El problema que todos quieren
Aproximaciones al ámbito subjetivo de la participación en las utilidades

Mario Pasco Lizárraga

INTRODUCCIÓN

La participación de los trabajadores en las utilidades es materia fascinante, por su significación como elemento de enlace entre trabajadores y empleadores pero también por los esfuerzos a que obliga en materia de técnica legislativa, dada su singularidad en relación con cualquier otro beneficio laboral.

A ello se agrega, en nuestro país y en especial durante los últimos años, la trascendencia que ha alcanzado para una serie de grupos sociales, que la han puesto más de una vez en la primera plana de la discusión laboral.

La participación[1] tradicionalmente ha sido alabada por "estimular el rendimiento del trabajador con la perspectiva de obtener una mayor remuneración suplementaria, en la medida de la prosperidad de la empresa"[2], y porque implica "reconocer que el factor <<trabajo>> es fundamental en la creación de la riqueza, razón por la cual también debe resultar beneficiario de las ganancias obtenidas por la respectiva empresa"[3].

---

[1] En el presente artículo utilizaremos la expresión para referirnos exclusivamente a la participación legal en las utilidades de la empresa, pues en esta oportunidad no tocamos las modalidades contractuales o voluntarias, la patrimonial, ni la participación en la gestión.

[2] PÉREZ, Benito. Derecho del Trabajo. p. 154.

[3] VILLASMIL BRICEÑO, Fernando. Salario, jornada y otros temas. p. 24.

Pero también advirtió Einaudi, hace décadas, que "no es la solución de un estado de guerra entre el dador de trabajo y trabajadores; más bien, por sí misma exaspera los roces de los cuales nace la guerra. Es el coronamiento de un estado precedente de recíproca estima y confianza. No crea la paz social, la consolida"[4].

Lo que viene sucediendo en nuestro país parece confirmarlo. Alrededor de la participación se han presentado sucesivas y cada vez más acaloradas discusiones, que han tocado casi todos los aspectos de su regulación. Se han dado respecto de la base que se debe tomar en cuenta, de los porcentajes sectoriales, de los criterios de distribución y el derecho de información de los trabajadores, de los topes a la participación individual y la abiertamente inconstitucional confiscación de la misma, entre otros. Paradójicamente, la conflictividad se va acrecentando conforme mejores resultados económicos obtienen las empresas empleadoras, y sus propios trabajadores; de ahí el título que hemos elegido para el presente artículo.

Por razones evidentes, hemos tenido que renunciar a tratar la participación en forma integral, para centrarnos en algunos asuntos muy específicos de interés actual.

Partimos siempre de que el precepto que origina la participación en el Perú, el artículo 29º de la Constitución, lo hace plasmando un reconocimiento del "derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa". Pero tal fórmula abre una serie de interrogantes que, luego de haber sido procesadas – conscientemente o no – por la legislación, generan situaciones a veces dudosas.

Algunas de las discusiones más acaloradas, y que son las que hemos singularizado, han girado alrededor de quiénes y cómo tienen que pagar la participación, y correlativamente quiénes y cómo tienen derecho a cobrarla. Por ello hemos elegido revisar dos puntos específicos de tensión: (I) los empleadores excluidos de la obligación; y (II) la prestación de servicios entre empresas, léase la participación de los trabajadores de contratistas y empresas de servicios.

---

[4] Citado por FERNANDEZ GIANOTTI, Enrique. En: Tratado de derecho del Trabajo. AA. VV. – Director DEVEALI, Mario. p. 627-628.

Pero como tantas veces sucede, al tratar de resolver problemas concretos y situaciones cotidianas (propiamente anuales, en este caso), nos hemos visto obligados a tratar de intuir la esencia de lo que tenemos al frente, y arrastrados a tomar en cuenta factores que van más allá de lo que dicen las normas, pues dependen en absoluto de la adición y contraposición de voluntades humanas.

En suma, hemos revivido lo que más nos entusiasma del Derecho Laboral.

I. EMPLEADORES EXCLUIDOS.-

I.1. Por disposición explícita

El artículo 9° del Decreto Legislativo N° 677 determina cuatro tipos de empleadores que no están obligados a reconocer participación:

- Las cooperativas;
- Las empresas autogestionarias;
- Las sociedades civiles;
- Las empresas que no excedan de veinte trabajadores.

Además, la Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 842, al preservar la vigencia del artículo 16° del Decreto Legislativo N° 704, determina la exclusión del beneficio de los trabajadores de empresas establecidas en Zonas Francas Industriales o Turísticas.

Aunque no se han planteado conflictos abiertos alrededor de la legitimidad de cada una de estas exclusiones, consideramos provechoso revisarlas y tentar un análisis de las causas que presumiblemente habrían llevado al legislador a establecerlas, lo que a su vez determinará su compatibilidad con la fórmula genérica constitucional.

Esta, en efecto, determina que en principio existirá participación cuando confluyan tres elementos: una "empresa", trabajadores, y utilidades. Las exclusiones, por tanto, deben proceder cuando alguno de estos elementos no esté presente, o cuando lo esté pero en condiciones tan especiales que ameriten hacer como si no lo estuviera.

I.1.1.- Las empresas autogestionarias carecen actualmente de definición o tratamiento legales explícitos. Se entienden como reminiscencia de las empresas de propiedad social creadas por D.L. 20598, luego mencionadas con la denominación actual en el artículo 112° de la Constitución de 1979, que era la vigente al momento de la dación del Decreto Legislativo N° 677.

Siendo principal característica de estas formas empresariales la participación *plena* que consagraba el artículo 2° del D.L. 20598, y habiendo consistido ésta en "el derecho de todos los trabajadores a participar en la dirección gestión y en los beneficios de la empresa, que se ejerce, teniendo en cuenta el interés social, a través de la gestión democrática y la distribución del excedente en función al trabajo aportado y de las necesidades de dichos trabajadores" *(sic.)*, no llama la atención que el Decreto Legislativo N° 677 las haya considerado incompatibles con una mera participación en las utilidades, habida cuenta de que ésta parte de la ausencia de identidad entre los trabajadores y el o los beneficiarios de los frutos de la actividad económica.

Entonces, la exclusión puede obedecer cualquiera de los siguientes razonamientos: (a) los integrantes de las empresas autogestionarias no son trabajadores en el sentido estricto del término, pues son empleadores (o trabajadores, según se quiera) de sí mismos, o (b) en las empresas autogestionarias los tres factores mencionados al inicio se encuentran presentes, pero el régimen general se autodetermina como inaplicable a las mismas por tener éstas inherente una modalidad de participación más profundo, teóricamente más favorable para los trabajadores y que perfecciona por tanto el mandato constitucional.

I.1.2.- Las cooperativas, en cambio, cuentan con definición y regulación legales y claras. El inciso 2° del artículo 7° del T.U.O. de la Ley General de Cooperativas, aprobado por D.S. N° 074-90-TR, establece que por su estructura social éstas pueden ser de usuarios o de trabajadores, y que pueden dedicarse a una serie muy amplia de fines económicos, desde la vivienda hasta los servicios múltiples, con la salvedad principalísima, contemplada en el artículo 2° de la misma norma, de que toda cooperativa opera "sin propósito de lucro, y procurará mediante el esfuerzo propio y la ayuda mutua de sus miembros, el servicio inmediato de éstos y el mediato de la comunidad."

El Decreto Legislativo Nº 677 no distingue entre tipos de cooperativa al momento de excluir a los trabajadores de las mismas de la participación en las utilidades. Debe aceptarse, en consecuencia, que han sido eximidas tanto las de trabajadores como las de servicios, lo que obliga a descartar como motivo de la exclusión toda consideración similar a la que utilizamos para las empresas autogestionarias: las cooperativas, en especial las de usuarios[5], emplean no sólo a socios trabajadores, sino también a trabajadores que no participan de los beneficios de su actividad económica, es decir asalariados en el sentido más cabal, por lo que no existe régimen más favorable que sustituya el de la participación legal, ni identidad entre el asalariado y el beneficiario o titular de los resultados económicos de la actividad.

Tampoco sería válido considerar que la exclusión proviene de asumirlas como organizaciones *no empresariales*. Las cooperativas son unión de trabajo y capital, por más que en algunos casos éstos puedan coincidir en cuanto a sus titulares y, aunque la ley matriz es cuidadosa en referirse a ellas como *organizaciones*, no es raro que la normativa más moderna las denomine directamente *empresas cooperativas*. Por lo demás, es claro que frente a terceros realizan actividades económicas en forma paralela e indistinguible de cualquier otro actor económico; piénsese sino, simplemente, en las cooperativas de ahorro y crédito o en las de transportes.

La justificación restante para la exención es que no quepa referirse como utilidades a las ganancias de las cooperativas, dada la proscripción del propósito de lucro contemplada en el artículo 3º del T.U.O. del Decreto Legislativo Nº 85, y dada la presunta prevalencia en la intervención asociativa del cooperativista del elemento personal sobre el del capital.

Aunque en su a veces abierto contraste con la realidad dicha definición puede resultar llamativa, y el régimen cooperativo contempla el reparto de los remanentes económicos obtenidos entre los socios – en función a los aportes de capital, tratándose de servicios –, la paralela existencia de una reserva cooperativa no susceptible de reparto y la declaración genérica inicial se constituyen como los

[5] Pero no solo ellas, pues las cooperativas de trabajadores también pueden emplear personas que no sean socios-trabajadores.

pilares teóricos de la exención, que en realidad opera sólo respecto de "los ingresos netos provenientes de las operaciones que realicen con los terceros no socios", como determina el artículo 66° del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 85, que exonera del impuesto a la renta a las restantes ganancias.

En forma adicional, justifica en forma directa la exoneración, en el terreno legal aunque no necesariamente en el lógico – habida cuenta de lo explicado al inicio del presente acápite – el artículo 83° de la norma recién mencionada, que determina que deban recibir "el tratamiento de empresas de propiedad social o autogestionarias para todos los "efectos de las exenciones, exoneraciones, beneficios y demás incentivos tributarios, apoyo financiero y demás medidas promocionales establecidas para éstas por la Legislación de Empresas de Propiedad Social o de Autogestión, en todo cuanto no está específicamente previsto en la presente Ley y les sean aplicables".

Concluimos entonces en que, a pesar de que en el terreno técnico jurídico existe sustento para que se excluya a las cooperativas de la participación en las utilidades, dicha situación no tiene mayor apoyo real respecto de los trabajadores no socios y las ganancias obtenidas por operaciones con terceros no socios.

I.1.3.- En el caso de las sociedades civilesla situación también es distinta, aunque reaparecen argumentos que se van volviendo familiares.

Se trata de entidades cuyo fin es abiertamente lucrativo, como lo determina su inclusión en la Ley General de Sociedades, que tributan conforme las reglas del impuesto a la renta de tercera categoría, y que emplean trabajadores completamente desvinculados de las ganancias del negocio. .

Detectar el elemento faltante entre los tres que hemos venido manejando (empresa, trabajadores y utilidades) resulta incluso más complicado que en los casos anteriores. De hecho, los tres parecen estar presentes, y de forma muy clara.

El sustento de la preterición pareciera provenir en este caso de la naturaleza de esta forma asociativa, y concretamente de su calidad de sociedad de *personas*

en oposición a las de capitales. Se trata, según el artículo 295 de la Ley General de Sociedades, de personas jurídicas constituidas "para un fin común de carácter económico que se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades personales por alguno, algunos o todos los socios".

En la mente del legislador puede haber estado la idea de que, al ser tan predominante el elemento personal en el aporte y actividades de los socios, no se trata en buena cuenta de la combinación de trabajo y capital que define a la típica actividad empresarial, sino directamente de la actividad personal de aquéllos, alrededor de la cual las labores de los subordinados devienen en auxiliares, en contraposición con el papel protagónico que tienen éstos en la creación de la riqueza de las empresas típicas.

No cabe negar que la opción adoptada por la norma está cerca de las orillas del artículo 29º de la Constitución; pero tememos que pueda ser del lado de afuera.

I.1.4.- La exclusión de las empresas que emplean menos de 20 trabajadores supone un doble corte en relación con los supuestos ya tocados.

En primer lugar porque, a diferencia de todos los anteriores, no se trata ésta de una situación que ponga en duda la mayor o menor discordancia entre las características especiales de la relación laboral y los elementos literales del derecho a participación en las utilidades delineados en la Constitución. Nadie podría sostener que por el sólo hecho de que la empleadora vincule a menos de 20 trabajadores no estemos frente a una empresa, o que las ganancias de ésta no constituyan utilidades, cualquiera sea el concepto de las mismas que se tome, o que no estemos frente a trabajadores.

En segundo lugar, porque en las situaciones analizadas previamente la exclusión de los trabajadores obedece a una característica central de su empleadora, a la esencia de ésta, mientras que en este caso se trata del reconocimiento como supresora del beneficio de una situación de por sí variable, cual es la envergadura de la planilla.

Esta segunda característica ha obligado a que, por vía reglamentaria, se establezca un procedimiento para determinar si la empresa tuvo o no más de veinte trabajadores a lo largo del ejercicio, en base a un promedio mensual que toma en cuenta el máximo número de trabajadores que llegó a tener la empresa en cada mes.

Que la exclusión no calce literalmente con el artículo constitucional que habíamos estado siguiendo no supone, empero, que sea arbitraria o huérfana de razones de fondo. Reflexionando sobre el supuesto normado detectamos cuando menos dos razonamientos que pueden apoyar la exclusión.

El primero, quizás el primero que salta a la mente, se basa en que el legislador ha podido entender como *pequeñas*, y por tanto desprotegidas, frágiles o cercanas al autoempleo asistido a las empresas con planilla reducida.

En ese razonamiento, establecer una carga adicional a las tributarias sobre las ganancias de la empresa puede implicar la confiscación de los recursos de los que depende la subsistencia del titular. En otras palabras, se asume que el empresario que toma menos de 20 trabajadores es él mismo una especie de trabajador, que debe ser protegido.

Pero tal juicio es mucho más frágil que el empresario que se ha querido definir; en los tiempos actuales no existe relación necesaria entre el número de trabajadores de una empresa y la envergadura de sus negocios o ganancias.

Si ese fuese el caso, además, habría resultado lógico establecer una doble condición para la exclusión, a la manera de la Ley N° 28015 (Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa), que la implantara para quienes emplearan pocos trabajadores y tuvieran bajos ingresos. Es importante tener en cuenta, a este respecto, que las microempresas[6] no pagan participación por no estar comprendido el beneficio en el régimen especial de la ley recién aludida, pero también porque en ningún caso alcanzarán el mínimo de trabajadores establecido

[6] Definida por el artículo 3° de la Ley N° 28015 como aquella que no emplea más de diez trabajadores ni vende más de 150 UIT anuales.

por el Decreto Legislativo N° 892 para el pago de participación. Es decir, que las microempresas son, dentro de las que no pagan participación en las utilidades por no alcanzar los veinte trabajadores, aquellas que emplean bastante menos trabajadores que el límite, y además tienen ingresos por debajo del umbral fijado legislativamente.

Adviértase, de otro lado, que la existencia de una definición legal para las medianas, pequeñas y micro empresas, que toma en cuenta el tamaño de la planilla pero no como único factor, dificulta sostener que el Decreto Legislativo N° 892 esté implantando un régimen de promoción de las mismas, y de esa forma desarrollando el artículo 59 de la Constitución, relativo precisamente a la promoción de las pequeñas empresas.

En segundo razonamiento detectable para la exclusión tiene que ver con la forma del beneficio. La participación legal en las utilidades es, como hemos adelantado, un derecho que nace como colectivo pero luego se concreta como individual, lo que supone que el monto que le corresponde a un trabajador determinado guarda relación directa con el número de trabajadores con quienes se lo está repartiendo.

El pago de participación en las empresas con pocos trabajadores traería como consecuencia que el monto de la de cada uno escalara muy rápidamente, constituyéndose eventualmente en elemento de distorsión de las políticas remunerativas internas.

Además, no es difícil asumir que el legislador ha tomado en cuenta que cuando el número de trabajadores es bajo, puede existir mayor nivel de cercanía personal entre el empresario y aquéllos, lo que supondría una mayor posibilidad de obtener beneficios por encima de lo que determine la ley como mínimo (lo que en el caso de las utilidades es cero).

Pero ninguno de estos argumentos, en ninguna de las dos líneas de pensamiento desarrolladas, es sólido. Sin que se trate de casos excepcionales, empresas de menos de veinte trabajadores pueden ser mucho más rentables, o manejar mejor

sus políticas salariales, o por el contrario tratar con mayor desdén a sus trabajadores, que otras empresas que empleen a muchas más personas.

En este punto, pues, nos vemos obligados a dudar de la constitucionalidad de la exclusión. Más lógico sería encauzarla a través del tratamiento de las micro o pequeñas empresas, respecto de las cuales existen argumentos sólidos y verificados para el tratamiento especial.

I.1.5.- Finalmente, la justificación de que no se reconozca participación en las zonas francas es la misma que para el otorgamiento de beneficios tributarios y el establecimiento de derechos laborales limitados en las mismas. Se trata de abaratar la actividad empresarial de acuerdo a un parámetro geográfico, de manera tal que ésta se vea fomentada – en su relación de conveniencia para el empresario frente a otras áreas – mejorando así la situación del lugar. Más de una vez se ha declarado "de interés nacional, la creación y establecimiento [de Zonas Francas], con la finalidad de promover y fomentar el desarrollo socioeconómico armónico mediante áreas descentralizadas de industria, comercio y turismo", como hicieron las leyes 25100 y 25340.

I.2. Por su naturaleza

Es discusión que se mantiene abierta, tanto en el plano administrativo como en el judicial, si las entidades que emplean trabajadores y llevan a cabo actividades con contenido económico, pero no pagan impuesto a la renta por mandato legal, deben reconocer la participación en las utilidades a sus trabajadores.

Las dos ramas principales de esta discusión – cuyo terreno inicial ha sido el inspectivo, aunque ya existen disputas sometidas al Poder Judicial, en la vía contencioso administrativa – se han planteado respecto de las entidades sin fines de lucro, léase asociaciones y similares, incluyendo clubes sociales o deportivos; y de las entidades educativas.

En uno y otro caso los argumentos esgrimidos por las partes han sido similares.

Por el lado de la autoridad inspectiva, se sostiene que el actual literal g) del artículo 1° del Reglamento de la Ley del impuesto a la renta, aprobado por D.S. 122-94-EF, determina que se debe considerar empresa a toda "persona o entidad perceptora de rentas de tercera categoría", y que sólo cabe excluir del pago del beneficio a las que se encuentren explícitamente excluidas por el artículo 9° del Decreto Legislativo N° 677, es decir las analizadas en los puntos precedentes. En otras palabras, que la acción legal de truncar el pago del impuesto sobre las ganancias de las entidades sin fines de lucro o educativas, no modifica su carácter de empleadoras que llevan a cabo actividad empresarial, ni el carácter de renta de aquéllas, con lo que resultan comprendidas en la fórmula genérica del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 892. De hecho, el artículo 19° de la Ley del impuesto a la renta establece *exoneraciones* – cuya característica intrínseca es ser transitorias – sobre las *rentas* de las asociaciones y universidades privadas sin fines de lucro, lo que confirmaría, en esta posición, que el *superávit* que obtengan aquéllas encuadra con la base de cálculo establecida por el artículo 2° del mismo Decreto Legislativo N° 892 a pesar de que el Estado haya renunciado a cobrar el tributo.

Del otro bando, aunque un razonamiento importante ha consistido en negar que pueda aplicarse participación sobre rentas que no pagan impuesto, los argumentos principales giran alrededor del cuestionamiento de la aplicación del término *empresa* – en el sentido que tiene para efectos de la participación – a dichas entidades. Se aduce que, sin perjuicio de lo que establezca la normativa tributaria para los efectos específicos a que se refiere la norma antes aludida[7], lo cierto es que la ausencia de fin lucrativo priva de ámbito al concepto de utilidad, pues éste sólo puede ser entendido como la ganancia que obtiene un titular como producto de su actividad económica, y no puede hablarse de ganancia si ese titular no se la va a apropiar.

Más que en cualquiera de las situaciones tratadas previamente se hace necesario, entonces, ahondar algo más en el significado del término "empresa" para los efectos que nos ocupan, pues es alrededor del mismo que encuentra razón de ser y campo de aplicación la participación en las utilidades.

[7] La norma reglamentaria opera sobre el artículo 3° del T.U.O. de la Ley del impuesto a la renta, Decreto Legislativo N° 774, aprobado por D.S. 179-2004, relativo a la determinación de "los ingresos provenientes de terceros gravados por [la] ley".

Lo primero que llama la atención sobre el término es precisamente que el artículo 29° de la Constitución lo utilice, en lugar de referirse, como es lo usual y aparece en el artículo 24°, al *empleador*.

Como en materia de textos constitucionales no cabe asumir casualidades, debe aceptarse que la utilización de fórmulas distintas supone necesariamente una distinción entre situaciones o, más propiamente, sujetos distintos. Si empresa y empleador no son lo mismo, la diferencia podría proporcionar luces ciertas sobre la diferencia de los ámbitos sobre los que se aplican los dos preceptos (participación en utilidades y remuneraciones equitativas, respectivamente).

En otros ordenamientos se los trata como sinónimos. Específicamente en el derecho español, "la posición jurídica que mejor ilumina acerca de la condición del empresario es la posición de sujeto del contrato de trabajo"[8], situación de la que es mera consecuencia el artículo 1.2 del Estatuto de los trabajadores, que determina precisamente que son empresarios todos quienes "reciban la prestación de servicios"; y que deriva, "puesto que lo esencial del concepto es la utilización de los servicios del trabajador, [en que] es indiferente la presencia o no de ánimo de lucro en la actividad del empleador"[9].

Hay una explicación para esto: "el término <<empleador>> carece de tradición en la legislación española, en la que, desde antiguo, para designar a este sujeto se ha utilizado el de <<empresario>>. (...) Expresión claramente inspirada en términos de otros idiomas (*employeur, employer*) la de empleador ha sido aceptada sin mayor problema en la terminología jurídico-laboral española, aunque es lo cierto que la de empresario sigue siendo dominante (...)"[10].

Pero en nuestra legislación la situación es la opuesta. De lejos es preferido el término empleador, y son menores aunque no exóticas las menciones a empresa o empresario. Las más llamativas son la que nos ocupa, en la normativa sobre participación, y en el Derecho Colectivo, donde se consideró necesaria la inclusión

[8] MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. pp. 283-284.
[9] MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín. Derecho del Trabajo p. 214. Texto de enlace entre corchetes nuestro.
[10] Ibid. p. 213.

de norma expresa. La primera disposición complementaria de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, D.L. 25593, determina que para los efectos de esa norma – y de toda complementaria – "cuando (...) se haga mención a empresa, se tendrá para todo efecto como referido a empleador, cualquiera sea su forma jurídica, modalidad, fines, etc." (sic.). Esta precisión es reveladora, pues deja claro que a falta de ella podría haber resultado difícil aplicar la norma, que repetidamente alude a las empresas, a los empleadores que no necesariamente lo son, y que los elementos alrededor de los cuales giraría la discusión serían *la forma jurídica, la modalidad o los fines* de aquéllos.

La previsión explícita, que fulmina cualquier debate relativo al ámbito de la libertad sindical según las características del empleador, no existe en el Perú como determinación legal para efectos generales, y tampoco para el caso especial de la participación, pero ahonda en la sospecha de que los términos no son sinónimos: hay empresas que no son empleadores, y empleadores que no son empresas.

Es empleador, como adelantó la definición española antes glosada, quien ocupa una posición contractual: "Patrono o empleador son los términos más empleados universalmente para designar a aquella persona o personas físicas o inmateriales que otorgan, generan o dan trabajo"[11].

Por empresa, de otro lado, se ha entendido "la unidad de explotación económica, o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, siempre que tenga trabajadores a su servicio"[12]; aunque no en forma unánime en cuanto a la última característica, pues también se postula que "la voz empresario ha sido sugerida [como sinónimo de empleador] por algunos autores españoles, pero la misma tiene sus deficiencias: por una parte, refleja un significado más económico que jurídico; por otra parte, no siempre traduce la realidad, ya que puede haber empresarios que no sean empleadores porque no utilizan

[11] FORERO RODRÍGUEZ, Rafael. En: Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social (AA.VV. – Coordinadores DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio). p. 365.
[12] Ibid. p. 369.

un personal subalterno, y puede haber empleadores que no sean empresarios, como los jefes de hogar que contratan servidores domésticos"[13].

La aparente controversia en realidad no es tal. "Los dos significados diferentes del vocablo empresa en el derecho laboral son, por un lado, el de empleador, sujeto de la relación de trabajo, y por otro, el de ámbito de actuación de derechos e institutos, nivel de concreción de la relación laboral, continente y no contenido"[14].

Sin embargo, la detección de estos dos significados tampoco soluciona nuestra pregunta, en la que habíamos partido precisamente del uso diferenciado de los términos en la Constitución. La interrogante central, para los efectos que nos ocupan, continúa siendo si las entidades sin fines de lucro deben ser asimiladas a los empleadores no empresarios o si, por el contrario, son también empresas; y a ella debemos retornar, aún sin respuesta hasta este punto.

Como hemos visto, uno de los componentes de la distinción esbozada por la Ley de relaciones colectivas de trabajo está constituido por los *fines* del empleador.

En nuestro concepto es, de los tres, el que deberá tener mayor importancia al momento de sopesar el ámbito de la participación en las utilidades, en cuanto a su aplicación a entidades no lucrativas, dado que ni la forma jurídica ni la modalidad resultarán definitorias, como explicamos de inmediato.

Sea que un empresario forme una persona jurídica, o sea que se dedique a la actividad productiva en forma directa, será su actividad y los efectos de la misma lo que lo califiquen como empresa para el pago del impuesto a la renta de tercera categoría y la consecuente participación en las utilidades de sus trabajadores. Es entendible que la norma subraye que puede formarse un sindicato de trabajadores de un empleador persona natural, pero no sería admisible que suceda lo propio respecto de la participación en las utilidades.

---

[13] ALBURQUERQUE, Rafael. Derecho del Trabajo. p. 183. Texto entre corchetes nuestro.

[14] ERMIDA URIARTE, Oscar. La teoría clásica de la empresa. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. N° 28. pp. 6-7.

En cuanto a la modalidad organizativa, resulta también entendible que el legislador la haya descartado como elemento de diferenciación para efectos de la libertad sindical, pero también a sucedido lo propio en lo que a participación en las utilidades se refiere, a través de las exclusiones explícitas contenidas en el artículo 9° del Decreto Legislativo N° 677, ya tratadas, que *contrario sensu* dificultan asumir como excluida alguna forma empresarial o societaria adicional.

Los fines, en cambio, sí constituyen un lindero importante. De inicio, existe una porción muy importante de empleadores que de por sí y en forma absolutamente pacífica no generan participación, por no ser personas que obtengan rentas de tercera categoría; son casos típicos el de las incontables personas naturales que emplean trabajadores para actividades que no les generan ganancia, y por tanto tampoco renta o participación.

Es cuando la actividad contratada tiene componente económico que encontramos la dificultad, y la necesidad de deslindar si el fin último de dicho componente tiene relevancia o no.

Es claro a estas alturas que el fin lucrativo del empleador no hace que éste deje de ser tal, ni impide la generación de los beneficios laborales. Pero la participación es una materia especial, en la que, desde la denominación, el fundamento del concepto es indesligable de su contenido y efecto, y cuyo núcleo está constituido por la idea de que el empresario comparta con el trabajador el resultado que reporta a aquél la actividad conjunta.

Es verosímil entonces que para dichos efectos sea relevante cuál es ese resultado, y por ende el propósito de quien lo lleva a cabo; situación en la que la noción de empresa tendrá que ser abordada desde la perspectiva del objeto de la actividad o cuando menos tomarlo en cuenta. Con lo cual, situados en esa tónica respecto de las empresas, es "el *fin objetivo* que se logra o realiza mediante la organización de medios y acciones que es la empresa (y no aquél que, sirviéndose a su vez de él, pueden procurarse las personas que la integran) lo que especifica o diferencia a cada una de ellas de las otras."[15] Y si es éste el punto de partida, será

[15] LOPEZ, Justo. Tratado de Derecho del Trabajo (AA.VV. – Coordinador VASQUEZ VIALARD, Antonio). Tomo II. p. 545.

simple derivar en diferenciaciones ulteriores: "En este sentido aquí el uso común introduce una restricción y tiende a reducir el ámbito de aplicación de la palabra <<empresa>> a aquéllas que se pueden llamar de fin económico, en el sentido de que implican un orden de elementos (que se suelen llamar <<factores de la producción>>), al fin de producir bienes o servicios en un sistema social de provisiones requerido por el racionamiento a que somete la naturaleza a los seres humanos. Incluso es común restringir todavía más el significado y limitarlo a aquellas cuyo fin productivo está ulteriormente destinado (por el empresario) a la obtención de un lucro o ganancia"[16].

Si para algunos efectos y por indicación de una norma es válido diferenciar empleadores de acuerdo a si tienen o no fin de lucro, la participación en las utilidades tendría que ser, en nuestro concepto, uno de los principales ámbitos, quizás el único, en los que operara tal diferenciación.

En primer lugar, porque la participación implica integrar a los trabajadores a los frutos económicos obtenidos por su contraparte contractual, que es el empleador, comprendiendo en el caso de las personas jurídicas al titular o titulares de ésta. Cabe diferenciar entonces a un empleador que no obtiene frutos económicos o, más precisamente, que no se los apropia, de todos aquéllos que sí lo hacen.

En segundo y más importante lugar, porque el fin no lucrativo de una entidad, en los casos en los que desencadena la exoneración o inafectación tributaria, sustenta a su vez a tales franquicias, bajo el razonamiento de que se encuentra dedicada a *fines superiores*, o cuando menos deseados por la sociedad. Se entiende que destinar los frutos de una actividad económica a propósitos de "beneficencia, asistencia social, educación, cultural, científica, artística, literaria, deportiva, política, gremiales y/o de vivienda"[17] implica lograr beneficios para la sociedad en su conjunto, lo que amerita liberarlos de mayores cargas a efectos de que tales favores sean lo más amplios que se pueda.

---

[16] Ibid.

[17] Fines de las entidades no lucrativas que las califican para la exoneración del impuesto a la renta, según determinación del literal b) del artículo 19 del T.U.O. de la Ley del impuesto a la renta.

En otras palabras, si la ley ha determinado que las entidades sin fines de lucro no paguen impuesto a la renta, no lo ha hecho por mero capricho o arbitrio. La inafectación o exoneración obedece a la constatación de que los fines son altruistas, por lo que no ameritan el descuento obligatorio que sí es aplicable a todos quienes llevan a cabo actividad con fines egoístas, por así decirlo. El Estado desiste de recaudar fondos de dichas entidades, por considerar que ellas van a poder utilizar esos recursos para un destino socialmente deseable y certificado como tal.

Pues bien, la misma razón es aplicable respecto de la participación. Hacer ingresar a los trabajadores a compartir los eventuales resultados positivos de la operación, supondría afectar directamente no a los titulares sino a la institución y, a través de ella, a los beneficiarios de su actividad, que como hemos ya señalado, ha sido determinada como prioritaria y deseable socialmente.

Lo recién dicho parece haber sido tomado en cuenta, aunque para fines muy distintos, por el Tribunal Constitucional, que ha considerado:

"La actividad empresarial denota la acción organizada para la provisión de bienes y servicios, con fines de lucro. Este fin de lucro consiste en el propósito de obtener utilidades cuyo único destino es la satisfacción del interés personal del titular de la actividad empresarial. La presencia del elemento teleológico fin de lucro constituye una característica de sustancial importancia, ya que no toda actividad organizada de provisión de bienes y servicios tiene fines de lucro. Tal es el caso de las actividades cuyo sólo propósito es el cumplimiento de fines sociales de carácter altruista".[18]

Si aceptamos tal diferenciación, y retornamos al punto inicial, que era precisamente la utilización por parte de la norma constitucional de la fórmula *utilidades de la empresa*, resulta coherente y razonable tomar el fin de lucro como elemento necesario de la acepción de empresa.

[18] Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 15 de diciembre de 2006. Exp. N° 07644-2006-PA/TC, proceso de amparo seguido por Gremco Publicidad S.A. con el Instituto Peruano del Deporte.

Nos inclinamos entonces por considerar que las entidades sin fin de lucro, incluyendo naturalmente las organizaciones educativas que gozan de inafectación del impuesto a la renta, no debieran ser consideradas como obligadas al reparto de utilidades, con prescindencia incluso de la vigencia de la exoneración tributaria; es decir, por su carácter de empleadoras no empresarias, y no sólo por la inexistencia de base para la participación.

II. FORMAS TRIANGULARES

A lo largo de la última década, la contratación y subcontratación entre empresas ha sido fuente de ardorosas polémicas, que han alcanzado su cenit cuando el escenario de dichas figuras han sido empresas usuarias con altas utilidades.

La razón es evidente. En ningún caso como en la participación en las utilidades, la identidad del empleador – o del generador de las utilidades o pagador de aquélla, como quiera decirse – alcanza tanta importancia. El traslado de beneficios de la usuaria a la prestadora, o la búsqueda de efecto espejo entre los mismos, que muchas veces requiere un mero ajuste de tarifas, tratándose de la participación deviene complejo en extremo, y normalmente se constituye como insostenible en lo económico. Porque, a diferencia de los beneficios comunes, que dependen de o son un agregado al salario, y por consiguiente pueden ser regulados junto con éste, la participación parte de una base siempre aleatoria (el resultado económico) en lo que a su monto global se refiere, y obedece a factores también móviles e inciertos para su concreción individual.

El problema concreto se ha presentado con especial virulencia en la actividad minera, por la concurrencia de dos factores: (i) el impresionante nivel de las ganancias de las empresas y sus trabajadores, como producto de los altos precios de los metales en el mercado internacional, y (ii) la elevada proporción de trabajadores de contratas en los centros mineros, dedicados a actividades cercanas a o integrantes de las actividades principales de las usuarias.

En la práctica, grupos amplios de trabajadores han tenido la percepción de que, teniendo a su cargo la misma o similar labor a la de otros que se desempeñan a su lado y con los que interactúan permanentemente – si no en lo laboral, en lo

social – estos últimos han estado percibiendo ingresos que multiplicaban en varias veces los suyos.

Los ánimos se han enardecido al extremo de que las modificaciones normativas en materia de intermediación y tercerización durante el actual bienio han sido propugnadas – y en buena medida obtenidas – por entidades gremiales ligadas a los trabajadores mineros, en base a acción directa y más de una huelga.

Pero el episodio final de la pugna aún no se produce. Mientras avanzamos el presente artículo se discute en el Congreso de la República una iniciativa, que verosímilmente se puede convertir en ley, por la que se integraría a los trabajadores *de las contratistas* al reparto de utilidades de las usuarias.

El punto es no solo interesante, sino también importante, pues requiere dobles miradas tanto sobre la esencia del beneficio, una vez más, como sobre las repercusiones prácticas que se pueden generar. Trataremos de definir, en primer lugar, si tal modificación es válida y posible desde el punto de vista conceptual y constitucional, para luego detectar algunas dificultades que podría generar su introducción.

II.1.- Presupuestos

No nos corresponde ahondar en las relaciones triangulares, sus características y requisitos. Por lo tanto, no nos detendremos en las mismas ni, lo que es más importante, asumiremos supuestos de desnaturalización, dado que ésta y sus consecuencias tienen vías de tratamiento propias, donde corresponderá dar solución a la distribución de utilidades distorsionada por el accionar ilegítimo de las empleadoras.

Partimos por tanto, para los efectos de toda nuestra reflexión, de que las situaciones que estamos tratando son consistentes con la regulación vigente, recogida en la Ley N° 27626 y su reglamento, D.S. N° 003-2002-TR, con las modificaciones introducidas por el D.S. 008-2007-TR, así como en la Ley N° 29245 modificada mediante Decreto Legislativo N° 1038 y reglamentada por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR; vale decir, que estamos utilizando los siguientes presupuestos de hecho:

- Cuando mencionamos una empresa de servicios temporales, se trata de la provisión de mano de obra para suplencia, o para servicios ocasionales, entendidos como distintos a la actividad habitual de la usuaria.
- Cuando mencionamos una empresa de servicios complementarios, ésta no lleva a cabo actividades que resulten consustanciales al giro del negocio de la usuaria, o cuya inejecución afectaría o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa.
- Si aludimos a una contratista o a la tercerización, partimos de que su actividad no es una simple provisión de personal, pues tiene existencia real, patrimonio y riesgo empresarial, y conserva de modo absoluto las facultades como empleadora frente a sus trabajadores, resultando indiferente si el servicio está o no vinculado al giro principal de la usuaria.

II.2.- Validez de la extensión

Tal como cuando revisamos los supuestos de exclusión, la verificación de la validez de una eventual modificación del ámbito subjetivo de la participación en las utilidades tiene como necesario punto de referencia el artículo 29° constitucional.

En esa norma base, la participación está prevista como derecho de los trabajadores, considerados en plural o como colectivo, mas opera sobre las utilidades *de la empresa*, en singular.

La duda se plantea, por lo tanto, respecto de si dicho precepto se estará respetando cuando el sistema consista en que sobre las utilidades de una empresa participen trabajadores que no integran la planilla de la misma y, correlativamente, que un grupo de trabajadores adquiera derechos sobre las utilidades de una empresa que no es aquélla con la que sostienen sus relaciones contractuales.

Si retornamos a la falsa disyuntiva planteada al tratar la participación en las entidades sin fines de lucro podríamos asumir que, equiparando como sinónimos los términos empresa y empleador, resultará inválido aplicar el primero de ellos a un ámbito que incluya varios sujetos (propiamente varios empleadores).

Pero ello sería engañoso, una sobre-simplificación; tanto porque hemos concluido en que tales términos no son sinónimos en nuestra Constitución, como por-

que el que hemos considerado más cercano a la intención constitucional es, entre los dos, el que resulta pasible de ser entendido en su sentido económico más que como parte de la relación laboral.

Sin embargo, esto no elimina las dificultades. Cuando se tiene que delimitar las características de la empresa en su sentido laboral, no es raro que se retorne y mantenga presente al ámbito contractual como elemento fundamental de la misma. Así, "(...) la empresa laboral implica necesariamente la relación (de trabajo) entre dos sujetos – empleador y trabajador –, de los cuales uno tiene que ser persona individual. (...) No sólo es un grupo social organizado, sino que es un grupo estratificado; un grupo en que se da la diferenciación autoridad-subordinación"[19]. Si la organización del proceso productivo y su dominio por parte del empleador es elemento necesario de la determinación del ámbito del concepto, resultará difícil postular que debe entenderse como una sola empresa la conjunción de varias de ellas, por más que integren un mismo proceso productivo, siendo que cada una organiza sus actividades, en lo que a los trabajadores respecta, con total autonomía, premisa de la que se parte en el caso de la tercerización.

Hay, por cierto, corrientes más modernas que propugnan una acepción más amplia de lo que se entiende por empleador[20], y podrían derivarse de las mismas posiciones en las que antiguos obstáculos como el recién reseñado no serán tales. Sin embargo, también partiendo de las nuevas propuestas, resulta complicado reputar como unidad a entidades que son jurídicamente independientes, que no comparten los beneficios de la actividad, sino que son contrapartes entre sí, y que tampoco ejercen conjuntamente el ejercicio de las facultades del empleador, dado que éstas corresponden exclusiva y excluyentemente a la contratista.

[19] LOPEZ, Justo. Op. Cit. p. 546.

[20] Puede revisarse al respecto los trabajos alrededor de la inclusión por el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores español de las comunidades de bienes como empleadoras. Ver PALOMEQUE LOPEZ, Manuel. Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes. En: Derecho del trabajo y razón crítica. Libro dedicado al Profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático. AA.VV.; y, MONTOYA MELGAR, Alfredo. Op. Cit. p. 284

Al problema literal se agrega el conceptual, pues la noción de que los trabajadores de las contratistas generan la riqueza de las usuarias como fórmula base o regla general no es fácil de aceptar si es que, una vez más, partimos de que la tercerización esté siendo aplicada correctamente. Se trata, en realidad, de pasar a considerar que cuando varias empleadores interactúan constituyen una especie de actividad empresarial compartida, sin personalidad jurídica pero existente para efectos de la relación con los trabajadores, de lo que surgen naturales suspicacias: "(...) Si bien esta iniciativa señala que es para el único propósito de la participación en las utilidades que se considera a los trabajadores de la contratista como propios de la empresa minera, en rigor se está asumiendo que éste derecho les asiste por el hecho de participar en la actividad productiva de la empresa minera. De ahí que la evolución de este esquema pueda asumir derroteros inesperados. ¿Por qué los trabajadores del contratista no participan de las mismas condiciones de trabajo que gozan los trabajadores de la empresa minera, tales como movilidad, alojamiento, jornada de trabajo, remuneraciones, o bonificaciones?"[21]

En este punto, además, nos topamos con la principal peculiaridad del asunto, cual es la especial composición de los intereses contrapuestos.

En la tercerización son "por lo general cuatro, los actores intervinientes, entre los cuales, a su vez, se pueden generar variadas relaciones jurídicas. En primer lugar, aparece la figura del empleador que terceriza (...). En segundo lugar, se encuentran los trabajadores dependientes del empleador que terceriza (...). En tercer lugar, aparece la figura de la empresa subcontratista (...). En cuarto lugar, se encuentran los trabajadores de la empresa subcontratante (..)"[22]

---

[21] FERRO DELGADO, Víctor. Participación en las utilidades de empresas contratistas. Ponencia presentada en el IV Congreso Internacional de Legislación de Minería, Hidrocarburos y Electricidad. Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía. Lima, 2007. http://www.indemipe.com/contenido/ponencias/Vferro.doc. p. 5. El texto alude a un proyecto de ley que en su momento no prosperó, pero que tenía el mismo contenido que la propuesta en discusión actual.

[22] FERNANDEZ, Hugo y GAUTHIER, Gustavo. La tercerización y el derecho del trabajo. En: Derecho Laboral. Tomo XL, N° 186. p. 405.

El principal conflicto de intereses, tratándose de la eventual extensión de la participación en las utilidades de la empresa usuaria a los trabajadores de la contratista no se plantea, como es lo familiar, entre la empresa usuaria (o la contratista) y los trabajadores (de cualquiera de ellas, o de ambas), sino entre los trabajadores de la empresa usuaria y los trabajadores de la empresa contratista. Integrar a éstos en el reparto supone automática y necesariamente la reducción del monto que corresponderá a aquéllos, quienes, en buena cuenta, serían quienes estarían pagando el beneficio. En caso de modificarse el universo de beneficiarios, la empresa usuaria continuará destinando al pago de utilidades exactamente el mismo porcentaje y monto que con el mecanismo original, como también continuará haciéndolo la contratista.

La interpretación estricta de la acepción laboral del término *empresa* para estos efectos, evitando desligar el componente contractual inherente a la misma, no aparece entonces como perjudicial para la parte trabajadora, pues en los hechos hay dos partes trabajadoras – que son casi *contrapartes,* dados los intereses cruzados –, sino como mera delimitación de los beneficiarios y correlativa protección de los mismos frente al recorte del derecho en lo que a ellos respecta.

El problema constitucional que afronta la extensión de la participación no es entonces artificial, sino real, tan tangible como lo son los titulares del derecho que resultaría afectado.

En caso de que la modificación prospere, los cuestionamientos a la misma podrían plantearse no sólo de manera directa, en vía de acción de inconstitucionalidad, sino también en forma oblicua, mediante acciones de los trabajadores de la empresa usuaria contra ésta por el pago diminuto de la participación, en la que buscarían la inaplicación de la ley en base al segundo párrafo del artículo 138° constitucional, que consagra el control difuso de la constitucionalidad de las normas.

Si tuvieran éxito, se crearía un problema procesal y de fondo de difícil solución, alrededor de los reintegros a que adquirirían derecho los accionantes. El pago efectuado por la empresa usuaria a los trabajadores de la contratista habría sido

ejecución directa de la ley, y por lo tanto poca duda cabría en cuanto a la procedencia de obtener su reembolso de parte de aquéllos, quienes en buena cuenta se habrían beneficiado con un pago indebido. Pero a diferencia de cualquier caso de acción de una empresa para el recupero de pagos indebidos a trabajadores, éste involucraría a trabajadores de una tercera, respecto de quienes no sería posible recurrir a métodos como el descuento fraccionado, la conversión del pago indebido en adelanto de beneficios futuros, o similares. La modificación legal y la duda constitucional que produce pondría por consiguiente a *todas* las empresas usuarias – y no solo a las que obtengan utilidades exorbitantes – ante riesgos legales imposibles de evitar, salvo prescindiendo en absoluto de la subcontratación.

II.3.- Problemas prácticos

Más allá de las dudas en cuanto a que la extensión sea válida en el plano constitucional, resulta innegable que la presión social producida alrededor del reparto de utilidades ha sido de tal magnitud que hace viable que la modificación legal se produzca en el futuro inmediato.

Nos interesan también, por lo tanto, los problemas prácticos, las dificultades concretas que tendría que afrontar y salvar la nueva regulación.

Los existen de muy diversa índole, pero hemos preferido concentrarnos en los que consideramos de mayor trascendencia; a saber, la determinación de los beneficiarios, y la definición del beneficio para el trabajador individual a raíz del traspaso de trabajadores a la empresa usuaria.

II.3.1.- Definición de los beneficiarios

En los diversos proyectos que se han presentado con miras a la integración de los trabajadores de contratistas a la participación en las utilidades de sus usuarias, se han utilizado fórmulas simples del tipo "los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas que laboren en un centro de trabajo de la empresa principal tienen derecho a participar de las utilidades de ésta".

Ello obliga, como es natural, a que para efectos del reparto toda empresa que deba hacerlo tenga que determinar quiénes son los trabajadores de *sus* empresas contratistas.

Pero esa determinación, a pesar de los esfuerzos legislativos recientes, no cuenta con un instrumento legal que pueda sustentarla en forma del todo sólida y, en consecuencia, dotarla de seguridad.

La definición contenida en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR delimitaba la figura por negación, oponiéndola únicamente a la intermediación laboral. La contemplada en la Ley N° 29245 y sus normas complementarias, que busca ser el marco autoritativo – innecesario en nuestro concepto – de la tercerización o la subcontratación, agrega filtros que excluyen de la regulación a las labores complementarias y los destaques discontinuos de personal.

Pero ninguna de tales definiciones es herramienta infalible para distinguir la tercerización de muchos servicios prestados por una empresa a otra, o más propiamente de una empleadora a otra empleadora, pues se limitan a asumir como existente la figura cuando existe traslado *físico* y continuo de trabajadores a un centro de trabajo u operaciones de la usuaria, lo que no necesariamente implica las relaciones estrechas que ameritarían difuminar las fronteras entre empresas.

A esto debemos agregar un necesario re-examen de la relación (en teoría inexistente) entre el tratamiento de la tercerización y de la intermediación.

En la actualidad y como se ha planteado hasta el momento la posible reforma, el ingreso al reparto de las utilidades de las empresas usuarias se produciría únicamente respecto de los trabajadores de las contratistas, sin incluir a las empresas de servicios.

Empero, si se toma en cuenta el fundamento principal que se esgrime para la extensión, cual es la intervención de los trabajadores objeto de la triangulación en la creación de la riqueza de la usuaria, nos encontramos de inmediato con una incongruencia.

La tercerización es válida y opera respecto de cualquier tipo de actividades de la usuaria, desde la más nuclear a su operación hasta las más externas o desligadas de la misma; con lo que la relación real entre la actividad del trabajador destacado y la riqueza producida no es automática, pues existe una serie infinita de grados o variantes. Sin perjuicio de lo cual es claro, en todos ellos, que se parte de la premisa que no existe relación funcional entre la empresa usuaria y el personal de la contratista.

En la intermediación, en cambio, cabe distinguir dos situaciones.

Los servicios complementarios son por definición, ahondada por el D.S. 008-2007-TR, distintos de la actividad central de la usuaria, que es la que cabe asumir como generadora principal de sus ganancias. No llama la atención, por tanto, que se presuma o asuma la ausencia de relación entre sus trabajadores y las utilidades.

Pero los servicios temporales, y en especial los de suplencia, implican no sólo la inserción del trabajador intermediado a la organización y jerarquía de la usuaria, sino la sujeción del trabajador a las facultades de la misma como empleadora. Se trata propiamente de un trabajador que normalmente se habría contratado en forma directa (mediante contrato sujeto a modalidad) y que en la realidad trabaja en y para la usuaria, pero que por dispensa legal es proporcionado por otra empresa, a cuya planilla pertenece.

Resulta innegable que un trabajador suplente destacado por una empresa de servicios para desempeñarse en la usuaria, en forma temporal pero en su actividad principal, está más cercano a la generación de la riqueza en ésta; y por lo tanto sería mayor la justificación para incorporarlo al reparto, en comparación con los trabajadores de las contratistas que, también destacados a la usuaria, se desempeñan en funciones periféricas.

De acuerdo a lo expuesto, consideramos que si se revisara el ámbito subjetivo de aplicación de la participación en las utilidades tendría cuando menos que (i) fijarse periodos mínimos de destaque a partir de los cuales podría generarse el ingreso de un trabajador al reparto, y (ii) restringirse el beneficio a los trabajadores

que tuvieran vínculo con la actividad principal de la usuaria, comprendiendo a los de las empresas de servicios temporales, mas no a los de empresas de servicios complementarios o de servicios altamente especializados, o las figuras de tercerización no reguladas.

Todo este ajuste es necesario desde la norma raíz, no siendo aparente la vía del reglamento, habida cuenta que de lo contrario se abriría la posibilidad de cuestionar éste como desnaturalización de aquélla.

II.3.2.- Determinación individual del escenario de la participación.

Abrir la posibilidad de que los trabajadores de las contratistas participen en las utilidades de la usuaria obliga a optar entre dos grandes fórmulas.

La primera consiste en que los trabajadores destacados participen en las utilidades de su empleadora (la contratista) y *además* en las de la usuaria. Es decir, que repartirían utilidades con todos quienes han compartido el centro de trabajo físico mientras estuvieron destacados, y también con los trabajadores de su empleadora que hubieran laborado en el mismo o en otros centros de trabajo físicos.

Pero si se toma en cuenta que la participación se reparte en base a días laborados y a remuneraciones percibidas, de inmediato se advierte que un día sólo puede ser considerado como laborado en una de las dos empresas, y que cada Nuevo Sol ganado puede ser entendido como adquirido por el trabajo en una de las dos empresas. De lo contrario, los trabajadores destacados quedarían en situación beneficiosa respecto no solo de sus compañeros de planilla, sino también de sus compañeros de labor física.

Tiene que descartarse, por ende, que el trabajador participe en las utilidades de las dos empresas. O entra al reparto de las de una de ellas, o al de las de la otra.

Tratándose de un beneficio que se genera a lo largo del año, a primera vista podría parecer que tal determinación debe estar referida a todo ese periodo. Pero

esto resulta inviable, dada la frecuencia con la que trabajadores de las empresas contratistas pueden ser destacados *a varias usuarias* a lo largo del año, cada una de las cuales tiene niveles distintos de utilidades, genera eventualmente pagos remuneratorios distintos, y ha supuesto un número también distinto de días laborados. De ahí que el proyecto que se viene discutiendo postule que para el pago de la participación de la usuaria al trabajador destacado "se computarán los días real y efectivamente trabajados, como personal desplazado, y las remuneraciones percibidas de su empleador formal"[23]. La participación final de cada trabajador quedará entonces definida en base a periodos cortados, y el cómputo final tomará en cuenta algunos días como laborados en una empresa (usuaria), otros en alguna otra empresa (usuaria) y eventualmente otros laborados físicamente en locales de su empleadora directa.

Pero en este punto no termina, sino que recién comienza la dificultad práctica. Es menester aún establecer la regla que se utilizará para determinar cuál de las dos participaciones – de la usuaria o de la contratista – corresponderá al trabajador destacado, para cada caso individual.

A este efecto pueden plantearse tres posibilidades, dos de las cuales han aparecido sucesivamente en los proyectos de ley discutidos durante los últimos años.

La primera posibilidad es que el trabajador integre forzosamente la participación de la empresa usuaria. La segunda, que el trabajador destacado elija en cuál de las participaciones – el de su empleadora o el de la usuaria – quiere intervenir. La tercera, que participe allí donde le resulte *más favorable*.

La primera opción difícilmente prosperaría. Hay una posibilidad real – si se piensa en todas las modalidades de tercerización, no sólo en las notorias – de que la participación en la contratista sea mejor que en la usuaria, con lo que la exclusión del trabajador destacado de la participación en las utilidades de su empleadora devendría en vulneradora del artículo 29° constitucional, al terminar discriminado en relación con sus compañeros de planilla.

[23] Expresión esta última que es abiertamente prejuiciosa, al extremo de la distorsión. Salvo desnaturalización, en la tercerización el empleador no es *formal* o aparente, sino verdadero, real.

En cuanto al segundo mecanismo, para que fuera viable tendría que establecerse la opción como previa e irrevocable, pues de lo contrario devendría simplemente en la segunda.

En otras palabras, el trabajador tendría que elegir para la participación de qué empresa van a tomarse en cuenta los días que labore y las remuneraciones que perciba a lo largo del año, en forma previa a trabajarlos y cobrarlas, respectivamente; y tendría que hacerlo respecto de cada una de las empresas a las que vaya siendo destacado, supuesto perfectamente dable tratándose de fórmulas tan amplias como las que se vienen usando para definir la tercerización.

En nuestro concepto, este mecanismo estaría condenado al fracaso desde su inicio. Establecer el ejercicio de una opción por parte del trabajador al inicio de las labores, la cual, para ser tal, tendría necesariamente que dejar de lado el grado de conveniencia objetiva que pudiera significar para el trabajador en el futuro, supondría ni más ni menos que legitimar la renuncia anticipada a un beneficio, e invitar a que sólo fuesen destacados a las usuarias con utilidades importantes los trabajadores que previamente desistieran de ingresar a su reparto.

Casi como si fuese válido que en el contrato de trabajo el trabajador "opte" entre cobrar o no gratificaciones, o entre gozar o no de descanso vacacional. Siendo que la irrenunciabilidad es piedra angular del derecho laboral, y que está consagrada constitucionalmente, tal posibilidad debe simplemente descartarse.

Resta entonces la tercera modalidad: establecer que el trabajador destacado deba participar en el reparto que le resulte *más favorable*, sin necesidad de ejercer opción e incluso contra lo que haya podido expresar en la misma. Punto en el que cualquier técnica jurídica cede el paso a la aritmética y al álgebra.

Que la participación no se genere directamente o en su origen de modo individualizado, sino que consista en el *reparto* de las utilidades entre un grupo de personas, implica que el monto individual de aquéllas está condicionado por factores relacionados con el trabajador en singular (cuánto ganó, cuantos días laboró), pero también por los de cada uno de los otros trabajadores que ingrese al reparto; en realidad, a cada uno de los repartos en cada una de las empresas involucradas.

En otras palabras, traspasar a un trabajador del reparto de utilidades de una empresa al de otra, tiene efectos sobre la participación (i) propia, (ii) de los trabajadores de la empresa a cuyo reparto se incorpora (usuaria), y (iii) de los trabajadores de la empresa de cuyo reparto se ha apartado (contratista). Tratándose de la empresa usuaria, los montos de la participación de sus trabajadores disminuirán; pero la participación individual de los trabajadores de la contratista *crecerá*, pues habrá un individuo menos a quien tomar en cuenta.

Si el traspaso es masivo, como puede suceder en los escenarios que han originado las discusiones actuales, o si los niveles de la participación de la usuaria y la contratista no son desmesuradamente desiguales entre sí, como sucede en muchos otros casos, aquél puede tener como consecuencia que la participación individual de los trabajadores de la contratista, originalmente exigua en comparación con la de los de la usuaria, crezca en proporción directa al nivel de trabajadores "traspasados", sin que quepa descartar que termine alcanzándola o superándola.

En ese momento se habrá generado una situación complicada, pues no habrá mecanismo de graduación o preferencia que pueda designar cuáles trabajadores o hasta qué momento serían objeto del traslado.

Un ejemplo práctico grafica mejor el asunto.

Tomemos como premisa una usuaria (U) con cien trabajadores, que genera una utilidad a repartir[24] de S/. 10,000.00. Utiliza los servicios de dos contratistas: (C1) con 50 trabajadores – 40 destacados en A – y que generó una utilidad de S/. 550.00; y (C2) con 65 trabajadores – 50 destacados en U – y que generó una utilidad de S/. 900.00.

Originalmente (sin integrar a los trabajadores destacados), la participación de los trabajadores de U habría sido de S/. 100.00 por persona; la de los trabajadores de C1, de S/. 11.00 por persona, y la de los de C2 de poco menos de S/. 14.00 por persona.

[24] Solo para efectos de este ejemplo, simplificamos de modo extremo y asumimos un modelo hipotético de participación en reparto simple, a partes iguales. Asumimos también que los trabajadores de las contratistas han estado destacados todo el año.

Claramente, para los trabajadores de las contratistas destacados a U, integrar el reparto en ésta resulta más favorable.

¿O no?

Si todos los trabajadores destacados ingresan al reparto de U, la misma base de S/. 10,000.00 se distribuirá ya no entre sus 100 trabajadores, sino entre un nuevo universo de 190. La nueva participación en U será de S/. 52.64. En el reparto de C1 permanecerán, en cambio, sólo 10 trabajadores, que repartirán entre sí el total de los S/. 550.00 de la utilidad de ésta, es decir tocarán S/. 55.00 a cada uno. En C2 la situación será similar; la participación de los que permanezcan subirá a S/. 60.00.

En ambos casos, la participación final en las contratistas sería, para quienes permanecieran en ellas, más elevada que la de los trabajadores destacados a la usuaria en la utilidades de ésta, pero sólo mientras que el número de trabajadores destacados que hubiera pasado a la participación de la usuaria permanezca tan elevado como en el ejemplo. Las variables que intervienen son varias, y el resultado una infinidad de variantes.

Si la mecánica prevista en la ley fuese de aplicación del tratamiento *más favorable*, entonces, nos encontraríamos ante un sistema automático – en el que la opción personal del trabajador no puede contar, por lo ya dicho sobre irrenunciabilidad – pero en el que el componente de ser mas o menos favorable no opera de modo individual, sino como interrelación entre una multiplicidad de trabajadores en varias empresas.

Partiendo de que no podría licuarse la participación de las empresas como si se tratara de una sola – pues habrán trabajadores de las contratistas que no han sido destacados y no tienen relación alguna con la usuaria –, la matemática lleva a que el traslado de trabajadores sea favorable para éstos sólo hasta un número específico de los mismos, pero después ya no. Pero no existe, como hemos adelantado, y sería impensable un mecanismo que estableciera un corte de ese tipo, prefiriendo a unos trabajadores destacados sobre los otros.

Las salidas posibles suponen una modificación sustancial de la fórmula actualmente propuesta. Tendrían que involucrar el pago de participaciones *complementarias* por parte de la usuaria y las contratistas, de forma tal que la salida del trabajador de la contratista no suponga el incremento de la participación de los que quedan, pero sin que ello implique el doble cobro por cómputo de días (y remuneraciones) que veíamos al inicio.

En todos los casos, cualquiera sea la modalidad por la que se opte, es claro que todo lo relativo a controles se verá mucho más complicado que en la actualidad, habida cuenta de que el ámbito de la participación habrá dejado de estar restringido al ámbito de una empresa y sus trabajadores. Considérese que a efectos de conocer si la participación percibida por un trabajador ha sido correctamente calculada, será necesario conocer no sólo los días trabajados, sino las remuneraciones percibidas por trabajadores de varias empresas, requerimiento para el que en la actualidad no existe mecanismo exigible que no involucre a la autoridad inspectiva o judicial.

La fórmula normativa, por ende, tendrá que ser mucho más detallada, definida, trabajada que la simple enunciación que se viene promoviendo, y ello a nivel de ley, no de reglamento, pues se trata de la definición misma del beneficio, no de meros detalles.

II.4.- Aproximación personal

La presión social, de un lado, y las evidentes dificultades técnicas, de otro, hacen de la participación de los trabajadores de contratistas un problema mayúsculo para todos los involucrados, cuya potencialidad es a empeorar antes que a solucionarse.

El Estado viene tratando de desactivar el embrollo, pero escuchando sólo a uno de los sectores involucrados: el de los trabajadores de las contratistas.

Para la posible reforma, en primer lugar, no cuenta con apoyo de los empleadores. Estos ven con abierto recelo cualquier debilitamiento de los linderos entre las empresas intervinientes, sus responsabilidades y facultades, pues

"atribuir a los trabajadores del contratista utilidades que corresponden a los trabajadores de la empresa minera importa en el fondo un cuestionamiento a la condición de verdadero empleador."[25].

Además, la premisa de que la forma de reparto no tiene repercusión económica sobre la usuaria (y ni siquiera sobre la contratista) es correcta en lo teórico, pero inexacta en la realidad. En las empresas con altas utilidades, quiérase o no, la participación es un componente sustancial, a veces el principal, del ingreso anual de sus trabajadores. Cualquier disminución importante de la misma las obligará a completar dicho ingreso con otros conceptos o con participaciones voluntarias adicionales, ante el riesgo de éxodo de los trabajadores más calificados, respecto de quienes tiene que competir frente a otros potenciales empleadores.

Las empresas contratistas, de otro lado, quedan en una posición ambivalente. Están frente a la posibilidad de que sus trabajadores – que muchas veces incluyen a los propietarios o sus allegados – alcancen un nivel de ganancia real previamente impensado, lo que solo puede ser bueno. Pero lo recién dicho sobre los costos de las usuarias, así como las hondas dificultades técnicas y consiguiente incertidumbre jurídica que generaría el traslado, los ponen en posibilidad de simplemente perder el negocio, en caso que las usuarias opten por ejecutar en forma directa las labores que previamente les encargaran.

Restan en último lugar, aquéllos a quienes nadie ha solicitado su opinión. Los trabajadores de las empresas usuarias que no tienen la alternativa de amenazar con cambiar de empleo, sobre quienes recaería el costo de la medida, y de quienes podrían surgir los reclamos en vía interna y después judicial. Como tantas veces, la modificación legal sería impuesta en base a la presión de un grupo, para esperar la reacción de otro. Con las complejidades que en el presente artículo simplemente hemos resaltado, en ningún caso resuelto, el camino que se viene trazando en caso se apruebe el proyecto en camino significa potencialmente un sinnúmero de discusiones, con los correspondientes costos para todas las partes.

[25] FERRO DELGADO, Víctor. Op. Cit. p. 5.

Quizás sería preferible dejar que las partes resolvieran sus asuntos; y por partes nos referimos a las cuatro que ya hemos anotado. En lugar de imponer por ley un sistema de reparto que de todos modos va a resultar controversial, abrir el espacio para que la participación legal, que siempre ha sido entendida como sistema rígido, inmutable, pueda ser objeto de regulación *ad-hoc* por parte de los propios interesados, incluyendo no sólo los universos de aplicación, sino también los criterios de distribución.

La regla de partida, la regulación por defecto, tendría que ser siempre la situación actual, restringida a los trabajadores de la planilla de la usuaria, pero con la posibilidad de que por vía de convenio colectivo pueda abrirse el ámbito de la participación a otros trabajadores. En otras palabras, que sean las propias partes las que puedan aceptar y consagrar la existencia de un ámbito económico que desborda la planilla propia, y al que incorporarían a aquéllos que esas mismas partes consideraran como integrantes.

Estando los trabajadores – tanto de la usuaria como posteriormente los de la(s) contratista(s) – involucrados desde un inició en la definición, quedarían eliminados de raíz los problemas técnicos sobre el reparto, pues en ese caso sí sería válida, por ejemplo, la opción irrevocable previa o figuras similares.

Por cierto, el camino sería también riesgoso y no resultaría raro, llegado el caso, que se lo acusara de enfrentar trabajadores contra trabajadores, pero lo cierto es que los intereses contrapuestos existen, siendo que normalmente los propios interesados son los más calificados para solucionarlos. Los escenarios alternos, a los que parecemos dirigirnos, no parecieran más armoniosos.

CONCLUSIONES

1. No existe razón de fondo para que los trabajadores de las cooperativas de usuarios, y los no socios de las cooperativas de trabajadores, estén excluidos de la participación en las utilidades.
2. La literalidad del texto constitucional hace dudosa la exclusión de las sociedades civiles de la participación, aunque por tratarse de sociedades de personas no resulta repugnante.

3. La exclusión de las pequeñas empresas debiera ser aplicación de los criterios de la normativa especial sobre la materia, y no basarse únicamente en el número de trabajadores.
4. Las entidades sin fines de lucro, o exoneradas del pago de impuesto a la renta de quinta categoría, no deben estar obligadas a reconocer participación en las utilidades a sus trabajadores.
5. La incorporación de los trabajadores de contratistas a la participación en las utilidades de sus usuarias requeriría la reforma del artículo 29° de la Constitución.
6. Es más lógica la incorporación al reparto de utilidades de las usuarias de los trabajadores de las empresas de servicios temporales, que la de los trabajadores de los contratistas que se dedican a actividades no nucleares. El criterio de inclusión tendría que ser en todo caso la intervención en las actividades principales de la usuaria.
7. La incorporación de los trabajadores de las contratistas a la participación en las utilidades de las usuarias es técnicamente muy complejo. Una fórmula meramente descriptiva abriría problemas de aplicación profundos.