

LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: MECANISMO DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y SU REGULACIÓN JURÍDICA EN EL PERÚ

Cristina Nélica Torres Tafur
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
Chiclayo

1. ORIGEN DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y DESARROLLO DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

A partir de los años setenta surgen nuevos fenómenos económicos y tecnológicos que ocasionan en el mercado, la saturación de la competencia, nuevas economías de escala y la necesidad de incorporar aquellos nuevos fenómenos tecnológicos y económicos a la dinámica empresarial.

De este modo, resultó imprescindible una reestructuración de la organización empresarial para adecuarse a la nueva realidad económica, y adoptar un sistema flexible tanto en la producción como en la organización¹. Si antes, en el mercado de economías cerradas, se preferían las empresas burocráticas y de grandes dimensiones; para enfrentar la globalización económica y mercados saturados de competencia, se prefieren empresas más pequeñas². La empresa tradicional, que seguía un modelo de producción unitario y concentrado, desaparece y surge, en su lugar, otro tipo de empresa que tiende al

¹ Cfr. ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos de la Descentralización Productiva sobre las Relaciones Colectivas de Trabajo: ETT y Contratas*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 15.

² Cfr. ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo, *Subcontratación entre Empresas y Relación de Trabajo en el Perú*, Palestra, Lima, 2006, p. 7.

adelgazamiento paulatino y al establecimiento de redes de colaboración con otras empresas³.

La idea central de esta novedosa estrategia organizativa es que la empresa descentralice su forma de producción: encarga a terceros la prestación de determinados servicios que antes desarrollaba, y así reduce sus dimensiones con el objeto de tomar decisiones rápidas y eficaces. La adaptación a un mercado cambiante y flexible, requiere también estructuras organizativas empresariales de corte flexible⁴.

Debido a estas transformaciones de los sistemas productivos, las clásicas funciones de un Derecho del Trabajo tuitivo –que protege al trabajador con mecanismos compensatorios–, se ven destipificadas produciéndose una «Huida del Derecho Laboral»⁵ hacia la utilización de mecanismos descentralizadores de los servicios laborales.

Ahora bien, estos cambios en la gestión empresarial han sido llamados de distintas formas. No existe un término unívoco ni un desarrollo doctrinario que haya adoptado un vocablo uniforme para calificarlos. Se le suele denominar tercerización o intermediación laboral⁶, subcontratación⁷, externalización de actividades⁸, descentralización productiva⁹. Esta imprecisión conceptual afecta la regulación jurídica de este fenómeno.

³ Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, «Filialización y grupos de empresas», en AA.VV., *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo*, Ponencia General del X Congreso Nacional del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, p. 630. Citado por ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo, *op. cit.*, p. 11. En el mismo sentido, Jorge TOYAMA ha señalado que «todo ello lleva a la existencia de empresas «flexibles» que, mediante la desintegración vertical del ciclo productivo, generan relaciones de trabajo a niveles interempresariales, obteniéndose altos niveles de flexibilidad interna y externa sobre la base de diferentes grupos de trabajadores». TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones del Derecho Laboral*, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p. 264.

⁴ Cfr. ARCE ORTIZ, Elmer, *op. cit.*, p. 12.

⁵ El concepto de este fenómeno fue presentado por Martín VALVERDE al mundo académico a través de su artículo denominado «El discreto retorno del arrendamiento de servicios» en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel ALONSO OLEA, editado por Centro de Publicaciones, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1999, pp. 209-236.

⁶ Cfr. FERRO DELGADO, Víctor, «La Subcontratación o Intermediación Laboral», en *Balance de la Reforma Laboral Peruana*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, p. 141.

⁷ Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, «La Flexibilidad y Los Mecanismos de Subcontratación Laboral: El Caso de la Intermediación», en *Estudios Sobre La Flexibilidad en el Perú*. Documentos de Trabajo 124. OIT. Oficina de Área y Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos. p. 85.

⁸ Cfr. FERRO DELGADO, Víctor, *op. cit.*, p. 143.

⁹ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *op. cit.*, p. 9.

En este sentido, la denominación «descentralización productiva» nos parece la más correcta para este fenómeno de organización empresarial, que puede definirse como: la organización del proceso de elaboración de bienes o prestación de servicios para el mercado final de consumo, por el que una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas actividades precisas para alcanzar el bien final, y opta en su lugar, por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo¹⁰.

Este fenómeno se manifiesta tanto en la organización externa de la empresa así como en su organización interna¹¹. En el primer caso, se desplazan a otras empresas o personas, con quienes se celebran acuerdos de cooperación, actividades que tradicionalmente la empresa ha asumido internamente. Se expulsa parte de la actividad productiva y se mantienen sólo las actividades nucleares. Este proceso hace referencia a la externalización de actividades y, consiguiente, tercerización de servicios o contratas.

En el segundo caso, desde el punto de vista de la organización del trabajo, aparecen nuevas formas de contratación susceptibles de adaptación a las fluctuaciones del mercado, que vinculan al trabajador con la empresa exclusivamente durante el tiempo necesario. Bajo este contexto, florece la intermediación laboral como mecanismo interno de descentralización productiva y a partir de allí se regulan sus efectos jurídicos en el ámbito laboral.

La intermediación laboral adquiere especial relevancia con la llegada de las *Temporal Hand Service Industry* en Estados Unidos. Estas empresas de servicios surgen en los años veinte para proporcionar oficinistas ante la creciente demanda en el sector de servicios y desde allí su crecimiento fue en aumento. Asimismo, en Europa, la adaptabilidad de la regulación jurídica al fenómeno de la descentralización ha sido vertiginoso: en los años noventa, España y Suecia fueron los últimos países en legalizar esta forma de contratación, en los otros países era ya una práctica común al considerarla como un medio

¹⁰ Cfr. CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Descentralización Productiva y Sistema de Relaciones Laborales», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N° 13, 1994, p. 8 citado por ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo, *op. cit.*, p. 13. Esta definición hace referencia al proceso de gestión empresarial en su conjunto y por eso resulta más adecuada al fenómeno descrito, y además, contempla a la subcontratación como su causa lógica y a los otros términos expuestos como sus mecanismos y método de acción.

¹¹ Cfr. ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *op. cit.*, p. 16. Ambos procesos se orientan a conseguir un solo objetivo: la flexibilidad, tanto del factor trabajo como del factor productivo para obtener una adaptación rápida pero permanente a los constantes cambios del entorno y a la vez una reducción de costos que permita competir en el mercado. *Ibidem*, p. 15.

adecuado de proporcionar empleo calificado y polivalente, bajo la guía y el control del Estado¹².

La inserción de esta modalidad de contratación se ha realizado en forma paulatina. Desde 1933, los pronunciamientos de la OIT, orientados a encauzar el tratamiento jurídico de estas actividades, desarrollaron una primera regulación muy restrictiva hasta alcanzar niveles de permisividad cada vez mayores, constituyéndose en un antecedente remoto de la regulación de estas actividades¹³.

La primera normativa de la OIT sobre esta materia, se encuentra en el Convenio N° 33, que muestra una predisposición negativa hacia las actividades lucrativas de suministro de mano de obra: exige la supresión de las agencias retribuidas de colocación en un plazo de tres años. Unos años más tarde, se observa una relativización del criterio anterior (Convenios N° 88 y N° 96): se admite la regulación jurídica de las agencias de colocación privadas, pero sujetas a controles estatales rigurosos. Finalmente, a través del Convenio N° 181, se acepta la completa licitud de las actividades de intermediación y se flexibilizan las exigencias de control existentes.

A nivel de países de la Unión Europea, la admisión legislativa de estas actividades se canalizó de acuerdo al desarrollo de los criterios normativos de la OIT. En el caso de España, la Exposición de Motivos de la Ley 14/1994¹⁴, que regula a las Empresas Temporales de Servicios, explica la aceptación de estas actividades en el siguiente hecho: cuando las actividades de las empresas de trabajo temporal se desarrollan debidamente controladas, benefician a los trabajadores al canalizar un volumen muy importante de empleo cuya especialización e inmediatez en la respuesta, los mecanismos tradicionales no pueden lograr.

¹² Cfr. PACHECO ZERGA, LUZ, «Calidad de Vida e Intermediación Laboral», en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001, p. 519.

¹³ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *op. cit.*, p. 86.

¹⁴ La Exposición de Motivos de la Ley 14/1994 al exponer las razones que llevaron a esta progresiva aceptación, indica: «(...) si bien, la contratación de trabajadores con la finalidad de cederlos con carácter temporal a otras empresas para hacer frente a necesidades coyunturales, ha sido tradicionalmente prohibida por los ordenamientos laborales y considerada como tráfico ilegal de mano de obra, asimilándola a la actividad de intermediación en el mercado de trabajo con fines lucrativos; desde finales de la década de los sesenta, los países centrales de la Unión Europea, teniendo ratificado, al igual que España, el Convenio 96 de la OIT, han regulado la actividad de las empresas de trabajo temporal por entender que su actuación, cuando se desarrolla de forma debidamente controlada, lejos de perjudicar a los trabajadores por ellas contratados, pueden canalizar un volumen muy importante de empleo cuya especialización e inmediatez en la respuesta, sobre todo en el sector servicios, no puede ofrecerse a través de los mecanismos tradicionales».

2. NATURALEZA Y DEFINICIÓN DE LA ACTIVIDAD INTER-MEDIADORA

Debemos tener claro que la intermediación laboral aparece como una eficiente herramienta de gestión que permite la mayor rapidez en la contratación y el menor costo que resulta, se traduce en los siguientes beneficios: a nivel empresarial, permite la contratación rápida de una persona para llenar una vacante temporal y así reducir las pérdidas de producción, aumentar la productividad y disminuir las horas de trabajo dedicadas a la administración de personal; para el trabajador, la rápida obtención de un empleo representa un mayor nivel de ingresos y un menor costo familiar y social por concepto de desempleo y subempleo¹⁵.

En este sentido, la intermediación laboral tiene por finalidad que la empresa se concentre en actividades definitivas pues, ante la necesidad de cubrir actividades temporales al interior de la organización empresarial, establece redes de colaboración con otras empresas para que éstas le provisionen el personal adecuado para tales efectos, pero bajo su subordinación¹⁶. He aquí la naturaleza de este mecanismo de descentralización productiva. La provisión temporal de trabajadores, de una empresa que los recluta (intermediadora) a la empresa que necesita, temporalmente, de su labor empresa (usuaria)¹⁷ y que será quien ejerza subordinación sobre los trabajadores destacados. Temporalidad y subordinación constituyen la dualidad estructural que dota de calidad intermediadora al mero suministro de mano de obra.

¹⁵ Cfr. MAZZA, Jacqueline, *Servicios de Intermediación laboral. Consideraciones y Lecciones para América Latina y el Caribe resultan de la experiencia internacional*. Banco Interamericano de Desarrollo (BID), en <http://www.iadb.org/sds/doc/SOC-ServIntermediacionLaboral-s.pdf>

¹⁶ Las empresas de trabajo temporario contienen, en sus registros, una oferta potencial de fuerza de trabajo con la que responden las demandas de empresas, y les proveen fuerza de trabajo. Establecen con ellos una relación salarial directa y de duración determinada, a pesar de que esos trabajadores van a trabajar bajo la dirección y supervisión de un empresario distinto. Cfr. KORINFELD, Silvia / MONTAUTI, Elsa / ZELASCHI, Constanza, *La intermediación laboral y su rol en el mercado de trabajo*, Asociación de especialistas en estudios del trabajo, Argentina, 2001, <http://www.aset.org.ar/congresos/5/aset/PDF/KORINFELDYOTROS.PDF>. Carece de utilidad práctica que sea la propia empresa la que organice un proceso de selección encaminado a la inclusión de trabajadores que, en todo caso, estarán vinculados a ella durante el tiempo necesario para atender labores transitorias y que pueden ser proporcionados por empresas que se encarguen de buscarlos con anterioridad y los mantengan en reserva mientras surge la necesidad eventual.

¹⁷ Cfr. OJEDA AVILÉS, Antonio / GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *Los Contratos de Trabajo Temporales*, Iustel, España, 2006, p. 102.

Por un lado, debido a las exigencias de flexibilización de la estructura empresarial –que obliga a la empresa a delegar actividades transitorias– la intermediación laboral responde a necesidades temporales, *ergo*, tiene naturaleza temporal. Si una empresa necesita cubrir el puesto dejado por personal permanente debido a licencia, por ejemplo, parece lógico que acuda a una empresa de intermediación laboral que posee un amplio fichero para servirle de inmediato¹⁸. Por eso, un trabajador destacado a una empresa usuaria no podría establecer una relación permanente con ésta, hacerlo desnaturalizaría la figura al verificarse necesidades permanentes. La temporalidad determina la calidad intermediadora del préstamo de mano de obra para cubrir necesidades eventuales de una empresa usuaria.

Por otro, como consecuencia de esta provisión temporal de trabajadores a la empresa usuaria, ésta última ejerce subordinación sobre el trabajador cedido, se produce un desdoblamiento del empleador, circunstancia esencial en el fenómeno de la intermediación laboral¹⁹. Las facultades del empleador son repartidas entre la empresa usuaria y la empresa intermediadora, formándose una relación triangular en la que el poder de dirección necesariamente es ejercido por la usuaria.

Sin embargo, la cuestión se complica cuando los empresarios pretenden forzar la naturaleza de la intermediación laboral para interactuar con ella como pantalla y simular la existencia de una prestación permanente y directa del trabajador a la empresa usuaria. En este caso, no existe intermediación laboral sino interposición laboral²⁰.

La naturaleza de la actividad intermediadora ha sido reconocida a nivel jurisprudencial por el Tribunal Supremo Español, que a través de la STS 4 de Julio de 2006, ha señalado: se emplea la sucesión de contratos temporales de forma fraudulenta cuando la necesidad de la empresa usuaria es de carácter

¹⁸ Por eso, al otorgarle una denominación a las empresas dedicadas a las actividades de intermediación, se ha cuidado de resaltar este carácter temporal, así tenemos: empresas de servicios temporales en el Perú – Ley 27626; empresas de servicios transitorios en Chile- Código del Trabajo modificado por la Ley 20.123, empresas de trabajo temporal en España – Ley 14/1994.

¹⁹ Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, «La Intermediación Laboral Peruana. Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico», en *Ius et veritas*, N° 29, año XIV, p. 149.

²⁰ Se concibe a esta figura como un contrato ficticio entre el empleador y el trabajador que funciona como un «diafragma jurídico»: filtra hacia el empresario real los beneficios de la relación de trabajo y detiene las situaciones jurídicas pasivas que le corresponderían en una situación laboral normal. Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio. «Interposición y mediación en el contrato de trabajo», en *Revista de Política Social*, N° 91, 1971, p. 37 citado por VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *op. cit.*, p. 149.

permanente y no temporal²¹. En el caso de contratación fraudulenta, al no verificarse la naturaleza temporal de la prestación, y tampoco el desdoblamiento de las facultades del empleador, se entiende que no hay intermediación temporal en la medida que sólo existen labores permanentes y un único empleador.

Expuesta la naturaleza de esta figura *sui generis*, conviene ahora definirla: la intermediación laboral es la provisión de trabajadores de una entidad, que es la empleadora formal (empresas de servicios o cooperativas de trabajadores), para que estos presten servicios bajo la dirección o sujeción de un tercero (empresa usuaria)²².

El Convenio N° 181 de la OIT, en su Art. 1°, inc b), concibe a las agencias de empleo privadas –antecedente directo de la intermediación laboral– como aquellos servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante «empresa usuaria»), que determine sus tareas y supervise su ejecución.

Esta actividad ha sido duramente criticada al considerar, parte de la doctrina, que las empresas de intermediación actúan como prestamistas de mano de obra: contratan personal a fin de ponerlo a disposición de una empresa que es la que recibe realmente los servicios y, desde una panorámica general, no aportan tecnología ni equipamiento. Su ingreso lucrativo está tarifado como un porcentaje de lo que ellas, a su vez, abonan a sus trabajadores, y les es reembolsado por la empresa usuaria. Se les ha calificado, con clara connotación despectiva, como «planillas o nóminas de alquiler» o «plantillas biombo». La única función que cumplen es segregar a los trabajadores de la que debiera ser vinculación directa con el empresario que realmente recibe y utiliza sus servicios²³.

Sin embargo, consideramos que el término intermediación resulta adecuado y que estas actividades se ubican dentro de los parámetros razonables que establece el empleador en el ejercicio de sus facultades de organización empresarial. Las empresas pueden decidir, en la medida que sus necesidades son temporales y no están vinculadas a sus actividades habituales, encargar a otros trabajadores –no

²¹ Cfr. STS 4 de julio de 2006 (recurso U. D. num. 1077/2005) comentada por VALDÉS ALONSO, Alberto, «Sucesión de contratos de puesta a disposición fraudulentos y cesión ilegal de trabajadores», en *Relaciones Laborales*, N° 14, año XXIII, Julio 2007, p. 57.

²² Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *op. cit.*, p. 279.

²³ Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Subcontratación e Intermediación Laboral*. Obtenido en <http://aslegalcr.com/blog/wp-content/uploads/2007/10/outsourcing.doc>. A partir de estas consideraciones se puede llegar a comprender por qué por muchos años, la actividad de intermediación laboral constituyó una práctica prohibida por el ordenamiento jurídico pues, visto de esta manera, se entiende que se haya concebido esta práctica como un mero suministro de mano de obra sin más fondo que el de fraguar y facilitar la contratación sin más responsabilidades laborales.

contratados en forma directa— la prestación de determinadas actividades²⁴. Lo importante es que el ordenamiento jurídico dote a esta actividad, de ciertas garantías para no ver desnaturalizada su utilización.

A nivel internacional, la concepción de la dinámica de las actividades intermediadoras, ha sido homogénea. Así por ejemplo, en España, la Ley 14/1994 que regula las Empresas de Trabajo Temporales (ETT), homóloga de la ley peruana, en su Art. 1° las define como «aquéllas cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley».

3. CARACTERÍSTICAS

De la naturaleza y definición de la intermediación laboral que hemos expuesto, se derivan una serie de características que revisten el carácter *sui generis* de esta figura en el ámbito laboral.

3.1. Dos empleadores: Uno formal, otro real

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

El empleador formal, el de la empresa de servicios, ejerce sólo poder disciplinario frente al trabajador destacado, y cede sus facultades de dirección y control a la empresa usuaria, pese a que entre este último y el trabajador no se ha constituido relación formal alguna²⁵. Por eso, característica indispensable de la intermediación como figura autónoma, es la existencia de subordinación del trabajador destacado frente a la empresa usuaria²⁶.

²⁴ Cfr. MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, «Cesión Ilegal, Subcontratación y ETT's», en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal / MOLINER TAMBORERO, Gonzalo / ALFONSO MELLADO, Carlos, *La Imputación de Responsabilidad en las Relaciones Laborales*, Bomarzo, España, 2008, p. 11.

²⁵ Cfr. Art. 11.1 de la Ley 27626 y del Art. 1° de su Reglamento. No ocurre lo mismo en las otras clases de intermediación que la Ley regula. En éstas los poderes de dirección de la empresa usuaria no son cedidos en absoluto por cuanto en las empresas de servicios complementarios o especializados son ellas las que ejercen el poder de dirección sobre sus trabajadores (Art. 11.2 y 11.3 de la Ley).

²⁶ MESINAS MONTERO, Federico / JUAPE PINTO, Miguel A, «Tercerización e Intermediación Laboral. Una distinción sutil en razón de una distorsión normativa», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 11, t. 82, Julio 2005, p. 258.

3.2. La triple relación jurídica que surge de la intermediación laboral

En las actividades de intermediación, en principio, puede verificarse la existencia de dos relaciones formales: entre la empresa usuaria y la empresa de servicios, y entre esta última y el trabajador destacado²⁷. Sin embargo, en la práctica, estas dos relaciones, implican la necesaria existencia de vínculo jurídico real entre la empresa usuaria y el trabajador destacado, quien se mantiene bajo su poder de dirección.

Esta dinámica ha sido reconocida por la Sala Laboral de Lima en el Expediente N° 030 - 2003- AP, al señalar que «(...) mediante la intermediación laboral una empresa denominada usuaria contrata a otra de servicios para que le suministre o proporcione personal, el cual, si bien prestará sus servicios a favor de la compañía usuaria, no sostendrá vínculo laboral con ésta última y se mantendrá bajo la dirección y control de la empresa de servicios»²⁸

Las relaciones involucradas en la intermediación son triangulares o trilaterales en la medida en que, de una u otra forma en la práctica, existe un contacto directo entre todos los intervinientes. Si bien, desde una perspectiva formal, hay dos contratos independientes o separados, no puede negarse el hecho de existir una inocultable vinculación entre la empresa usuaria y los trabajadores destacados que nace a consecuencia del cumplimiento, normalmente, de las labores en las instalaciones de la empresa usuaria, bajo control y supervisión de ésta. Por tanto, en el plano jurídico, existe una relación bilateral y se admite que en la práctica existe una relación trilateral²⁹ a la que la regulación aún no ha volteado los ojos para proteger coherentemente.

Esta triangulación rompe con la clásica relación jurídica protegida por el Derecho Laboral: se fragmenta la relación jurídica directa entre quien presta y quien recibe un servicio subordinado y dependiente, a partir de la presencia de un tercer actor que se configura como empleador desde el punto de vista formal de unos trabajadores que son destacados a otra empresa para prestar servicios bajo las órdenes de esta última³⁰.

²⁷ Art. 11° y 12° del Reglamento.

²⁸ El resaltado no es del original. En idéntico sentido se ha expresado en el Exp. N° 2435-2002 CC. POP. del 03 de Mayo del 2004.

²⁹ Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *op. cit.*, p. 3.

³⁰ Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *op. cit.*, p. 87. Por eso gran parte de la doctrina ha cuestionado seriamente la validez y existencia de la intermediación laboral al considerar que «el intermediador no es una figura esencial en la relación, pues la contratación de trabajadores a la que se obliga, para destacarlos, podría ser realizada directamente por la empresa usuaria, sin ningún impedimento legal lo que conduce a una primera conclusión: la participación del intermediario es secundaria, prescindible y artificial y puede ser calificada de

La intermediación laboral supone una variación de la clásica relación del contrato de trabajo al compartirse el elemento central de esta relación: la subordinación, entre la empresa de intermediación como empleador formal y la empresa usuaria como empleador real³¹.

4. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN EL PERÚ

En el Perú, la regulación laboral en materia de intermediación ha evolucionado de manera paulatina. En principio, hasta la década de los setenta del siglo pasado, la intermediación laboral estuvo tajantemente prohibida en la legislación laboral peruana por existir una rígida regulación de estabilidad laboral³². Recién en el año 1978 se regula, tímidamente, la intermediación laboral, permitiéndose su procedencia sólo respecto de actividades complementarias como de mantenimiento, limpieza o seguridad³³. Las empresas dedicadas a estos servicios debían contratar su personal a través de contrato a plazo indefinido³⁴.

forzada». ELIAS MONTERO, Fernando, «La elusión de los efectos del contrato de trabajo», en *Actualidad Laboral* N° 268, Octubre 1998, p. 14. De esta manera, se ha llegado a determinar que si se eliminara esta intermediación, sus efectos no tendrían que ser importantes, en tanto el porcentaje de trabajadores que son destacados por estas causas no debe ser significativo. Cfr. CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos, «Las Modificaciones Reglamentarias en la Intermediación Laboral», en *Actualidad Jurídica*, t. 163, Junio del 2007, p. 240.

³¹ Cfr. MESINAS MONTERO, Federico / JUAPE PINTO, Miguel A., *op. cit.*, p. 258.

³² Incluso la contratación a plazo fijo o contratación temporal estuvo seriamente restringida: cuando el empleador necesitaba contratar personal temporalmente, debía adecuarse a las exigencias contenidas en el D. L. 18138 (06/02/1970), y contar con la Aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo para tales efectos y ceñirse a los rígidos presupuestos establecidos por dicha ley. En este sentido, el Art. 1° del Decreto Ley N° 18138 señalaba que «En los Centros de Trabajo donde se realicen labores que por su naturaleza sean permanentes o continuas, los contratos individuales a plazo fijo o para una obra determinada, sólo podrán celebrarse en los casos en que así lo exija la naturaleza accidental o temporal al servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar.» Y en su Art. 3° exigía que «El contrato individual a plazo fijo o para una obra determinada, deberá constar por escrito y será necesariamente aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo, quien deberá entregar una copia al trabajador y otra al empleador.» (El subrayado no es del original).

³³ Esta tímida apertura legislativa a las actividades intermediadoras se llevó a cabo a través del D. L. 22126, cuyo art. 27° prohibía «(...) la prestación de servicios en empleos permanentes por personal pagado por entidad distinta y extraña al centro laboral, salvo el caso del personal que teniendo vínculo laboral permanente con empresa de servicio, realice su actividad en otra empresa distinta, con la cual, su empresa de servicios mantiene contrato para efectuar actividades como mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, eventos temporales y otros análogos.»

³⁴ Al parecer esta apertura legislativa obedecería a consideraciones idénticas a las que llevaron a España a admitir, con muchos años de diferencia, la regulación de la actividad de intermediación laboral: el mercado de trabajo no puede ni debe funcionar sin tener en cuenta las reglas de juego existentes en el medio económico del continente porque la lógica de funcionamiento de un mercado único exige que nuestras instituciones sean homologables. Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 14/1994.

Posteriormente, en el año 1986, se amplió el radio de acción de las empresas de servicios al campo de las labores especializadas, y se admitió la posibilidad de prestar servicios no comprendidos en las actividades principales de la empresa usuaria y que para su ejecución requieren de personal altamente calificado³⁵.

Tanto en la regulación jurídica efectuada en 1978 como en la extensión legislativa de 1986, se sancionó la utilización fraudulenta de estas modalidades de contratación, con el reconocimiento de vínculo laboral directo entre el trabajador y la empresa en la que había prestado los servicios (usuaria)³⁶.

En el año 1991, a través del Dec. Leg. N° 728 se amplió el campo de acción de las empresas de servicios hacia las labores principales de la empresa usuaria pero con la condición de tratarse de actividades temporales, y además, se dispuso que el número de trabajadores destacados no debía superar el 20% de la planilla³⁷.

En 1998, con la finalidad de proporcionar un mecanismo que evitase actuaciones fraudulentas, se ordenó la inscripción obligatoria de las cooperativas de trabajadores en el Ministerio de Trabajo, y la obtención de una carta fianza que garantizase a los trabajadores, la obtención de sus derechos laborales en caso de simulación de la ley³⁸. Sin embargo, un año después, se suprimió esta última obligación que sólo se mantuvo para los casos en que la empresa o cooperativa no cumpliera con pagar los beneficios y derechos de sus trabajadores o socios. De esta forma, los trabajadores quedaron nuevamente, desprovistos de todo medio de protección. Las modificaciones legislativas suscitadas, estimularon la precarización del empleo y ampliaron los márgenes de vulneración³⁹.

A partir de las serias transgresiones de derechos laborales en el terreno de los hechos, en el año 2002 se promulgaron la Ley 27626 (en adelante la Ley) y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR (en adelante el Reglamento), dirigidas a garantizar la efectiva vigencia del carácter tuitivo del Derecho Laboral.

³⁵ Esta extensión de actividades se realizó con la Ley. 24512 que sustituyó el D. L. 22126.

³⁶ Cfr. Art. 27° del D. L. 22126 y Art. 32 de la Ley 24512.

³⁷ El segundo párrafo del Art. 177 de este Decreto Legislativo señalaba que: «El número de trabajadores que podrá prestar servicios a través de estas empresas no excederá del veinte por ciento (20%) del total de trabajadores del usuario».

³⁸ Cfr. D. S. N° 004-98-TR y su Reglamento, R. M. N° 059-98-TR.

³⁹ «Como puede apreciarse, en el Perú el crecimiento de las empresas de servicios ha sido vertiginoso desde su reconocimiento legal. Sin embargo, lamentablemente, la actual regulación facilita el tráfico de mano de obra y el desconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, y los propios del ámbito laboral, tanto individuales como colectivos». PACHECO ZERGA, LUZ, *Calidad de Vida e Intermediación Laboral*, op. cit., p. 516.

5. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

De acuerdo al Art. 2° de la Ley, las actividades de intermediación laboral sólo pueden ser prestadas por empresas de servicios constituidas como personas jurídicas o por Cooperativas de Trabajadores⁴⁰. Ambas entidades deben tener, por objeto exclusivo, la prestación de estas actividades y deberán inscribirse en el registro correspondiente para iniciar sus labores (Art. 13° del Reglamento), lo que implica una autorización previa del Ministerio de Trabajo, este registro es temporal. Estas exigencias constituyen, más que requisitos de procedencia, medidas de protección para el trabajador.

La adopción de estas medidas es un criterio compartido por las legislaciones que regulan este tipo de actividades. Así por ejemplo, el Código de Trabajo de Chile (recientemente modificado por la Ley 230.123 en vigencia desde el 01/03/2008) entiende por Empresa de Servicios Transitorios a toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto exclusivo poner a disposición de terceros (empresas usuarias) trabajadores para cumplir con éstas últimas⁴¹.

Las empresas de servicios pueden prestar actividades de intermediación como empresas de servicios temporales (actividades ocasionales o de suplencia), empresas de servicios complementarios (actividades accesorias o no vinculadas al giro del negocio), o empresas de servicios especializados (actividades de alta especialización)⁴².

A diferencia de nuestra legislación, el Código de Trabajo de Chile, resalta, expresamente, la necesaria independencia que la empresa de servicios transitorios debe mantener frente a la empresa usuaria –prohíbe, bajo sanción, que la empresa de servicios esté relacionada directa o indirectamente con la usuaria⁴³– y trata de excluir así, toda posibilidad de utilización de la empresa de servicios como pantalla para esconder una relación directa con la empresa usuaria.

Las Cooperativas de Trabajadores se dedican a las actividades de intermediación de dos maneras: como cooperativas de trabajo temporal, constituidas específicamente para destacar a sus socios trabajadores a las empresas usuarias para que desarrollen actividades temporales, secundarias o principales, correspondientes a contratos de naturaleza ocasional o suplencia; o como cooperativas de Trabajo y Fomento del Empleo, suministran sus socios

⁴⁰ La misma precisión ha sido contemplada por la regulación española en el Art. 1° de la Ley 14/1994, aunque no señala expresamente a las cooperativas de trabajadores.

⁴¹ Art. 183-F del Código de Trabajo de Chile. Además, a diferencia de nuestra legislación.

⁴² Art. 11° de la Ley.

⁴³ Art. 183-I del Código de Trabajo de Chile.

trabajadores para que presten servicios de carácter complementario o especializado (Art. 12° de la Ley).

La inclusión de estas últimas entidades en el ámbito subjetivo de la intermediación laboral ha producido serios cuestionamientos. El hecho, de dedicarse las Cooperativas de trabajadores al suministro de mano de obra genera una relación de carácter híbrido entre ella y sus socios: de derecho mercantil (los socios) y de derecho laboral, en cuanto los socios son a su vez trabajadores. Esta circunstancia distorsiona la naturaleza cooperativa de la institución al hacer girar su actividad en torno a la intermediación, con lo que los integrantes de la cooperativa carecen de *afectio societatis*, es decir, el sujeto cooperativo ingresa a ella sólo para conseguir un puesto de trabajo como destacado y no por identificarse con la institución. En la mayoría de los casos, los integrantes de estas cooperativas ni siquiera se conocen por desempeñar funciones en empresas totalmente diferentes⁴⁴.

Ahora bien, resulta preciso analizar el reconocimiento que el legislador peruano ha brindado a la triple relación jurídica que, como ya hemos expuesto, caracteriza a la intermediación laboral.

5.1. La empresa de servicios y la empresa usuaria

De acuerdo al Art. 12° del Reglamento, entre ambas empresas se establece una relación de carácter civil en virtud de la celebración de un contrato civil de Locación de Servicios (Artículos 1764° - 1770° del C. C.).

Sin embargo, esta previsión no nos parece la más adecuada tomando en cuenta que el contrato celebrado entre ambas empresas desplegará sus efectos en el ámbito laboral. Por eso, parte de la doctrina considera que el Art. 12° del Reglamento contiene un «*lapsus lingüístico*» al señalar que entre estas empresas se celebra un contrato de locación de servicios pues, la empresa de servicios, para desarrollar su actividad –contratar unos trabajadores para cederlos temporalmente– no necesita ni siquiera materiales, la labor del trabajador se desarrolla con los medios de producción del empresario principal. Por eso, el contrato suscrito con la empresa principal o usuaria debería denominarse «Contrato de Puesta a Disposición», teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria⁴⁵. Este contrato no se enmarcaría ni en el Derecho Civil ni en el Derecho Comercial: es una figura originaria del Derecho del Trabajo flexible.

⁴⁴ Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, «La Flexibilidad y Los Mecanismos de Subcontratación Laboral: El Caso de la Intermediación», en *Estudios Sobre La Flexibilidad en el Perú*. Documentos de Trabajo 124. OIT. Oficina de Área y Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos, p. 91.

⁴⁵ Cfr. ARCE ORTIZ, Elmer, *op. cit.*, p. 34.

Esta especial relación que surge entre ambas empresas, ha sido recogida por la legislación chilena. El Código del Trabajo de ese país determina que ambas empresas, necesariamente, se relacionan en virtud de la suscripción de un contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios –ya que de no hacerlo, se considerará que el trabajador es dependiente de la usuaria sin perjuicio de otras sanciones⁴⁶.

5.2. La empresa de servicios y el trabajador cedido

De acuerdo al Art. 11° del Reglamento, en el caso de las empresas de servicios y el trabajador destacado, se establece una relación de naturaleza laboral con carácter determinado o indefinido, existe una relación directa en la que esta empresa constituye el empleador formal del trabajador y asume sólo obligaciones disciplinarias y remunerativas⁴⁷—circunstancia que cambia en el caso de actividades complementarias o especializadas—al ser quien lo contrata específicamente para desarrollar labores temporales en la empresa usuaria.

5.3. El trabajador cedido y la empresa usuaria

En este caso, no existe vínculo jurídico contractual directo, pero los trabajadores destacados están sujetos a la dirección de la empresa usuaria⁴⁸, mantienen un vínculo directo con este empleador que es su empleador real. Sin embargo, nuestra legislación permite que estas facultades directrices que asume la usuaria –propias de la intermediación– se vean disminuidas o desaparezcan en el caso de las actividades complementarias y especializadas.

Las empresas o cooperativas destacan a su propio personal para que ejecute las tareas, dentro de un híbrido de relación en el que pueden recibir instrucciones tanto de la empleadora formal como de quien recibe el servicio material⁴⁹.

⁴⁶ Art. 183-N del Código de Trabajo de Chile: «La puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios a una usuaria por una empresa de servicios transitorios, deberá constar por escrito en un contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, que deberá indicar la causal invocada para la contratación de servicios transitorios (...) la falta de contrato escrito de puesta a disposición de trabajadores excluirá a la usuaria de la aplicación de las normas (...). En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondiera aplicar conforme a este Código». De la misma manera, en el caso de España, el Art. 6° de la Ley 14/1994 también ha señalado que ambas empresas se relacionan en un contrato de puesta a disposición.

⁴⁷ Art. 11° del Reglamento.

⁴⁸ Art. 11.1 de la Ley.

⁴⁹ Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *op. cit.*

Las facultades directrices que asume el empleador real son expuestas en nuestra legislación de un modo genérico, sin precisar en qué consisten dejando este aspecto de la contratación vacío. En cambio, la legislación chilena sí detalla en qué consiste el poder de dirección que la empresa usuaria ejerce sobre el trabajador suministrado al señalar, por ejemplo, que esta empresa tendrá la obligación de controlar su asistencia, organizar y dirigir su trabajo dentro del ámbito de las funciones para las que fue puesto a disposición⁵⁰. Pero esta regulación no se limita a exponer en qué consisten el poder directivo, va más allá e indica, expresamente, que estas facultades tienen como límite, el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores⁵¹.

Como puede apreciarse nuestra regulación aún es muy deficiente en cuanto a la regulación de triple relación jurídica que caracteriza a la intermediación laboral, no le brinda el estatuto que merece.

6. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

Respecto a qué actividades pueden prestarse en el ámbito de la intermediación laboral, nuestra legislación, reconociendo la naturaleza temporal de esta figura, ha considerado que procede en caso de necesidades temporales que comprenden actividades ocasionales o de suplencia; sin embargo, incluye en el campo de la intermediación, actividades complementarias –que pueden ser permanentes– y actividades de alta especialización –que también pueden ser permanentes y no necesariamente accesorias⁵².

Por tanto, la intermediación laboral puede llevarse a cabo para supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización. Existe desde aquí un primera contrariedad al interior de la Ley, puesto que esta extensión se contradice con el segundo párrafo del Art. 3° de la Ley 27626, que señala «los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad empresarial de dicha empresa».

A. Actividades temporales

Como hemos expuesto, la temporalidad constituye el elemento estructural de las actividades de intermediación, y alrededor de él se reconoce la calidad

⁵⁰ Artículos 183-W y 183-X del Código de Trabajo de Chile.

⁵¹ Art. 183-Y del Código de Trabajo de Chile.

⁵² Art. 3° de la Ley 27626, «La intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria sólo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización. Los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa».

intermediadora de una actividad, en consecuencia, la regulación laboral no podía dejar de contemplar estas actividades como propias de la intermediación, supuesto que necesariamente debe regularse en cualquier legislación que trate esta actividad⁵³.

De acuerdo al Art. 11.1 de la Ley, las actividades temporales pueden prestarse a través de contratos de naturaleza ocasional y de suplencia. En ambos supuestos se mantiene la temporalidad de la actividad ya que los contratos ocasionales, responden a necesidades transitorias distintas de la actividad habitual del centro de trabajo, lo relevante es lo no habitual, es decir, debe existir una causa accidental que no permite contratar trabajadores de refuerzo para las actividades principales sino personal adicional para efectuar labores distintas. En cambio, los contratos de suplencia responden a la necesidad de cubrir un puesto permanente que ha quedado, transitoriamente vacante, por diversas causas como son el reemplazo de un trabajador titular mientras dura la ausencia de este, que puede deberse a casos de maternidad, descansos vacacionales, licencias, etc.⁵⁴ En ambos casos la ley ha reconocido que la subordinación –como poder de dirección– es ejercida por la empresa usuaria.

Idéntica línea regulatoria ha seguido la legislación laboral chilena, disponiendo que las empresas de servicios transitorios ponen a disposición de empresas usuarias, trabajadores para cumplir tareas de carácter transitorio u ocasional. (Art. 183-F inc. a del Código de Trabajo de Chile). Nótese que la regulación chilena sólo admite el suministro de mano de obra cuando median supuestos transitorios. No obstante, esta legislación muestra un gran adelanto en comparación con la nuestra, al detallar, expresamente, los supuestos ocasionales que justifican un contrato de puesta a disposición: las suspensión del contrato de trabajo por licencias médicas, descansos de maternidad o feriados, eventos extraordinarios como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones, periodo de inicio de actividades en empresas nuevas, aumentos ocasionales o extraordinarios de actividad en un establecimiento de la usuaria, trabajo urgentes que requieran una ejecución inmediata como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria⁵⁵.

⁵³ La legislación laboral española, a través del Art. 1º de la Ley 14/1994 entiende por Empresas de Trabajo Temporal «aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.

⁵⁴ Los contratos temporales de naturaleza ocasional y de suplencia están regulados por los artículos 60 y 61 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR.

⁵⁵ Cfr. Art. 183 Ñ del Código de Trabajo Chileno.

B. Empresas de servicios complementarios

Nuestra legislación ha extendido el campo de la intermediación laboral hacia las actividades complementarias, que, de acuerdo al Art. 11.2 de la Ley, consisten en actividades accesorias o no vinculadas al giro de negocio de la empresa usuaria.

A través del Decreto Supremo N° 008-2007⁵⁶ se ha buscado precisar en qué consisten estas actividades para diferenciarlas de las actividades permanentes. De este modo, se ha precisado que son actividades principales aquellas sin cuya ejecución se afectaría el funcionamiento de la empresa, por eso son consustanciales al giro del negocio⁵⁷.

En el mismo sentido, se ha precisado que las actividades complementarias son aquellas cuya falta de ejecución no afecta la actividad empresarial, como actividades de vigilancia, reparaciones, mensajería externa y limpieza. Estas actividades pueden ser temporales o permanentes y dado los supuestos establecidos, se privilegia el elemento naturaleza de la tarea.

Respecto al ejercicio del poder directivo en estas actividades, si bien el Art. 11.2 no indica directamente, como se desarrolla, sí lo hace el Art. 3° del Reglamento al señalar que «las empresas de servicios complementarios deben asumir autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades».

⁵⁶ El 27 de Abril del 2007, se publicó el D. S. N° 008-2007 que modifica el Art. 1° del D.S. N° 03-2002-TR, Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral. Respecto a las actividades principales, la norma modificatoria establece que «Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa». De esta manera, aunque no estamos de acuerdo con la inclusión de las actividades complementarias en el campo de la intermediación, debemos reconocer que la actual modificación dota de un contenido detallado a las definiciones que la norma reglamentaria establece respecto de la actividad principal, con el objeto de garantizar un adecuado uso de los mecanismos de intermediación laboral.

⁵⁷ En doctrina se diferencia entre actividad inherente y actividad indispensable. La primera está relacionada directamente, con el ciclo productivo o definitorio del objeto social de la empresa. la segunda comprende todo lo necesario para el cumplimiento del objeto social de la empresa. por tanto, en el concepto de propia actividad quedaría incluidas actividades inherentes como actividades que, sin ser propias del ciclo productivo, son necesarias para el cumplimiento del mismo. Cfr. DEL REY GUANTER, Salvador, «Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo ...», en *Descentralización Productiva y Relaciones Laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 38 citado por CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 242.

Esta disposición tiene dos consecuencias básicas: a) la autonomía que se predica nos permite advertir que la empresa de servicios complementarios es la que, en definitiva, ostenta el poder de dirección sobre los trabajadores y no la empresa usuaria y resulta del todo lógico pues, no tiene utilidad práctica para la empresa usuaria dirigir actividades meramente accesorias si, en todo caso, la intermediación laboral ha nacido para permitirle concentrarse en actividades indispensables a su ciclo productivo; y b) asimismo, esta autonomía implica que la empresa de servicios cuenta con una organización especializada para brindar estos servicios complementarios a la usuaria: tiene sus propios equipos técnicos. En cambio, en el caso de una real intermediación, la empresa de servicios no provee a sus trabajadores los equipos a utilizar, es la usuaria quien lo hace.

C. Empresas de servicios especializados

Las empresas o cooperativas dedicadas a la prestación de estas actividades constituyen una entidad externa a la empresa principal, que realiza bajo su entera responsabilidad, aunque sigue las indicaciones de la usuaria, un determinado servicio. Ni la ley ni el Reglamento detallan en qué consisten estas actividades pero, en cambio, la Ley sí precisa, a través del Art. 11.3, que en este caso, la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta este personal que bien puede ser destacado por la empresa de servicios especializado al local de la usuaria.

De esta manera, puede advertirse que el objetivo de las empresas que brindan servicios especializados no viene definido por el suministro de trabajadores para que presten servicios bajo la dirección de la usuaria, sino que más bien, está dirigido a ofrecer el desarrollo de una actividad (como contabilidad, informática, etc.) con trabajadores propios, dirigidos por ella, y para cuya prestación cuentan con una estructura *ad hoc*⁵⁸.

Por tanto, puede advertirse que ninguna de estas dos últimas actividades expuestas encaja en el paradigma de la intermediación laboral. En ambas se desplaza la temporalidad y la subordinación como criterio dual para la existencia de una actividad intermediadora, no se cumple con el desdoblamiento del empleador que es esencial en la intermediación laboral. Se regulan, como actividades intermediadoras, supuestos que difieren totalmente de ella, se desvirtúa así la esencia de este fenómeno autónomo.

El legislador ha considerado, erróneamente, que la temporalidad no es la única causa que justificaría el uso de la intermediación, ha incluido en esta figura

⁵⁸ Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *op. cit.*, p. 150.

supuestos de accesoriedad y especialización en los que la facultad directiva por la empresa usuaria se ve eliminada.

Si bien, podría parecer que se trata de un criterio de política laboral, al concebirse la posibilidad de que haya intermediación laboral sin que exista relación de subordinación entre el trabajador destacado y la empresa usuaria, en la medida que las empresas dedicadas a estas actividades ostentan la dirección del trabajo y autonomía técnica y organizativa, estas actividades más bien constituyen expresiones de tercerización de servicios⁵⁹.

En efecto, de acuerdo a la última modificación del Reglamento, no constituye intermediación laboral «(...) los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa (...) siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación (...)»⁶⁰ Esta dinámica corresponde a la tercerización de servicios.

La tercerización de servicios, más conocida como *outsourcing*, permite que determinado proceso productivo de la empresa sea realizado por un tercero bajo su total responsabilidad. La Nueva Ley⁶¹ que regula los servicios de tercerización define a este proceso de descentralización productiva como 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, sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores están bajo su exclusiva subordinación.

La dinámica de las actividades tercerizadoras ya ha sido analizada en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En el Exp. N° 2435-2002 CC. POP se ha precisado que la tercerización supone que la producción o prestación se realice de manera organizada bajo la dirección y el control del contratista –empresa que cuenta con un patrimonio y organización propia dedicada a la producción de bienes o servicios– favor del contratante dentro de su centro de labores o fuera de él, de manera que los trabajadores de la contratista se encuentran bajo sus órdenes y control y no de la empresa principal.

Para delimitar la diferencia entre tercerización e intermediación, el Exp. N° 3000-2006-IDNL (S) (considerando Sexto) ha declarado que: «(...) mediante la tercerización, la empresa beneficiaria va a contratar con miras a satisfacer el requere-

⁵⁹ Cfr. MESINAS MONTERO, Federico / JUAPE PINTO, Miguel Alonso, *op. cit.*, p. 258.

⁶⁰ Art. 4 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo N° 020-2007-TR

⁶¹ Ley N° 29245 publicada el 24 de Junio del 2008. El Reglamento de esta Ley, D. S. N° 006-2008-TR recientemente publicado el 12 de Setiembre del 2008, precisa estos alcances.

rimiento de un bien determinado o servicio especializado, no de una prestación personal de los trabajadores de la contratista como en la intermediación. De la misma manera, a través del A. P. N° 1949-2004, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, considera que la tercerización difiere de la naturaleza y objeto de la intermediación laboral, toda vez que en la primera se presta un servicio integral bajo cuenta, costo y riesgo del que brinda el servicio.

En consecuencia, cuando la ley llama intermediación laboral a los supuestos de actividades complementarias y especializadas en los que no media subordinación de la usuaria al trabajador –y así mismo, el criterio de temporalidad se ve disminuido– en realidad se sitúa en el ámbito de la tercerización. Es decir, en nuestro país, al existir una intermediación de servicios sin subordinación, en el fondo se regula como intermediación supuestos de verdadero *outsourcing* y así se crea un grave problema delimitador en la práctica que produce confusión a los agentes económicos y también respecto a la legislación pertinente⁶². Por tanto, resulta alarmante la paradójica regulación que se ha brindado a las actividades intermediadoras en la medida que, la perspectiva jurídica existente sobre ellas no corresponde a su real naturaleza.

7. LA RESPONSABILIDAD EN LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: LA SUBSIDIARIDAD EN LA SOLIDARIDAD

Las empresas de servicios o cooperativas de trabajadores, cuando suscriban contratos para efectuar labores de intermediación, deben suscribir una carta fianza que garantice el cumplimiento de obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados.

De acuerdo al Art. 25° de la Ley, la empresa usuaria será solidariamente responsable del pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores suministrados, en caso que la fianza otorgada por las empresas o cooperativas de servicios resulte insuficiente.

El Reglamento, Art. 26°, refuerza esta disposición al precisar que esta responsabilidad comprende los derechos laborales, de origen legal o colectivo, en la medida que éstos no estén cubiertos por la fianza.

Entonces, la responsabilidad que en verdad se atribuye a la empresa usuaria no es solidaria, sino más bien subsidiaria, en la medida que su obligación nacerá cuando la fianza otorgada por la empresa de servicios no alcance para cubrir todas las deudas. Sin embargo, consideramos que esta disposición no es la más adecuada si la finalidad es proteger al trabajador y garantizarle la satisfacción de sus derechos laborales.

⁶² Cfr. MESINAS MONTERO, Federico / JUAPE PINTO, Miguel Alonso, *op. cit.*, p. 258.

En la responsabilidad subsidiaria, los acreedores -trabajadores- deben dirigirse, primero, contra el patrimonio otorgado por el deudor -empresa de servicios- y en última instancia, iniciar una acción contra el segundo deudor -la usuaria- que sólo entrará en la relación en la medida que primero se haya agotado el patrimonio del deudor principal.

Por el contrario, en el caso de la solidaridad pasiva, prevista por el Art. 1186° del C. C., cada deudor se reputa como si fuera el único, por estar obligado por el total de la prestación, de manera que el acreedor -trabajador suministrado- puede dirigir su acción contra todos los codeudores en conjunto o contra alguno de ellos reclamándoles el todo o una parte. Los deudores sólo se liberan de la obligación cuando el crédito es satisfecho.

De esta manera, la solidaridad pasiva constituye un verdadero derecho de garantía, es la más eficaz de todas las garantías personales pues, el acreedor puede hacer efectivo su crédito en tantos patrimonios como deudores hubiera, sin que éstos puedan oponer ni el beneficio de división ni el beneficio de excusión como sí podrían hacerlo en el caso de la subsidiariedad⁶³.

Por eso el ámbito de la responsabilidad solidaria pasiva es el que mejor corresponde a la naturaleza propia de la intermediación laboral y ello por dos razones: Primero, debido al carácter tuitivo del Derecho Laboral, se debe proteger a los trabajadores de la manera más segura posible en vista a la posibilidad de ver defraudadas sus expectativas como parte débil de la triangulación. La situación planteada obedece así a una razón de garantía: se trata de una responsabilidad no por el hecho de que haya una pluralidad original de deudores, sino por el hecho de que al deudor original se añade, *ex lege*, un segundo deudor que actúa en razón de reforzar o garantizar el cobro del crédito⁶⁴. Segundo, y este es el fundamento último de la extensión de responsabilidad, no debemos olvidar que, en última instancia, es la empresa usuaria la que aprovecha la prestación de trabajo efectuado de acuerdo a sus directrices, y de acuerdo al aforisma romano «*cuius comoda, eius et incommoda*» (quien se beneficia de un servicio, debe soportar los eventuales perjuicios derivados del mismo)⁶⁵.

⁶³ Cfr. PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo, *Las obligaciones en el Derecho Civil peruano*, Lima, Huallaga, 2002, pp. 168-169.

⁶⁴ Cfr. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La Responsabilidad en la Relación Laboral: Entre Viejas y Nuevas Reglas», en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal / MOLINER TAMBORERO, Gonzalo / ALFONSO MELLADO, Carlos, *La Imputación de Responsabilidad en las Relaciones Laborales*, Bomarzo, España, 2008, p. 63.

⁶⁵ La conclusión es sencilla: si la empresa usuaria se beneficia del trabajador en misión, debe cubrir los eventuales incumplimientos de la ETT al retribuir ese esfuerzo. Cfr. OJEDA AVILÉS, ANTONIO / GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *op. cit.*, p. 125.

Además, la usuaria asume una posición garante respecto al cumplimiento de la normativa vigente por la empresa de servicios al mantenerse en contacto directo con el trabajador cedido y con dicha empresa, de manera que en caso de fraude o será la usuaria la que lo lleve a cabo o será, en todo caso, la primera en advertirlo.

En la medida que la subordinación es compartida, así como la empresa de servicios debe verificar la seguridad ofrecida al trabajo en el centro de labores de la usuaria para prestar su servicio, también la usuaria ejerce un contacto directo pese a que las obligaciones remunerativas las asume directamente la empresa de servicios.

CONCLUSIONES

La intermediación laboral nace en el seno empresarial y desde allí se configura como una dualidad estructural: temporalidad – subordinación. Esta naturaleza dual consiste en el suministro temporal de trabajadores para desarrollar labores no habituales bajo las directrices del empleador fáctico. Se configura así una relación trilateral que hace de la intermediación una figura *sui generis* al romper con la clásica bilateralidad del contrato de trabajo y a la que sólo es razonable recurrir cuando medien supuestos extraordinarios. Por eso, la verdadera ventaja de la actividad intermediadora no está en el costo laboral que permite ahorrar, sino en cubrir rápida y eficazmente necesidades aleatorias, imprevistas, extraordinarias y ajenas al giro normal de la empresa⁶⁶.

Nuestra regulación jurídica ha brindado una respuesta paulatina a este fenómeno, primero fue prohibida y poco a poco, se admitió su regulación. Pero al trasladar esta figura autónoma al campo laboral, lejos de mantener su naturaleza estructural, se ha desvirtuado su esencia. Debido a esta insuficiencia legislativa, resulta muy fácil utilizar este mecanismo para encubrir una relación directa en la que la empresa de servicios es una pantalla. Por eso, la mayor fragilidad estructural de la intermediación laboral en el campo laboral proviene de la opacidad de las relaciones triangulares, de la oscuridad en la identidad de los sujetos, de sus obligaciones y responsabilidades⁶⁷.

Asimismo, resulta paradójico que se incluyan actividades complementarias y especiales en el campo de la intermediación laboral en la que adquiere especial relevancia la subordinación, cuya existencia no se verifica en dichas

⁶⁶ Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar, Prólogo en «¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal», en *Cuadernos de Investigación*, N° 10, Santiago, 1999, p. 10 citado por TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *op. cit.*, p. 283.

⁶⁷ Cfr. OJEDA AVILÉS, Antonio / GORELLY HERNÁNDEZ, Juan, *op. cit.*, p. 115.

actividades. Las características que la Ley otorga a estas actividades son comprendidas por la actual regulación de la tercerización de servicios, de tal manera que se queda sin fundamento válido. Por tanto, puede afirmarse que existe un problema de tipificación legal adecuada.

En el mismo sentido, es paradójico que, en las actividades intermediadoras, en las que la empresa usuaria se beneficia directamente del esfuerzo de los trabajadores, tenga una responsabilidad subsidiaria y no solidaria como lo exige la naturaleza de las cosas y el deber tuitivo del Derecho del Trabajo cuyos principios deben adecuarse a esta relación y, en consecuencia, reconocer una responsabilidad más bien solidaria.

En definitiva urge que el suministro de trabajadores se encuentre rodeado de las cautelas, controles y responsabilidades adecuadas de modo que, consoliden los derechos laborales y no se conviertan en un mecanismo de desprotección social⁶⁸.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE ORTIZ, Elmer, *Subcontratación entre Empresas y Relación de Trabajo en el Perú*, Palestra, Lima, 2006.

CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos, «Las Modificaciones Reglamentarias en la Intermediación Laboral», en *Actualidad Jurídica*, t. 163, Junio del 2007.

ELIAS MONTERO, Fernando, «La elusión de los efectos del contrato de trabajo», en *Actualidad Laboral*, N° 268, Octubre, 1998.

FERRO DELGADO, Víctor, «La Subcontratación o Intermediación Laboral», en *Balance de la Reforma Laboral Peruana*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001.

KORINFELD, Silvia / MONTAUTI, Elsa / ZELASCHI, Constanza, «La intermediación laboral y su rol en el mercado de trabajo», en *Asociación de especialistas en estudios del trabajo*, Argentina, 2001, <http://www.aset.org.ar/congresos/5/aset/PDF/KORINFELDYOTROS.PDF>.

OJEDA AVILÉS, Antonio / GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *Los Contratos de Trabajo Temporales*, Iustel, España, 2006.

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

⁶⁸ MONTOYA MELGAR, Alfredo / GALIANA MORENO, Jesús M. et al., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 313.

MESINAS MONTERO, Federico / JUAPE PINTO, Miguel A., «Tercerización e Intermediación Laboral. Una distinción sutil en razón de una distorsión normativa», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 11, t. 82, Julio 2005.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La Responsabilidad en la Relación Laboral: Entre Viejas y Nuevas Reglas», en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal / MOLINER TAMBORERO, Gonzalo / ALFONSO MELLADO, Carlos, *La Imputación de Responsabilidad en las Relaciones Laborales*, Bomarzo, España, 2008, pp. 37-122.

MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, «Cesión Ilegal, Subcontratación y ETT's», en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal / MOLINER TAMBORERO, Gonzalo / ALFONSO MELLADO, Carlos, *La Imputación de Responsabilidad en las Relaciones Laborales*, Bomarzo, España, 2008, pp. 11-36.

MONTOYA MELGAR, Alfredo / GALIANA MORENO, Jesús M. et al., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 2001.

PACHECO, Luz, «Calidad de Vida e Intermediación Laboral», en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Outsourcing, Subcontratación e Intermediación Laboral*, Obtenido en <http://aslegalcr.com/blog/wp-content/uploads/2007/10/outsourcing.doc>

PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo, *Las obligaciones en el Derecho Civil peruano*, Lima, Huallaga, 2002.

ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos de la Descentralización Productiva sobre Las Relaciones Colectivas de Trabajo: ETT y Contratas*, Servicio de Publicaciones, Madrid.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones del Derecho Laboral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

VALDÉS ALONSO, Alberto, «Sucesión de contratos de puesta a disposición fraudulentos y cesión ilegal de trabajadores», en *Relaciones Laborales*, N° 14, año XXIII, Julio, 2007.

VALVERDE, Martín, «El discreto retorno del arrendamiento de servicios» en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel ALONSO OLEA, editado por Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1999.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, «La Intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico», en *Ius Et Veritas*, año XIV, N° 29.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, «La Flexibilidad y Los Mecanismos de Subcontratación Laboral: El Caso de la Intermediación», en *Estudios Sobre La Flexibilidad en el Perú*. Documentos de Trabajo 124. OIT. Oficina de Área y Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos.