscalización y dirección del personal destacado y que no interesa el resultado de los servicios, sino simplemente que el intermediador provea de mano de obra a la empresa usuaria.

A su vez, el Informe N.º 067-2012-MTPE/2/14, Absolución de consultas respecto a servicios complementarios de intermediación laboral, del 3 de diciembre del 2012, emitido por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, señala como una de sus conclusiones que la intermediación consiste en proporcionar la mano de obra de trabajadores, cuya actividad va a ser dirigida y controlada por el empresario. Es más, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha difundido el tríptico titulado “Intermediación laboral”, en el que se define a la intermediación laboral como

10 Como principales diferencias entre la tercerización y la intermediación laboral, García (2013) señala que en la primera de ellas se presenta el desplazamiento de personal como “medio” para conseguir la finalidad que la empresa tercerizadora pueda ejecutar el servicio para la cual ha sido contratado (no se trata de una “provisión o préstamo de trabajadores”); mientras que en la intermediación laboral, el destaque de personal es el “fin”, opera mediante el destaque de trabajadores para que desarrollen labores a favor de la empresa cliente o también llamada usuaria (p. 35).

Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

el destaque o cesión de mano de obra por parte de una entidad intermediadora (empresa de servicios constituida exclusivamente para tal fin o cooperativa de trabajadores) hacia una empresa usuaria, existiendo vínculo laboral entre la entidad intermediadora y el personal destacado.

En consecuencia, se entiende por destaque de trabajadores a la provisión de personal o cesión de trabajadores o de mano de obra por parte del empleador formal (entidad de intermediación) hacia el centro de trabajo o centro de operaciones del empleador real (empresa usuaria) que dirige al personal cedido o destacado, que se presenta en los supuestos de intermediación laboral regulados en la Ley N.º 27626 (temporal, complementario y altamente especializado).

B) *Supuestos de procedencia de la intermediación laboral*

La normativa vigente admite los siguientes supuestos de intermediación laboral:

- a) **Intermediación de servicios temporales.** Ocurre cuando empresa de servicios temporales o cooperativa de trabajo temporal destaca su personal a otra persona, natural o jurídica, que se denomina “empresa usuaria”, con el fin de prestarle servicios para desarrollar labores temporales, la cual dirige y supervisa sus tareas; es decir, estos trabajadores se encuentran bajo el poder de dirección de la empresa usuaria.

Las labores temporales que se pueden intermediar bajo este supuesto son las correspondientes a los contratos de trabajo sujetos a modalidad de suplencia¹¹ y ocasional¹². Torres (2012, p. 12) precisa que en la

11 Las actividades temporales que corresponden al contrato de suplencia son aquellas destinadas a que se sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentra suspendido, así como a las coberturas de puestos de trabajo estables, cuyo titular por razones de orden administrativo debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo. Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias (artículo 61 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y artículo 5.1 de la Resolución Ministerial N.º 048-2010-TR, Directiva que regula el procedimiento para la inscripción en el Registro Nacional de Empresas y Entidades de Intermediación Laboral (Reneeil).

12 Las actividades temporales que corresponden al contrato ocasional son aquellas destinadas

intermediación temporal el destaque de los trabajadores será temporal, aunque las actividades a desarrollar podrán tener carácter principal o complementario.

El número de trabajadores de las empresas de servicios o cooperativas que pueden prestar servicios en las empresas usuarias, bajo la modalidad de intermediación temporal, no podrá exceder del 20 % del total de trabajadores de la empresa usuaria.

- b Intermediación de servicios complementarios.** Se presenta cuando una empresa de servicios complementarios o cooperativa de trabajo y fomento del empleo destaca su personal a otra persona, natural o jurídica que se denomina “empresa usuaria”, con el fin de prestarle servicios para desarrollar labores complementarias, sean permanentes o temporales (Villavicencio, 2005, p. 148)¹³, en las que esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado.

Las actividades complementarias son definidas como aquellas actividades de carácter auxiliar, no vinculadas a la actividad principal y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpen la actividad empresarial; no siendo indispensables para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria. Las normas han establecido como casos de actividades complementarias a las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza, entre otros¹⁴.

a cubrir necesidades transitorias y distintas de la actividad habitual de la empresa usuaria que no tengan una duración mayor a 6 meses al año (artículo 60 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

- 13 En este mismo, sentido se manifiesta el literal b) del numeral 2.2 del Informe N.º 067-2012-MTPE/2/14 de fecha 3 de diciembre del 2012.
- 14 Se considera que este no es un listado taxativo, debiendo analizarse en cada caso el tipo de actividad a ser ejecutada por el personal de un tercero con el fin de determinar si es o no una actividad complementaria. En la Casación N.º 1693-2012-MOQUEGUA, de fecha 13 de agosto del 2012, se ha establecido que el análisis de la actividad calificada como complementaria debe atender al caso concreto, puesto que no puede realizarse una enumeración taxativa de las mismas en un mismo contexto, principalmente porque lo que califica como actividad complementaria para una empresa, puede no serlo para otra (considerando décimo primero).

Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

En este sentido, resulta claro que las actividades complementarias se definen en oposición a las actividades principales, las cuales son aquellas consustanciales al giro del negocio y, en general, toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa, como sería el caso de las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios¹⁵. A título de ejemplo, el Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral cita las actividades de exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración y comercialización.

En este sentido, las actividades complementarias deben ser periféricas; es decir, que no formen parte de la actividad principal o estratégica de la empresa usuaria ni tampoco de las actividades de soporte, a tal punto de que la regla interpretativa debe ser la actividad principal y la excepción la complementaria (Toyama, 2008a, p. 198).

En el proceso de identificación de las actividades complementarias debe tenerse en cuenta que la regla en el ordenamiento es la contratación directa sobre la indirecta y ello implica que la interpretación sobre los alcances de la actividad complementaria debe ser restrictiva y limitada a casos concretos (Toyama, 2008a, p. 97).

Según lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley de Intermediación Laboral, el porcentaje limitativo del 20 % de trabajadores de entidades de intermediación que pueden prestar servicios en las empresas usuarias que se ha establecido para la modalidad temporal no será aplicable a los servicios complementarios, siempre y cuando la empresa de servicios o cooperativa asuma plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades.

- c) **Intermediación de servicios altamente especializados.** Consiste en que una empresa de servicios especializados o cooperativa de trabajo y fomento

15 La Casación N.º 1695-2012-MOQUEGUA señala que la actividad principal es aquella que se relaciona con el ciclo productivo, tanto las propiamente principales como aquellas que sirven como o colaboran para su cumplimiento, y que no se debe atender al objeto social o las actividades usuales de la entidad de intermediación laboral, sino a la función que la unidad productiva cumple en el mercado.

del empleo destaca a su personal a otra persona, natural o jurídica (llamada “empresa usuaria”) con el fin de prestarle servicios para desarrollar labores altamente especializadas, en las que esta última carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados.

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. El Informe N.º 067-2012-MTPE/2/14, de fecha 3 de diciembre del 2012, sostiene que los servicios altamente especializados son actividades complementarias y no actividades principales.

Toyama (2008a) sostiene que los supuestos de actividades altamente especializadas son excepcionales y se reducen a casos con un alto conocimiento en tecnología (tan sofisticado y especializado que los especialistas en el mercado son reducidos) (p. 199).

La Directiva del Reneil señala que constituyen ejemplos de actividades altamente especializadas: saneamiento especializado, desinsectación, desratización, desinfección, limpieza, desinfección de reservorios de aguatanques elevados y cisternas— y limpieza de tanques sépticos.

Al exigirse completa autonomía de la entidad de intermediación de servicios altamente especializados, no existe límite máximo de trabajadores de dichas entidades que pueden prestar servicios en las empresas usuarias.

II. ¿QUÉ TIPOS DE ACTIVIDADES PUEDEN SER SUBCONTRATADAS VÍA INTERMEDIACIÓN LABORAL?

En relación a la subcontratación de actividades principales vía intermediación laboral, la intermediación temporal es la única que la permite, siempre que sean actividades principales ocasionales o de suplencia, no estando permitida la contratación vía intermediación laboral de actividades principales permanentes, ya que está prohibida la ejecución permanente de la actividad

Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

principal de la empresa por parte de los trabajadores destacados, conforme lo ha dispuesto el artículo 3 de la Ley de Intermediación Laboral.

Por otro lado, respecto a la subcontratación de actividades complementarias, el supuesto de intermediación de servicios complementarios es en principio el que corresponde usar (sean permanentes¹⁶ o temporales). Sin embargo, cabe precisar que las actividades complementarias también pueden ser contratadas para que se sean desarrolladas por una entidad de intermediación temporal (siempre que tengan naturaleza temporal o accidental), así como por una entidad de intermediación de servicios altamente especializados (sean temporales o permanentes), ya que las actividades altamente especializadas son un tipo de actividad complementaria con la particularidad de tener una alta especialización.

III. ¿LA EMPRESA USUARIA PUEDE DIRIGIR Y SUPERVISAR LA ACTIVIDAD DEL PERSONAL DESTACADO PRODUCTO DE UNA INTERMEDIACIÓN LABORAL?

1. En la intermediación temporal

La Ley de Intermediación establece que las empresas de servicios temporales son aquellas personas jurídicas que contratan con terceras (denominadas “usuarias”) para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante el destaque de sus trabajadores para desarrollar las labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia.

16 Se considera que la Casación N.º 275-2012-LA LIBERTAD, de fecha 8 de junio del 2012, ha cometido un error al afirmar, en el numeral 2 del considerando décimo quinto, que los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad complementaria de la empresa usuaria. Ello debido a que la prohibición contenida en el artículo 3 de la Ley de Intermediación Laboral está referida a la ejecución permanente de la actividad principal, mas no de una actividad complementaria. Si lo señalado por la Corte Suprema fuera cierto, entonces no existiría la intermediación de servicios complementarios ni la de servicios altamente especializados, sino únicamente se pudiera intermediar en el supuesto de temporalidad, lo que resulta claro que no sucede en nuestro ordenamiento jurídico laboral vigente.

El Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral señala que la 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.

En este sentido, acorde con la naturaleza jurídica de cesión de personal propia de la intermediación laboral, se ha establecido expresamente que en la intermediación de servicios temporales es la empresa usuaria la que ejerce el poder de dirección y fiscalización respecto a los trabajadores destacados por la entidad de intermediación.

2. En la intermediación complementaria

El artículo 1 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral dispone que en la intermediación de servicios complementarios la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado. Además, el artículo 3 del mismo establece la obligación de las empresas de servicios complementarios de asumir plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades.

Es por ello que diversos autores sostienen que en la intermediación de servicios complementarios la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado, como fundamento para sustentar que la empresa usuaria de una intermediación complementaria no puede dirigir ni supervisar al personal destacado, resultando que la entidad de intermediación complementaria se encuentra obligada a ejercer de manera exclusiva el poder de dirección respecto a su personal. En consecuencia, sostienen que en este supuesto normativo de intermediación laboral no se produce una cesión de trabajadores y que en realidad este supuesto de subcontratación no es una intermediación sino una tercerización de servicios¹⁷.

17 Entre otros, esta opinión es sostenida por Villavicencio (2000, pp. 88 y 89), Villavicencio (2005, pp. 149 y 150), Arce (2008, p. 121), Toyama (2020, p. 233), Toyama (2008b, p. 98), Torres (2012, pp. 11, 14-15).

Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

En este sentido, también se han manifestado el Informe N.º 244-2003-SUNAT/2B000, de fecha 25 de agosto del 2003, según el cual, en la intermediación de servicios complementarios o altamente especializados, la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado, por lo que no puede determinar ni supervisar sustancialmente las tareas del trabajador destacado. Por su parte, en el Informe N.º 067-2012-MTPE/2/14, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo consigna que la normativa sobre intermediación laboral regulada en la Ley N.º 27626 y el Decreto Supremo N.º 003-2002-TR trae un tratamiento sistemático de este instituto que mantiene bajo su ámbito a figuras de descentralización productiva que responden a fenómenos de subcontratación distintos al suministro de mano de obra.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido en la Casación N.º 1693-2012-MOQUEGUA, de fecha 13 de agosto del 2012 que la Ley N.º 27626 contiene dos supuestos diferentes: a) cesión de mano de obra legalizada (intermediación temporal) en la que la empresa usuaria ejerce el poder de dirección sobre los trabajadores destacados; y, b) subcontratación de servicios (intermediación complementaria e intermediación especializada), en las cuales las empresas de intermediación ejercen el poder de dirección sobre sus trabajadores, por lo que estas intermediaciones no son casos de cesión de mano de obra¹⁸.

Sin embargo, en el presente artículo se sostiene que la disposición que señala que la empresa usuaria de una intermediación de servicios complementarios no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado, no implica por sí misma que en la intermediación de servicios complementarios la empresa usuaria esté prohibida de ejercer poderes de dirección y de supervisión sobre el personal destacado.

18 Llama la atención que la Corte Suprema haya emitido un pronunciamiento de este tipo cuando, un mes antes y también días después, la misma Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente emitió el 8 de junio del 2012 la Casación N.º 275-2012-LA LIBERTAD (publicada el 10 de julio del 2012) y el 17 de agosto del 2012 la Casación N.º 4168-2011-JUNÍN (publicada el 2 de enero del 2014), en las que expresamente resolvió que en la intermediación la empresa usuaria tiene facultad de fiscalización y dirección del personal destacado y que no interesa el resultado de los servicios, sino simplemente que el intermediador provea de mano de obra a la empresa usuaria; sin hacer distinción alguna respecto a las intermediación de servicios complementarios ni haber afirmado que dicho supuesto no sea uno de intermediación.

Como fundamento principal de la postura indicada, se encuentra la propia naturaleza jurídica de la intermediación laboral, la cual supone un destaque de trabajadores o cesión de personal que implica la presencia de dos empleadores: uno formal (empresa de intermediación) y otro real (empresa usuaria) (De Lama y Gonzales, 2010, p. 137).

El numeral 5.1 de la Directiva del Reneeil define a la empresa usuaria como aquella persona que ejerce las facultades de dirección y supervisión de las tareas del personal destacado, sin hacer distinción alguna respecto a los diversos supuestos de intermediación. De tal manera que, si se niega que la empresa usuaria pueda ejercer poder sobre el personal destacado, se privaría de su naturaleza de intermediación a este supuesto de subcontratación de terceros para la realización de actividades complementarias, a pesar de que se trata de un supuesto de intermediación laboral regulado expresamente en la ley¹⁹.

Por otro lado, es diferente afirmar que la empresa usuaria carezca de poder de dirección y de supervisión sobre el personal destacado (como expresamente lo ha dispuesto la Ley de Intermediación Laboral en su artículo 11.1 para el supuesto de intermediación de servicios altamente especializados) que exigir a la empresa usuaria de una intermediación de servicios complementarios no ejercer dichos poderes de manera sustancial. Que la empresa usuaria carezca de poderes de dirección y supervisión no es lo mismo que sí los tenga, pero en un grado que no los centralice y no los asuma de manera que prive de su titularidad a la empresa de intermediación.

Además, sostener que la empresa usuaria carece de facultad de dirección sobre el personal destacado en una intermediación complementaria sería asimilarla a la intermediación altamente especializada en la que expresamente se ha establecido que la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados, por lo que no tendría sustento alguno que sean supuestos de

19 Toyama (2008b) afirma que la regulación legal desnaturaliza la figura de la intermediación laboral al excluir al empleador de sus facultades de dirección y control. Señala que las actividades complementarias como las altamente especializadas reflejan un contenido “antintermediación laboral” (p. 98).

Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

intermediación diferentes, especialmente cuando ambas intermediaciones son para actividades complementarias.

Asimismo, es necesario tener presente que la regulación restrictiva de la intermediación laboral (supuestos limitados, autorización previa y permanente por medio del Reneeil, registro de contratos, fianza, responsabilidad solidaria, etc.) se justifica por la intervención o injerencia de la empresa usuaria respecto al personal destacado con el que no tiene vínculo laboral alguno; a diferencia de lo que sucede en la tercerización de servicios en que la empresa principal no tiene injerencia alguna sobre el personal desplazado, por lo que no existen estas exigencias²⁰. En consecuencia, si se sostiene que la empresa usuaria no puede ejercer de ninguna manera poder sobre el personal destacado producto de una intermediación laboral complementaria, entonces no habría razón alguna que justifique el tratamiento restrictivo propio de la intermediación laboral.

La Casación N.º 275-2012-LA LIBERTAD (publicada el 10 de julio del 2012) y la Casación N.º 4168-2011-JUNÍN (publicada el 2 de enero del 2014), expresamente han resuelto que en la intermediación la empresa usuaria tiene facultad de fiscalización y dirección del personal destacado y que no interesa el resultado de los servicios, sino simplemente que el intermediador provea de mano de obra a la empresa usuaria; sin hacer distinción alguna respecto a las intermediación de servicios complementarios ni haber afirmado que dicho supuesto no sea uno de intermediación.

El citado Informe N.º 067-2012-MTPE/2/14 señala, como una de sus conclusiones, que la intermediación consiste en proporcionar mano de obra de trabajadores, cuya actividad va a ser dirigida y controlada por el empresario. Precisa que no todas las facultades que integran el poder de dirección de la entidad de intermediación son trasladadas a la empresa usuaria, ya que la facultad disciplinaria es conservada por la entidad que suministra la mano de obra.

20 Toyama (2008b) señala que, mientras que la intermediación laboral tiene una reglamentación muy rígida y limitada, el *outsourcing* o tercerización cuenta con una regulación genérica y abierta, pero bajo ciertos requisitos (p. 85).

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha precisado en el mencionado tríptico titulado “Intermediación laboral”, respecto al poder de dirección, que mientras en la intermediación laboral la empresa de servicios cede parte de su poder de dirección (dirección y fiscalización) a la empresa usuaria y mantiene el poder disciplinario, en la tercerización laboral el poder de dirección lo ejerce íntegramente la empresa tercerizadora.

Es por ello que se sostiene que, si bien que la disposición del artículo 1 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, que señala que la empresa usuaria de una intermediación de servicios complementarios no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado, puede llevar a pensar que en la intermediación de servicios complementarios la empresa usuaria está prohibida de ejercer poderes de dirección y de supervisión sobre el personal destacado, lo cierto es que no debe perderse de vista la naturaleza jurídica de destaque de personal de la intermediación laboral, por lo que se considera que la empresa usuaria sí puede ejercer poder de dirección sobre el personal destacado, aunque no de manera sustancial y exclusiva²¹, conforme a los fundamentos anteriormente explicados.

Esta afirmación se encuentra respaldada por el hecho que no ha sido regulado como supuesto de desnaturalización de la intermediación de actividades complementarias que la empresa usuaria ejerza poderes de dirección y de supervisión sobre el personal destacado, conforme se puede corroborar de la revisión de los artículos 4 y 8 de la Ley de Intermediación Laboral y del artículo 14 de su reglamento.

Sin embargo, no se puede dejar de advertir que el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral establece la obligación de las empresas de servicios complementarios de asumir plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades. Es por ello que cabe preguntarse lo siguiente: ¿La intermediación de servicios complementarios tal

21 Este supuesto es considerado por Mejía (2014) como un caso de “tercerización blanda”, en el que el destaque de trabajadores es parte gravitante del contenido del servicio por ser intensiva en mano de obra y, a su vez, la entidad de intermediación dirige sustancialmente la actividad de sus trabajadores y goce de autonomía técnica y organizativa (p. 102).

Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

cual está regulada en nuestro país requiere que la entidad de intermediación sea completamente autónoma, de tal modo que la empresa usuaria esté prohibida de intervenir en la dirección y supervisión del personal destacado?

Cabe recurrir a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley de Intermediación Laboral, según el cual no resulta aplicable el límite del 20 % del total de trabajadores de la empresa usuaria para destacar trabajadores de entidades de intermediación de servicios complementarios, siempre y cuando la entidad asuma plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades. Es así que se podría sostener que esta exigencia de asunción de plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades por parte de la empresa de intermediación de servicios complementarios únicamente tendría por finalidad delimitar los casos en los que no corresponde aplicar el límite porcentual de cantidad de trabajadores destacados (Toyama, 2008a, p. 201).

Esta norma permite concluir que en la intermediación de servicios complementarios se pueden presentar dos escenarios: por un lado, uno en el que la entidad de intermediación asuma plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades, en cuyo caso no se aplicaría el porcentaje limitativo; y, por otro lado, un panorama en el que la entidad de intermediación no asuma plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades, ante lo que correspondería aplicar el límite indicado.

Como se puede apreciar, la misma Ley de Intermediación Laboral admite la posibilidad que una entidad de intermediación de servicios complementarios pueda no tener plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades, en cuyo caso simplemente corresponde aplicar el porcentaje limitativo, admisión que implica que el grado de autonomía de la entidad de intermediación no es el criterio que define por sí mismo a la intermediación de servicios complementarios en nuestra normativa vigente.

Por tanto, respecto a la exigencia a las entidades de intermediación de servicios complementarios de asumir plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades regulada en el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Intermediación, se sostiene que este requerimiento no descarta por

si mismo la posibilidad que la empresa usuaria pueda efectivamente dirigir y supervisar (aunque no de manera sustancial) al personal destacado de una entidad de intermediación, ya que exigir a las empresas de servicios complementarios que asuman autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades, no es lo mismo que prohibir que la empresa usuaria intervenga en la dirección y fiscalización o supervisión de los trabajadores destacados, siendo relevante tal exigencia únicamente para determinar si corresponde o no aplicar el límite de contratación del 20 % para el personal destacado en relación a los trabajadores de la empresa usuaria.

3. En la intermediación altamente especializada

El artículo 11.3 de la Ley de Intermediación Laboral ha dispuesto, de manera expresa, que en este supuesto de intermediación la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados, por lo que, en este caso, la entidad de intermediación centraliza, de manera exclusiva, todos los poderes propios del empleador.

IV. PROBLEMÁTICA DE LA REGULACIÓN ACTUAL DE SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS Y PLANTEAMIENTO DE MODIFICACIONES NORMATIVAS

Tal cual se encuentra regulada en nuestro país la subcontratación de actividades complementarias, se considera que se presentan dos situaciones que cuestionan la naturaleza jurídica de destaque de personal que merecen ser revisadas:

1. Subcontratación de servicios complementarios de una empresa autónoma que ejerce de manera exclusiva los poderes del empleador

Según la posición sustentada, si la entidad de intermediación complementaria es plenamente autónoma en todo sentido y ejerce de manera exclusiva los poderes propios de su calidad de empleador (dirección, fiscalización y sanción), entonces ya no se estaría ante un supuesto de destaque de personal propio de la intermediación laboral, encontrándose en realidad ante una

Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

tercerización de servicios, en la que no existe injerencia alguna de la empresa principal sobre los trabajadores de la empresa contratista.

Sin embargo, resulta oportuno manifestar que, tratándose de actividades complementarias (sean temporales o permanentes), nos topamos con que la normativa vigente únicamente tolera que sean intermediadas —mas no tercerizadas al amparo de la Ley N.º 29245 y el Decreto Legislativo N.º 1038— por mandato de los artículos 1 y 2 del previamente mencionado Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, Reglamento de la Ley de Tercerización, al restringir la tercerización de servicios a la subcontratación con desplazamiento continuo de las actividades principales de la empresa usuaria para que sean realizadas por un tercero autónomo²².

Al respecto, cabe mencionar que tal limitación no viene por mandato legal ni se debe concluir en respeto a la naturaleza de la tercerización de servicios; ya que la Ley N.º 29245 y el Decreto Legislativo N.º 1038 definen la tercerización en base al criterio de especialidad de la actividad, mas no por su naturaleza principal, como erróneamente señala la Exposición de Motivos del Reglamento de la Ley de Tercerización.

Navarrete (2018) sostiene que, a pesar de que cree que la Ley N.º 29245 no fue hecha para la tercerización de servicios complementarios, ha sido el reglamento el que expresamente ha considerado que la tercerización se puede practicar para desarrollar actividades principales; sin embargo, la Ley N.º 29245 no ha sido expresa en ese sentido, ya que limita su ámbito de aplicación a las actividades especializadas (p. 69).

Es por todo lo anterior que se plantea que para los supuestos de contratación de un tercero con el fin de que ejecute de manera autónoma una actividad complementaria de una empresa usuaria en los que esta carezca de poderes de dirección y supervisión sobre el personal destacado, se debería permitir la

22 Ello se ha visto confirmado en la sentencia de Acción Popular N.º 1607-2012-LIMA, del 23 de mayo del 2013, en la que se considera que la figura de la tercerización solo corresponde a actividades principales, puesto que considera que la subcontratación de actividades complementarios está reservada a la intermediación laboral, de conformidad con la exposición de motivos del Reglamento de la Ley de Tercerización.

tercerización de servicios de actividades complementarias de la empresa usuaria al amparo de la Ley N.º 29245 y el Decreto Legislativo N.º 1038.

Para ello, sería necesario efectuar las modificaciones reglamentarias de los artículos 1 y 2 del Reglamento de la Ley de Tercerización, propuesta que se condice con lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento de la Ley de Tercerización (Decreto Supremo N.º 006-2008-TR), según el cual el encargo integral a terceros de actividades complementarias no constituye una simple provisión de personal, es decir, no es intermediación laboral.

2. Subcontratación de servicios altamente especializados

A partir de la diferencia que existe entre la intermediación laboral y la tercerización de servicios se puede apreciar que existen diversos niveles de autonomía que una empresa subcontratada puede tener al prestar un servicio relacionado con una actividad complementaria de la empresa usuaria o principal: en la intermediación de servicios complementarios se exige autonomía técnica y responsabilidad de sus actividades a la empresa subcontratista, mientras que en la tercerización de servicios se le requiere a la empresa subcontratada ser autónoma en todo sentido, de tal modo que no solamente está obligada a tener autonomía técnica y a ser responsable de sus actividades, sino que además debe ejercer de manera exclusiva los poderes de empleador del personal desplazado.

Sin embargo, a partir de lo dispuesto en el artículo 11.3 de la Ley de Intermediación Laboral y en el artículo 1 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral que disponen que en el supuesto de intermediación laboral de servicios especializados la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados y que en la intermediación de servicios especializados la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado; cabría sostener que en realidad la subcontratación de actividades complementarias altamente especializadas no supone el destaque de trabajadores propio de la intermediación laboral, sino un desplazamiento de trabajadores que se presenta en la tercerización de servicios.

Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

Villavicencio (2000) sostiene que, respecto a la regulación de la subcontratación de servicios altamente especializados en nuestro país, resulta evidente que la normativa de intermediación laboral se encuentra dentro del fenómeno de la tercerización y no de la intermediación, porque no se cumple con el desdoblamiento del empleador que es esencial en el fenómeno de la intermediación (pp. 149 y 150).

Es por lo anteriormente mencionado que se sugiere que la propuesta modificación normativa de los artículos 1 y 2 del Reglamento de la Ley de Tercerización venga acompañada por una derogación del supuesto de intermediación de servicios altamente especializados contenido en la Ley N.º 27626, Ley de Intermediación Laboral y su reglamento (Decreto Supremo N.º 003-2020-TR) y de toda norma que lo regule, de tal manera que la inclusión de contratación de actividades complementarias vía tercerización de servicios también se aplique para permitir la contratación de un tercero con el fin de ejecutar con autonomía actividades de alta especialización (que tienen naturaleza complementaria).

Producto de los cambios normativos sugeridos a nivel legal y reglamentario, el panorama laboral, respecto a la subcontratación de un tercero para realizar actividades complementarias de una empresa usuaria o principal, podría efectuarse tanto vía intermediación laboral como tercerización de servicios, lo que finalmente dependerá de la especialidad del servicio, las condiciones de ejecución, el nivel de autonomía de la empresa tercera y el grado de ejercicio del poder de dirección por parte de la empresa usuaria o principal, según corresponda; todo ello a determinarse en respeto del principio de primacía de realidad y de la naturaleza jurídica de ambos mecanismos de subcontratación laboral (intermediación laboral y tercerización de servicios).

V. CONCLUSIONES

1. La intermediación laboral es una forma de subcontratación o externalización de las actividades de una empresa usuaria que supone el destaque de trabajadores o la provisión de personal por parte del empleador formal (entidad de intermediación) hacia el centro de trabajo o centro de operaciones del empleador real (empresa usuaria) que está permitida únicamente en tres supuestos: temporal (ocasional y suplencia), complementario (la empresa usuaria no determina ni

supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado) y altamente especializados (la empresa usuaria carece de poder de dirección sobre el personal destacado).

2. Se defiende la idea que nuestra normativa sobre intermediación de actividades complementarias admite la posibilidad de intervención no sustancial de la empresa usuaria sobre el personal destacado en el supuesto de intermediación complementaria, respetando la naturaleza de intermediación laboral.
3. La regulación de la intermediación laboral de servicios altamente especializados se encuentra dentro del fenómeno de tercerización (no de intermediación), al haberse regulado expresamente que la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados.
4. Considerando que la normativa vigente no permite la tercerización de actividades complementarias (sean temporales o permanentes) de una empresa principal, se plantea la modificación de los artículos 1 y 2 del Reglamento de la Ley de Tercerización y la derogación del supuesto de intermediación de servicios altamente especializados contenido en la Ley N.º 27626 y el Decreto Supremo N.º 003-2020-TR, así como en toda norma que lo desarrolla.
5. Se plantea un panorama laboral normativo que permita tanto la intermediación laboral como la tercerización de servicios para la subcontratación de actividades complementarias, dependiendo de la especialidad del servicio, las condiciones de ejecución, el grado de autonomía de la empresa tercera y el grado de ejercicio del poder de dirección por parte de la empresa usuaria o principal, según corresponda; todo ello a determinarse en respeto del principio de primacía de realidad y de la naturaleza jurídica de ambos mecanismos de subcontratación laboral.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Arce, E. (2006). *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra Editores.
- Arce, E. (2008). *Derecho individual de trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Palestra.

Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

- Carhuatocto, H. (mayo del 2013). La Casación Laboral N.º 1399-2010-LIMA que atiza el debate sobre la tercerización de las actividades principales y el fraude a la ley laboral. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (176), 25-34.
- De Lama, M. y Gonzales, L. (2010). *Desnaturalización en las relaciones laborales. Situaciones de simulación y fraude en los contratos de trabajo, tercerización, intermediación, modalidades formativas y otros*. Gaceta Jurídica.
- García, A. (mayo del 2013). El principio de primacía de la realidad en la intermediación laboral y en la tercerización de servicios. A propósito de las actividades materia de externalización. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (176), 35-40.
- Mejía, R. (2014). El alcance de la regulación laboral de la descentralización productiva. *Themis*, (65), 97-106.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (s. f.). Intermediación laboral [tríptico]. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado el 7 de enero del 2021. https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/informacion/TRABAJADORES/INF_INTERMEDIACION_LABORAL.pdf.
- Presidencia del Consejo de Ministros (2008). Decreto Legislativo N.º 1038, que precisa los alcances de la Ley N.º 29245, Ley que Regula los Servicios de Tercerización. Exposición de Motivos [Oficio N.º 654-2008-DP/SCM]. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado el 7 de enero del 2021 de http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1038.pdf.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2016). Decreto Supremo que Aprueba el Reglamento de la Ley N.º 29245 y del Decreto Legislativo N.º 1038, que regulan los servicios de tercerización. Exposición de Motivos [Oficio N.º 5938-2016-MTPE/4]. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado el 7 de enero del 2021 de <http://spij.minjus.gob.pe/graficos/peru/2008/setiembre/12/EXP-DS-006-2008-TR.pdf>.
- Nava, L. (2008). *A propósito del Tratado de Libre Comercio: la intermediación laboral y la tercerización de servicios*. Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.
- Navarrete, A. (2018). *Tercerización e intermediación laboral. Problemática actual*. Gaceta Jurídica.

- Neves, J. (1996). Intermediación laboral: agencias de colocación y empresas de servicios. *Revista Derecho y Sociedad*, (11), 153–157.
- Organización Internacional del Trabajo. (Junio de 1997). *Trabajo en Régimen de Subcontratación* [informe VI]. Conferencia Internacional del Trabajo 85.^a Reunión, Ginebra, Suiza.
- Puntriano, C. (2011). Los efectos de la subcontratación en las relaciones laborales: análisis de la responsabilidad solidaria como mecanismo de tutela. *Revista Derecho & Sociedad*, (37), 151–165.
- Puntriano, C. (2015). *Subcontratación y contratos temporales. Estado de la Cuestión*. En *Estabilidad en el empleo, fiscalización laboral, jubilación de trabajadores independientes y el arbitraje en la negociación colectiva*. VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (191–207). Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.
- Quiroz, L. (2014). *Nuevas formas de contratación laboral: intermediación, tercerización y teletrabajo*. Soluciones Laborales.
- Toledo, O. (2006). Intermediación laboral, *outsourcing* y *downsizing* en intermediación laboral. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 50, 4–46. Normas Legales.
- Torres, C. (2012). Desnaturalización de la intermediación laboral ¿resulta determinante la ejecución de actividades principales de la empresa usuaria? *IUS Revista de Investigación Jurídica*, 2(4), 1–20.
- Toyama, J. (2008). *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral*. Gaceta Jurídica.
- Toyama, J. (2008). Tercerización e intermediación laboral: diferencias y tendencias. *Revista Derecho y Sociedad*, (30), 84–103.
- Toyama, J. (2020). *El derecho individual del trabajo en el Perú. Un enfoque- teórico-práctico* (2.^a ed.). Gaceta Jurídica.
- Villavicencio, A. (2000). La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: el caso de la intermediación. *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú* [Documento de Trabajo N.º 124]. Oficina Internacional de Trabajo
- Villavicencio, A. (2005). La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico. *Ius et Veritas*, XIV(29), 143–153.