

CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN LA LEY DE TERCERIZACIÓN PERUANA

Christian A. Ríos Holguín^(*)

1. INTRODUCCIÓN

Hace algunos meses fueron publicados en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 27495 (24 de junio de 2008), ley que regula los servicios de tercerización», y el Decreto Legislativo N° 1038 (25 de junio de 2008), decreto legislativo que precisa los alcances de la ley que regula los servicios de tercerización. Por vez primera se regula en el Perú de forma directa y completa los alcances de este tipo de contratación que, hasta entonces, había tenido acogida legislativa, de modo indirecto e insuficiente, en el artículo 4º del Reglamento de la ley de intermediación laboral⁽¹⁾ (Decreto Supremo N° 003-2002-TR), que señala supuestos que escapan del ámbito de la intermediación (como el contrato de gerencia, el contrato de obra, entre otros.)⁽²⁾; y en el Decreto Supremo N° 020-2007-TR, de fecha 20 de septiembre de 2007.

(*) Bachiller en Derecho por la Universidad de Piura. Egresado en el semestre 2008-I de la misma casa de estudios.

(1) Ley N° 27626, ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores.

(2) Artículo 4º del Reglamento de la ley de intermediación laboral: «No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193º de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas y subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuentan con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación [...]».

En materia de intermediación laboral, tanto la Ley N° 27626⁽³⁾ y su reglamento⁽⁴⁾ significaron una inversión del signo excesivamente permisivo de la regulación precedente, para desembocar en una regulación más rígida sobre tal institución. Se ha dicho que la normativa sobre intermediación fue redefinida dentro de parámetros más adecuados a la naturaleza y función de la cesión de trabajadores, estableciendo mecanismos de garantía del cumplimiento de los derechos laborales objeto de aquella⁽⁵⁾.

En este panorama, mientras que las normas sobre intermediación laboral eran rígidas y delimitadas (límite de actividades que se pueden contratar y número de trabajadores, autorizaciones y carta fianza, existencia de responsabilidad solidaria, igualdad en el pago de beneficios laborales y ausencia de detracción del IGV de acuerdo con las normas tributarias), la tercerización (llamada en doctrina como *outsourcing*) contaba con una regulación muy escasa y, más bien, permisiva. Debido a esa diferencia regulatoria, y a otras razones⁽⁶⁾, el crecimiento del *outsourcing* en nuestro país fue mucho mayor que el uso de la intermediación laboral⁽⁷⁾.

Precisamente, la nimia regulación y ausencia de límites de una figura tan en boga en el Perú como en el mundo (la tercerización u *outsourcing*) trajo consigo la utilización indebida y desmesurada de esta figura, creando situaciones fraudulentas en desmedro de los trabajadores desplazados a una empresa usuaria.

Es en este contexto de mala praxis de la tercerización, donde surgen los cuerpos legislativos objeto de estudio: la ley de tercerización y el decreto legislativo⁽⁸⁾ que precisa sus alcances, en un intento del legislador de poner fin al empleo inadecuado de esta institución. Las disposiciones que dicha normativa establece han originado duras críticas por algunos especialistas (al punto de

(3) En adelante la ley de intermediación.

(4) En adelante reglamento de la ley de intermediación.

(5) VILLAVICENCIO RÍOS, ALFREDO, «La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico», en *Ius et Veritas*, Revista Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 29, Año XIV, Lima, pp. 148.

(6) Raso Delgue explica algunas de las ventajas que han favorecido el uso de esta figura. Vide RASO DELGUE, Juan citado por PUNTRIANO ROSAS, César, «Apuntes sobre la tercerización de servicios. Ventajas y comentarios a su regulación», en *JuS Doctrina & Práctica*, N° 5, Lima, 2008, p. 20.

(7) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, «La descentralización de servicios laborales: entre la detracción de la intermediación y la expansión del *outsourcing*», en *Ius et veritas*, N° 28, Año XIV, Lima, 2004, p. 149.

(8) En adelante la ley de tercerización y el decreto legislativo que regula la tercerización, respectivamente.

tildar de inconstitucionales algunos artículos) y, como es lógico, por el gremio empresarial. En contra de esta postura, hay quienes consideran idónea dicha regulación, a efectos de tutelar a quienes laboren bajo la tercerización.

En particular, creemos que son dos los temas más discutidos que contienen las normas aludidas: la exigencia de pluralidad de clientes de la empresa tercerizadora (artículo 2º de la ley de tercerización) y la responsabilidad solidaria de la empresa principal (artículo 9º de la misma ley).

En el presente trabajo daremos a conocer las distintas posiciones en torno al tema de la responsabilidad solidaria de la empresa principal en el pago de los derechos y beneficios laborales y obligaciones de seguridad social del personal «desplazado», para, finalmente, adherirnos a una postura, sobre la base de los argumentos que desarrollaremos más adelante. Antes de ello, explicaremos brevemente los alcances generales y régimen jurídico de la intermediación laboral y la tercerización, así como el impacto de ambas figuras en el Derecho del trabajo.

2. ALCANCES Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y TERCERIZACIÓN COMO FORMAS DE EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS

La externalización de servicios puede definirse como todo fenómeno por el cual el empleador se desvincula de una actividad o proceso del ciclo productivo que venía realizando para trasladarla a un tercero. Este proceso de desvinculación podría ser solamente de mano de obra (intermediación laboral) o de un servicio integral (tercerización u *outsourcing*), pero, en ambos casos, estaríamos ante diversos mecanismos de control de la actividad externalizada para que no nos encontremos ante una simple sustitución de empresas⁽⁹⁾.

2.1. La intermediación laboral en el régimen jurídico peruano

El Convenio N° 181 de la OIT sobre Agencias de Empleo Privadas contiene una definición de esta figura, al establecer en el artículo 1º.b que dichas agencias prestan servicios en relación con el mercado de trabajo «consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera perso-

(9) RASO DELGUE, Juan citado por TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, «La nueva regulación de la tercerización», en *Actualidad Jurídica*, T. 176, Lima, 2008, p. 312.

na, física o jurídica (en adelante «empresa usuaria»), que determine sus tareas y supervise su ejecución».

Gómez Valdez define a la intermediación como la «captación de mano de obra por parte de una empresa especialmente concebida para realizar esta labor, para colocarla a disposición de otra necesitada de ella, denominada empresa usuaria, cobrando una retribución libremente estipulada⁽¹⁰⁾». Así, la intermediación laboral importa una mera cesión o destaque de trabajadores para que estos laboren bajo la dirección y control de la empresa usuaria, en tanto, que la *service* o empresa suministradora de mano de obra conserva el poder disciplinario⁽¹¹⁾.

Respecto a las actividades que pueden ser materia de intermediación laboral, el artículo 3º de la ley de intermediación restringe el ámbito de aplicación a aquellas de carácter temporal, especializado y complementario⁽¹²⁾. Dicho artículo agrega que los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa, lo que implica que esta figura puede utilizarse en actividades principales solo en los casos de suplencia y contratación ocasional⁽¹³⁾.

Asimismo, la ley comentada desarrolla temas como los requisitos de constitución y funcionamiento de las empresas prestadoras de este tipo de servicios, límites cuantitativos al personal contratado, derechos y beneficios de los trabajadores destacados, mecanismos de protección de los derechos laborales (carta fianza y responsabilidad solidaria), etc.

El artículo 4º del reglamento de la ley de intermediación consagra los casos que no se encuadran dentro de esta figura: los contratos de gerencia, al amparo de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de

⁽¹⁰⁾ GÓMEZ VALDEZ, Francisco, «Un breve comentario a la ley que regula los servicios de tercerización», en *Actualidad Jurídica*, T. 175, Lima, 2008, p. 41.

⁽¹¹⁾ Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, «La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico», cit., p. 146. En ese sentido, se habla de un reparto de facultades empresariales entre la empresa usuaria y la empresa de servicios especiales. Cfr. PÉREZ YÁÑEZ, Rosa, citada por TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, «La intermediación laboral: regulación y sus relaciones con la tercerización», en VV. AA., *Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, SPDTSS, Lima, 2004, p. 364.

⁽¹²⁾ No obstante, algunos autores consideran que la contratación de servicios complementarios y especializados se encuadra dentro del fenómeno de tercerización o descentralización productiva y no dentro de la intermediación laboral. Al respecto, vide VILLAVICENCIO RÍOS, «La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico», cit., p. 149 y TOYAMA MIYAGUSUKU, «La descentralización de servicios laborales: entre la detracción de la intermediación y la expansión del *outsourcing*», cit., pp. 372 y ss.

tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas y subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Indirectamente, ya se contenía, una regulación (aunque escueta) de la tercerización, figura que ya se venía desarrollando ampliamente en nuestro país. Actualmente, el *outsourcing* ya contiene una legislación propia e independiente de la intermediación, la misma que, a continuación, comentaremos.

2.2. Algunas consideraciones sobre la tercerización u outsourcing y su nueva regulación

Schneider apunta que el *outsourcing* es una herramienta de gestión que facilita a las empresas o instituciones centrar sus esfuerzos en sus actividades distintivas, es decir, en aquellas que forman su *core bussiness*. En ese sentido, se trata de un medio que impide que la organización desperdicie sus recursos y trabajo en aquellas actividades que, siendo necesarias para el producto o servicio que se ofrece, no lo distinguen de manera esencial⁽¹⁴⁾.

La autarquía o autosuficiencia de la empresa es utópica y no se da o, en todo caso, es muy raro que se dé en la práctica⁽¹⁵⁾. El *outsourcing* se ha desarrollado como una respuesta a los altos costos que supone mantener una infraestructura material y humana que, por no estar directamente relacionada con las actividades distintivas de las empresas, resulta innecesaria. Este exceso de infraestructura llega a provocar altas pérdidas financieras y, en cambio, ofrece poca efectividad operacional, así como tiende a la rigidez en las respuestas frente al mercado⁽¹⁶⁾.

(13) *Ibidem*, p. 371.

(14) SCHNEIDER SHPILBERG, Ben, *Outsourcing. La herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios*, Norma, Bogotá, 2004, p. 47.

(15) TOVAR VELARDE, Jorge, «Notas jurídicas sobre el contrato de *outsourcing*», en *Ius et veritas*, N° 25, Año XIII, Lima, 2003, p. 61. Sobre el particular, García Piqueras afirma que «lo que en otros tiempos resolvía la empresa con su propio personal, hoy lo solventa acudiendo a la producción de otras empresas que, a su vez, son las empleadoras de su propio personal. La empresa principal se desentiende de este e incluso lo desconoce» (GARCÍA PIQUERAS, Manuel, *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrataciones y subcontratas de obras y servicios*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 13.

A diferencia de la intermediación laboral, en la tercerización se presta un servicio integral y suficiente y los trabajadores prestan servicios bajo la dirección de la empresa contratista, sin que se configure una distribución de poderes del empleador⁽¹⁷⁾. Ahora bien, la empresa usuaria no dirige ni organiza la actividad mercerizada, ni a los trabajadores del *outsourcer*; sin embargo, tiene el derecho de asegurarse los estándares apropiados con relación a la ejecución de la obra o servicio mercerizado. *Ergo*, la empresa usuaria puede hacer un seguimiento o *follow up* y medir la *performance* del *outsourcer*⁽¹⁸⁾.

Lo que caracteriza a la intermediación laboral es la provisión de mano de obra, de trabajadores, mientras que la tercerización se presenta cuando una empresa decide excluir de su ámbito una parte de su proceso productivo y se lo da a un tercero para que se haga cargo de este proceso⁽¹⁹⁾. En este último supuesto, la empresa contratista u *outsourcer* (el tercero) asumirá el control y dirección de los servicios o actividades a realizar, teniendo principalmente un manejo directo y exclusivo del personal a emplear para ello⁽²⁰⁾.

La ley de tercerización contiene una definición⁽²¹⁾ de la misma en el artículo 2º: «Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación». La misma

(16) SCHNEIDER SHPILBERG, *Outsourcing. La herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios*, cit., p. 37.

(17) TOYAMA MIYAGUSUKU, «La intermediación laboral: regulación y sus relaciones con la tercerización», cit., p. 364.

(18) HERRERA GONZALES-PRATTO, «Comentarios a la autógrafa de la ley que regula los servicios de tercerización», en *JuS Doctrina & Práctica*, N° 5, Lima, 2008, p. 8. Siguiendo esta afirmación, Puntriano Rosas afirma que «puede existir un nivel de coordinación entre la comitente y la locadora respecto a la prestación de servicios de esta última, pero en ningún caso la subordinación del personal de la locadora frente a la comitente» (PUNTRIANO ROSAS, «Apuntes sobre la tercerización de servicios. Ventajas y comentarios a su regulación», cit., p. 24).

(19) GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo, «Comentarios a la ley que regula los servicios de tercerización y las razones que justifican su promulgación», en *Actualidad Jurídica*, T. 175, Lima, 2008, Lima, p. 48 y ss.

(20) PUNTRIANO ROSAS, César, «Tercerización de servicios: análisis de la anterior y actual legislación», en *Actualidad Jurídica*, T. 175, Lima, 2008, pp. 23 y ss.

(21) Sin embargo, Parédez Neyra afirma que lo que realmente se ha definido es la empresa tercerizadora, pero no a la tercerización propiamente dicha. Cfr. PARÉDEZ NEYRA, Ivan, «La ley que regula los servicios de tercerización. ¿El remedio será peor que la enfermedad?», en *Actualidad Jurídica*, T. 175, Lima, 2008, p. 32.

ley, en su artículo 3º expresa: «Constituyen tercerización de servicios, entre otros, los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo». De la lectura de ambos artículos, podemos afirmar que la ley no limita los alcances de la tercerización a actividades periféricas y complementarias, por lo que inclusive podrían ser objeto de tercerización las actividades principales o *core bussiness*⁽²²⁾. En esta misma línea, Herrera González-Pratto afirma que «se puede tercerizar, pero debe tratarse de una obra o actividad especializada. Fuera de ello, el límite lo pone el propio comitente»⁽²³⁾.

Sobre el mismo tema, la doctrina española también se ha pronunciado. Así, Montoya Medina⁽²⁴⁾ opina que «la institución de la contrata de obras y servicios ha experimentado una ostensible evolución en su originaria función instrumental, pues, de constituir una herramienta de organización estratégica en la empresa para la externalización de tareas contingentes al proceso productivo, ha pasado a ser un instrumento al servicio de la exteriorización de todo tipo de tareas, incluso las nucleares al objeto social de la empresa»⁽²⁵⁾.

El segundo párrafo del artículo 2º de la ley en mención, atribuye la calidad de elementos característicos de la tercerización a la pluralidad de clientes⁽²⁶⁾ con la que debe contar la empresa tercerizadora, el equipamiento de la misma, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. Añade que, en ningún caso, se admite la sola provisión de personal. De este modo, la ley excluye la mera provisión de mano de obra, propia de la intermediación, del ámbito de la tercerización.

(22) TOYAMA MIYAGUSUKU, «La nueva regulación de la tercerización», cit., pp. 314 y ss.

(23) HERRERA GONZALES-PRATTO, «Comentarios a la autógrafa de la ley que regula los servicios de tercerización», cit., p. 8.

(24) MONTOYA MEDINA, David, «La discutida admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la contratación y subcontratación de actividades productivas», en *Relaciones Laborales*, Nº 6, Año XXII, Madrid, 2006, p. 25.

(25) Al respecto, Toledo Toribio señala que las únicas posibilidades de tercerización se reducen a la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, no pudiendo utilizarse tal institución en forma irrestricta. Afirma que una empresa puede tercerizar todas sus actividades, excepto aquellas que tienen que ver con su *core bussiness*, esto es su actividad nuclear. Cfr. TOLEDO TORIBIO, Omar, «La tercerización en el Derecho laboral peruano. A propósito de la reciente aprobación de la ley que la regula», en *Actualidad Jurídica*, T. 175, Lima, 2008, pp. 38 y ss.

(26) Este punto ha sido objeto de múltiples críticas por la doctrina nacional. Por ejemplo, Dolorier Torres y Vargas Llaury han catalogado tal disposición como inconstitucional. Cfr. DOLORIER TORRES, Javier Ricardo y VARGAS LLAURY, Cecilia, «¿Es inconstitucional la ley que regula los servicios de tercerización?», en *Actualidad Jurídica*, T. 175, Lima, 2008, pp. 17 y ss.

Nótese que, a diferencia de lo estipulado en el Decreto Supremo N° 003-2002-TR, que catalogaba a la pluralidad de clientes y demás elementos como coadyuvantes, la actual regulación utiliza el término «característicos», por lo que, en opinión de algunos autores, la falta de alguno de estos elementos en algunas empresas, acarrearía que las mismas estarían impedidas de desarrollar tales actividades⁽²⁷⁾.

La ley materia de estudio contiene otros artículos que vienen siendo materia de controversia en la doctrina nacional, tales como los referidos al registro de las empresas tercerizadoras (artículo 8º), la subcontratación (primera disposición complementaria y transitoria de la ley), la obligación de información de la empresa tercerizadora (artículo 6º), la responsabilidad de la empresa principal (artículo 9º), etc.

Se preconizaba que era imprescindible contar con una ley que regule esta forma de externalización y que ponga un freno a quienes de manera fraudulenta operen esta institución. Sin embargo, hoy que contamos con tan aclamada regulación, las expectativas no parecen haberse satisfecho, las críticas evidencian una normativa llena de imperfecciones. Así, pareciera que el remedio es peor que la enfermedad.

Como anunciamos en un primer momento, nos centraremos en lo concerniente a la responsabilidad solidaria de la empresa principal (artículo 9º de la ley de tercerización), la cual desarrollaremos en una apartado distinto.

2.3. El impacto de la descentralización productiva o tercerización en el Derecho del trabajo

La función tuitiva del Derecho del trabajo se ha visto afectada por las transformaciones del sistema productivo, que han destipificado dicha función. En

⁽²⁷⁾ Cfr. DOLORIER TORRES / VARGAS LLAURY, «¿Es inconstitucional la ley que regula los servicios de tercerización?, cit., p. 19. Puntriano Rosas afirma que no debe interpretarse de esa forma lo señalado en la ley, pues sería poco razonable. El autor agrega que, ante la ambigüedad de la ley, todo dependerá del análisis casuístico y de la razonabilidad de quien verifique la legalidad de la tercerización, ya sea un inspector laboral o un juez. Cfr. PUNTRIANO ROSAS, «Tercerización de servicios: análisis de la anterior y actual legislación», cit., p. 26. Avalando esta afirmación, Callo Mendoza opina que lo dispuesto en el decreto anterior (Decreto Supremo N° 003-2002-TR) es más adecuado que lo contenido en la actual ley de tercerización, ya que estos elementos no son determinantes para que exista una tercerización. Cfr. CALLO MENDOZA, Ruth, «Los aspectos laborales de la tercerización», en *Actualidad Jurídica*, T. 175, Lima, 2008, p. 52. Asimismo, Herrera Gonzales-Pratto tilda a dichos elementos de notas distintivas o típicas, con lo que, la inexistencia de alguno de ellos no conlleva descalificar *ipso iure* la situación como una de tercerización. HERRERA GONZALES-PRATTO, «Comentarios a la autógrafa de la ley que regula los servicios de tercerización», cit., p. 7.

efecto, el fenómeno de la externalización de servicios importa una «dislocación» de trabajadores, una «huida» del servicio subordinado laboral en el centro de trabajo a favor de estos procesos (tercerización u *outsourcing* e intermediación laboral).

Sin embargo, tal y como lo señalamos anteriormente, la regulación del año 2002, en conjunto con las limitaciones acaecidas desde fines de Junio de 2007 en el ámbito de la intermediación laboral, han significado una caída relevante en el uso de esta institución (de casi el 9% de la PEA a menos de la mitad, y con tendencia a la reducción). En cambio, la tercerización es un fenómeno que está expandiéndose en nuestro país, a tal punto, que se ha tenido que emitir una serie de normas para delimitar su utilización⁽²⁸⁾. Inclusive, se ha llegado a sostener, que es muy probable que en el futuro la intermediación laboral desaparezca⁽²⁹⁾.

Siguiendo a Sanguinetti Raymond⁽³⁰⁾, las repercusiones que la descentralización productiva u *outsourcing* han tenido en el Derecho laboral, pueden apreciarse desde una doble perspectiva. En primer lugar, «la descentralización productiva impone una masiva sustitución de relaciones de trabajo dependiente prestado de forma directa y regular por formas externas de vinculación con terceros, basadas, por lo general, en la coordinación de tareas o funciones, para la atención de la misma actividad productiva». En segundo lugar, dicha modalidad de contratación «reduce la seguridad, estabilidad y garantías que las normas laborales han venido asegurando en el pasado a los trabajadores sujetos a una relación de dependencia».

De lo anterior, puede concluirse que el actual entorno organizativo y económico, el mismo que propicia la puesta en marcha de multitud de estrategias descentralizadoras, es también el que consiente la pérdida de seguridad para los trabajadores con empleos precarios, lo que, a su vez, provoca que el propio mercado de trabajo esté altamente segmentado. Tal falta de seguridad o, al menos, la percepción por parte de una gran mayoría de que no existe (hasta antes de la aparición de la regulación sobre tercerización), es una manifestación evidente del cariz peyorativo de la descentralización productiva como

(28) TOYAMA MIYAGUSUKU, «La nueva regulación de la tercerización», cit., p. 312.

(29) ESPINOZA LAUREANO, Frank, «¿El fin de la intermediación laboral?», en *JuS Doctrina & Práctica*, N° 5, Lima, 2008, pp. 31 y ss.

(30) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, «La descentralización productiva: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del Derecho del trabajo?», en VV. AA., *Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano*, cit., pp. 412 y ss.

modelo de flexiseguridad. Sobre la base de este planteamiento, se afirma que, si bien es cierto, una legislación laboral excesivamente rígida, que impida poner en marcha fórmulas flexibles de coordinación interempresarial puede imposibilitar la legítima competitividad y adaptabilidad de nuestras empresas en el actual mercado laboral, también lo es que el Derecho del trabajo ha de regular la relación laboral, bilateral o triangular, y garantizar que no se va a desprender a los trabajadores a cambio de favorecer la flexibilidad en la gestión empresarial⁽³¹⁾.

Con la nueva legislación se ha pretendido establecer los límites a aquellos que contraten bajo esta modalidad de externalización, erigiendo requisitos y contemplando sanciones. Sin embargo, la finalidad protectora de los derechos laborales parece haber pasado por encima la libertad de empresa consagrada en la Constitución. Los incididos directos con la nueva ley y el decreto son trabajadores y empresarios, la normativa vislumbra que la balanza se ha inclinado considerablemente para el lado de los trabajadores, generando descontento en el gremio empresarial y sus defensores.

3. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL

3.1. El actual régimen jurídico de responsabilidad en materia de tercerización en el Perú

El artículo 9º de la ley de tercerización reza: «La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios *con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable* por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido por la prescripción laboral» (las cursivas son nuestras).

Cabe precisar, que la solidaridad tiene una regulación expresa en los casos de construcción civil, intermediación laboral y seguros de riesgo así como la salud y seguridad en el trabajo y en los supuestos de desarrollo jurisprudencial especialmente para la transmisión de empresas y grupos económicos así como los genéricos casos de simulación o fraude. Toyama Miyagusuku⁽³²⁾ afirma que,

(31) MENÉNDEZ CALVO, Remedios, «La descentralización productiva como modelo emergente de flexiseguridad», en *Relaciones Laborales*, N°s 15-16, Año XXIII, Madrid, 2007, pp. 135 y ss.

(32) TOYAMA MIYAGUSUKU, «La nueva regulación de la tercerización», cit., p. 318.

en aquellos casos donde existe un mandato legal de regulación autónoma de un determinado supuesto (seguridad y salud en el trabajo) o se verifican regímenes especiales (como es el régimen de construcción civil con una regulación completa a través de convenios colectivos) se debería admitir el traslado de la responsabilidad solidaria a la principal.

Volviendo al artículo redactado en el primer párrafo de este apartado, debemos señalar que, de conformidad con el artículo 3º del decreto legislativo que regula la tercerización⁽³³⁾, la responsabilidad solidaria solamente se aplica respecto a las obligaciones de origen legal (laborales o de seguridad social), mas no se extiende a los beneficios de origen diferente de la heteronomía (convenio colectivo, costumbre, contrato individual, norma interna, etc.).

Las empresas principales podrán repetir contra las contratistas si asumen el pago de los beneficios sociales, adquiriendo también los derechos y privilegios del crédito laboral en los procesos concursales de quiebra o insolvencia. Dicha afirmación se encuentra recogida en el artículo 4º del decreto legislativo que venimos citando⁽³⁴⁾.

En virtud del artículo 2º del decreto legislativo en mención⁽³⁵⁾, la responsabilidad solidaria solo es aplicable en el supuesto de empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal⁽³⁶⁾, descartándose los casos de desplazamiento eventual o esporádico o aquellos que son simplemente externos.

(33) Artículo 3º del decreto legislativo que regula la tercerización señala: «La solidaridad a que se refiere el artículo 9º de la Ley N° 29245 se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral» (las cursivas son nuestras).

(34) Artículo 4º del decreto legislativo que regula la tercerización dispone: «La empresa principal obligada a asumir obligaciones de la tercerista, en razón de la solidaridad establecida por la Ley N° 29245, tiene derecho de repetición contra esta, y adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra».

(35) Artículo 2º del decreto legislativo que regula la tercerización establece: «Las obligaciones y restricciones establecidas en los artículos 4º al 9º de la Ley N° 29245 son aplicables a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica».

(36) El ámbito espacial importa que la contratista, para la cabal prestación de sus servicios, deba destacar o enviar trabajadores a las instalaciones (servicios dentro del centro de trabajo) o ámbito de actuación (servicios que se ejecutan fuera de las instalaciones pero dentro del espacio definido, delimitado, controlado y supervisado por la principal) de la empresa principal. Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, «La nueva regulación de la tercerización», cit., pp. 316 y ss.

3.2. Opiniones sobre la responsabilidad solidaria de la empresa principal

Sobre el particular, las opiniones en la doctrina se encuentran divididas.

Por un lado, se afirma que este tipo de responsabilidad es inadecuada ya que, tanto la empresa usuaria como la empresa principal, son unidades económicas autónomas que deberían responder cada una por sus propias obligaciones, por lo que se concluye que las empresas principales, al no tener la calidad de empleadores, no deberían responder por el incumplimiento de terceras personas jurídicas⁽³⁷⁾. Sobre este punto, se ha dicho que este enunciado es inconstitucional⁽³⁸⁾ por vulnerar el segundo párrafo del artículo 24^º de la Constitución que, a la letra, señala: «El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador». Aparentemente, el único obligado a asumir la remuneración es el empleador.

Parédez Neyra⁽³⁹⁾ afirma que la empresa principal no puede tener absoluto control sobre los recursos humanos, tecnológicos y económicos del tercero, con la finalidad que se asegure que el contratista cumpla con todas sus obligaciones en materia laboral.

La vulneración de la Constitución también se manifiesta en que se estaría atentando contra la proscripción del abuso del derecho (último párrafo del artículo 103^º) y contra la libertad de empresa (artículo 59^º)⁽⁴⁰⁾.

En contra de esta regulación, se critica el hecho de que la ley de tercerización haya trasladado la función fiscalizadora a cargo de los inspectores del Ministerio de Trabajo a las empresas principales, lo que conllevaría mayores gastos administrativos en perjuicio de estas últimas⁽⁴¹⁾.

(37) DOLORIER TORRES / VARGAS LLAURY, «¿Es inconstitucional la ley que regula los servicios de tercerización?, cit., p. 20.

(38) CALLO MENDOZA, «Los aspectos laborales de la tercerización», cit., p. 53.

(39) PARÉDEZ NEYRA, «La ley que regula los servicios de tercerización. ¿El remedio será peor que la enfermedad?», cit., p. 36.

(40) CALLO MENDOZA, «Los aspectos laborales de la tercerización», cit., p. 53.

(41) DOLORIER TORRES / VARGAS LLAURY, «¿Es inconstitucional la ley que regula los servicios de tercerización?, cit., p. 20. También vide PARÉDEZ NEYRA, «La ley que regula los servicios de tercerización. ¿El remedio será peor que la enfermedad?», cit., p. 36. En este sentido, Callo Mendoza señala que la Ley N^º 28806, Ley general de inspección del trabajo, prevé mecanismos para la verificación del cumplimiento de las normas laborales. Así, lo que se tendría que hacer es dotar de herramientas que hagan la labor más eficiente y eficaz a este sistema, para que de esta manera el Estado cumpla con su obligación de fiscalizar a las empresas que incumplen con obligaciones laborales. Cfr. CALLO MENDOZA, «Los aspectos laborales de la tercerización», cit., p. 53.

El encarecimiento de esta modalidad de externalización también se apreciaría en que las empresas principales empezarán a exigir el otorgamiento de fianzas a las empresas tercerizadoras e, indirectamente, se estaría anulando la operatividad de las micro y pequeñas empresas, ya que no podrán solventar dichas fianzas⁽⁴²⁾.

Sin perjuicio de lo señalado, Dolorier Torres y Vargas Llaury⁽⁴³⁾ opinan que la responsabilidad de la empresa principal debe existir, pero ella debe ser subsidiaria.

Toca ocuparnos de las posturas que defienden la responsabilidad solidaria de la empresa principal.

Dado que, en virtud de esta responsabilidad, las empresas usuarias tendrían que demandar mayor información laboral a las empresas tercerizadoras, la regulación es apropiada, pues se afirma que es parte de la responsabilidad empresarial de la usuaria velar porque sus proveedores de servicios cumplan con el ordenamiento laboral, procurando de esa forma, no ser cómplice de incumplimientos legales. Además, dada la carencia de recursos inspectivos en nuestra realidad, se considera útil este nivel de exigencia indirecto de verificación laboral⁽⁴⁴⁾.

Respecto a la verificación señalada, Puntriano Rosas manifiesta lo siguiente: «se sostiene que esta verificación no es posible pues la empresa cliente contrata un servicio y no mano de obra. Con este argumento, si bien es teóricamente cierto, no debemos olvidar que en la práctica las empresas conocen quiénes son los trabajadores de las tercerizadoras que están ingresando a trabajar en sus locales, y además, en virtud de su obligación de cautelar el cumplimiento de las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo de sus tercerizadoras, entonces, deben ya tener identificado a ese personal»⁽⁴⁵⁾.

(42) PARÉDEZ NEYRA, «La ley que regula los servicios de tercerización. ¿El remedio será peor que la enfermedad?», cit., p. 36. El mismo planteamiento puede encontrarse en DOLORIER TORRES / VARGAS LLAURY, «¿Es inconstitucional la ley que regula los servicios de tercerización?», cit., p. 20.

(43) DOLORIER TORRES / VARGAS LLAURY, «¿Es inconstitucional la ley que regula los servicios de tercerización?», cit., p. 20.

(44) PUNTRIANO ROSAS, «Tercerización de servicios: análisis de la anterior y actual legislación», cit., p. 27.

(45) PUNTRIANO ROSAS, «Apuntes sobre la tercerización de servicios. Ventajas y comentarios a su regulación», cit., p. 29. Al respecto, puede consultarse el artículo 61º del Decreto Supremo N° 009-2005-TR, Reglamento de la Seguridad y Salud en el Trabajo, que dispone que el empleador de la empresa principal garantiza, entre otras cosas, la verificación de la contratación de seguros de los trabajadores (incluidos los de la contratista). Del mismo modo, la norma impone la obligación de dicho empleador de vigilar el cumplimiento de la normativa legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas.

Con relación al tema de la fianza, se afirma que, con la contratación de empresas serias y una adecuada verificación regular y aleatoria, aquella resultaría innecesaria⁽⁴⁶⁾.

Para Herrera González-Pratto⁽⁴⁷⁾, la regulación es apropiada, pues, a la vez que resulta protectora para el trabajador, pone un límite temporal razonable (un año posterior a la culminación del desplazamiento) a la responsabilidad del comitente (empresa principal).

3.3. ¿Es adecuada la responsabilidad solidaria de la empresa principal?

3.3.1. La autonomía de cada empresa en la asunción de sus obligaciones

Como explicamos líneas atrás, se sostiene que la empresa principal, al no tener la calidad de empleador, no debería responder por el incumplimiento de terceras personas jurídicas (tercerizadoras). Sin embargo, creemos que el no ser empleador de los trabajadores desplazados no puede ser argumento válido para evitar la responsabilidad.

En nuestra opinión, la intención del legislador es que, quien ha de ser beneficiario del resultado final de la obra o servicio, participe en la responsabilidad que pueda derivarse, siendo a su vez (dicha responsabilidad) instrumento de evitación del fraude. Así, el fundamento de esta responsabilidad, al menos en este aspecto, radica en el hecho de que la empresa principal es la receptora inmediata de los beneficios que las prestaciones de los trabajadores contratistas realizan (pese a no ser empleadora), quienes además cumplen sus labores en el local de la empresa usuaria o en su ámbito de actuación⁽⁴⁸⁾. Ergo, es irrelevante, desde esta óptica, tener la investidura de empleador.

Sobre la base de lo señalado hasta ahora, afirmamos que no existe vulneración al artículo 24º de la Constitución., puesto que nunca se ha negado la posición prioritaria que las obligaciones de pago de la remuneración y beneficios sociales deben tener para el empleador. El hecho está en que ambas empresas

(46) PUNTRIANO ROSAS, CÉSAR, «Tercerización de servicios: análisis de la anterior y actual legislación», cit., p. 27

(47) HERRERA GONZALES-PRATTO, «Comentarios a la autógrafo de la ley que regula los servicios de tercerización», cit., p. 14.

(48) Para Toyama, en el caso de la tercerización con destaque continuo de personal, «*la carga de la solidaridad se impone a la principal por recibir servicios permanentes en sus instalaciones de la contratista, por no realizar estas actividades directamente*» (las cursivas sin nuestras). Al respecto, vide TOYAMA MIYAGUSUKU, «La nueva regulación de la tercerización», cit., p. 318.

(principal y tercerizadora) responderán solidariamente por el pago de tales conceptos, aunque bajo distintos títulos: una (la tercerizadora) por su calidad de empleadora y la otra (la principal) por ser quien recibe inmediatamente los beneficios de las prestaciones que realizan los trabajadores de la contratista.

3.3.2. La libertad de empresa

Según Sousa Franco⁽⁴⁹⁾, la libertad de empresa puede ser entendida como un principio estructural del orden jurídico-económico (en el doble plano organizativo y funcional) o, también, como el derecho de la persona que tiene por objeto o contenido la libre constitución de empresas (u otras unidades productivas equiparables) en sentido objetivo o subjetivo (sujetos empresariales o establecimientos), con o sin carácter lucrativo, y la libertad de los empresarios en su organización, gestión y disposición.

La libertad de empresa permite elegir entre la realización directa de una actividad que forma parte del giro del negocio, contando para ello con personal sujeto a dependencia, o su ejecución a través de otras empresas o trabajadores autónomas⁽⁵⁰⁾. *Ergo*, la descentralización productiva como opción organizativa empresarial, en sí misma, es válida y legítima⁽⁵¹⁾.

Sin embargo, el reconocimiento de esta libertad en nuestra norma constitucional no puede alterar los principios, garantías y derechos reconocidos, pues la libertad de empresa no es absoluta⁽⁵²⁾; en consecuencia, es posible limitarla a

(49) SOUSA FRANCO, Antonio, «El principio de la libertad de empresa en la Constitución portuguesa», en BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *La reforma del mercado de trabajo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, p. 53.

(50) En este punto Arce Ortiz explica que la libertad de opción ha de entenderse dentro del núcleo esencial de la libertad de empresa, consagrado en el artículo 59º de la Constitución, en la medida que reconoce la posibilidad que un empresario que realice su actividad económica en forma directa o mediante la contratación de obras o servicios ejecutados por terceros. ARCE ORTIZ, Elmer, «El *outsourcing* y sus efectos en la relación de trabajo», en *Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano*, SPDTSS, Lima, 2004, p. 430.

(51) SANGUINETI RAYMOND, «La descentralización productiva: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del Derecho del trabajo?», cit., pp. 417 y 418. En esta línea, Arce Ortiz señala: «parece claro que los mecanismos de descentralización productiva son en principio lícitos, por lo que en este esquema no cabe forzar a nadie a la ejecución directa de todo el ciclo productivo y, por ende, a la contratación de trabajadores propios». Vide ARCE ORTIZ, «El *outsourcing* y sus efectos en la relación de trabajo», cit., p. 430.

(52) El mismo artículo 59º de la Constitución afirma que el ejercicio de estas libertades (incluida la libertad de empresa) no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. Con relación a este tema, Navas-Parejo Alonso sostiene que la libertad de empresa, puede entenderse,

fin de hacerla compatible con los demás intereses protegidos en una comunidad⁽⁵³⁾. Como afirma Cruz Villalón: «En realidad, para delimitar el ámbito de ejercicio legítimo de la libertad de empresa no basta con atender a su contenido explícito, sino que es preciso ponerla en contacto con el conjunto de bienes, derechos e intereses protegidos igualmente por la norma constitucional, los cuales pueden justificar la imposición de frenos o cargas a las iniciativas descentralizadoras⁽⁵⁴⁾». Naturalmente, entre los intereses susceptibles de ser contemplados, en tanto que son objeto de tutela constitucional expresa, se encuentran los de los trabajadores afectados por dichas decisiones.

Es más, la libertad de empresa no puede ir en contra de intereses que suponen atención prioritaria por parte del Estado: el trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23º del mismo texto constitucional, que, literalmente, señala: «El trabajo en sus diversas modalidades es *objeto de atención prioritaria del Estado* [...]» (las cursivas son nuestras).

entre otras cosas, como del derecho de organización y dirección del empresario en el desarrollo de su actividad, lo cual le lleva a tener adjudicadas diversas facultades como son el establecimiento de las reglas de organización, la selección y contratación de trabajadores, la asignación de tareas y condiciones de trabajo en que se efectúan, etc. Sin embargo, la misma autora reconoce que siempre han existido límites a estas facultades. Vide NAVAS-PAREJO ALONSO, Marta, «La relación entre derechos y obligaciones constitucionales: salud laboral, igualdad y libertad de empresa (comentario a la STC 161/2004 del 4 de octubre)», en *Relaciones Laborales*, Nº 21, Año XXI, Madrid, 2005, p. 42. Conviene citar a Rubio Llorente, que de modo tajante, opina: «Afirmaciones tales como la de que ese contenido impide el establecimiento de limitaciones incompatibles con el mercado resultan en buena medida tautológicas, mientras que de otra parte, como no existe ningún sistema en el que el mercado y las empresas funcionen al margen de toda limitación, el esfuerzo por precisar qué limitaciones en concreto resultan vedadas por ir en contra del famoso contenido esencial así entendido conduce con frecuencia a convertir en paradigma jurídico lo que no es sino la idea que el autor se hace de lo que el mercado es o debe ser, esto es, su propia ideología. Al respecto, vide RUBIO LLORENTE, Francisco, «La libertad de empresa en la Constitución», en *La reforma del mercado de trabajo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, p. 38.

(53) VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, «Libertad de empresa en la Constitución argentina», en *La reforma del mercado de trabajo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, p. 126. Respecto al tema de las limitaciones de los derechos, Rubio Llorente afirma que, cada derecho está protegido también respecto de cada limitación o restricción, por el principio de proporcionalidad, es decir, por el principio según el cual, las limitaciones o restricciones impuestas por la ley al ejercicio de un derecho fundamental solo son legítimas en la medida en la que son estrictamente indispensables para alcanzar la finalidad que la norma se propone. La validez lógica del principio es sin duda incontestable, pues en cuanto que en cuanto exceda el mínimo necesario para conseguir el efecto querido por la norma (que por descontado no puede ser nunca simplemente el de restringir un derecho) toda restricción es arbitraria y por eso constitucionalmente inadmisibles. Cfr. RUBIO LLORENTE, «La libertad de empresa en la Constitución», cit., p. 37.

(54) CRUZ VILLALÓN, Jesús, citado por SANGUINETI RAYMOND, «La descentralización productiva: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del Derecho del trabajo?», cit., p. 418.

La responsabilidad solidaria prevista en la ley de tercerización no hace más que cumplir un mandato constitucional (artículo 23^a), dando al trabajo la atención que merece dentro del orden jurídico peruano, poniendo un alto a supuestos de desprotección de los trabajadores y casos de fraude que sí constituyen abuso del derecho y un ejercicio ilegítimo de la libertad de empresa⁽⁵⁵⁾.

De lo que se trata es de tender hacia la consecución de un equilibrio entre la flexibilidad que proporcionan este tipo de técnicas y tutela de la posición de los trabajadores asalariados implicados en ellas⁽⁵⁶⁾. No olvidemos que la finalidad tuitiva del Derecho el trabajo consiste precisamente en equilibrar las posiciones de empleador y trabajador. La regulación de la responsabilidad de la empresa principal no hace sino evidenciar la vigencia de la finalidad protectora del Derecho laboral, y que se erige como la esencia misma de esta rama del Derecho.

La normativa que trata el tema de la responsabilidad no afecta la libertad de empresa, y por tanto, no es inconstitucional. Desde nuestro punto de vista, no existe afectación de la libre constitución de empresas, ni se ha vulnerado la facultad de los empresarios de organizar, gestionar y disponer su empresa de la forma que ellos consideren. Lo único que se ha construido son límites (ya que la libertad de empresa no es absoluta) a fin de armonizar dicha libertad con otros intereses sociales, sobre todo, con aquellos que demandan la consideración prioritaria estatal (el trabajo).

3.3.3. Mayores gastos administrativos: la verificación del cumplimiento de obligaciones de la tercerizadora y la exigencia de una fianza

Parecería «tirado de los pelos» contratar a una empresa tercerizadora de la que no se sabe cómo opera en el mercado. Evidentemente, para requerir los servicios de una empresa es lógico que antes se tenga alguna referencia de la

(55) ARCE ORTIZ, «El *outsourcing* y sus efectos en la relación de trabajo», cit., p. 30.

(56) CRUZ VILLALÓN, citado por SANGUINETI RAYMOND, «La descentralización productiva: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del Derecho del trabajo?», cit., pp. 418 y 419. Sobre los supuestos de fraude, García Piqueras explica: «Sin duda que en esa compleja cadena de producción descentralizada es frecuente que termine apareciendo el empresario insolvente, dada la falta de consistencia y tejido empresarial que en muchos casos caracteriza a esas empresas, y lo que se concibió como una forma moderna de producción desemboque en una situación netamente fraudulenta. Lo que surgió como algo funcional puede terminar siendo un instrumento dislocador de la realidad social a la que pretende servir». GARCÍA PIQUERAS, Manuel, *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrataciones y subcontratas*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 14.

forma como esta desempeña sus actividades. En el caso de las tercerizadoras, al momento de contratarlas, se verificaría su trayectoria en el mercado, el grado de especialización que tenga sobre la actividad a tercerizar, etc. Es más, es inaudito imaginar que una «usuaria» contrate los servicios de una empresa a sabiendas de su dudosa solvencia económica y hasta moral. Si el empresario «encarga» determinada actividad de su proceso productivo a un tercero, como «empresario diligente» debe informarse acerca de la persona a quien le encarga parte de dicho proceso.

Somos defensores de que la responsabilidad solidaria contenida en las normas no crea la labor de verificación que tanto se ha criticado, puesto que, esa labor, de informarse de la empresa «tercerizadora» y la diligencia que se tenga en contratar con una empresa seria, existe desde antes de la dación de este cuerpo legislativo. Empero, sí habrá que ser más cautelosos en el cumplimiento que la empresa tercerizadora haga de sus obligaciones laborales y de seguridad social, y, obviamente, ese cumplimiento, solo se puede predicar de aquellas empresas que son serias.

Ahora bien, una vez hecha la verificación de que la empresa con la que se contrata es una reconocida en el mercado y de una adecuada solvencia económica y moral, creemos, al igual que Puntriano Rosas⁽⁵⁷⁾, que no habrá necesidad de exigir alguna fianza.

No olvidemos también, la carencia de recursos inspectivos del Ministerio de Trabajo. El número de inspectores existentes a nivel nacional no se corresponde con los niveles de informalidad existentes en nuestro país, por lo que esta labor de verificación es conveniente y útil a efectos de tutelar derechos laborales⁽⁵⁸⁾.

3.3.4. Responsabilidad solidaria *versus* responsabilidad subsidiaria

Líneas atrás, dejamos establecido que, para algunos autores, la responsabilidad de la empresa principal debe ser subsidiaria⁽⁵⁹⁾. En este sentido, si la empresa tercerizadora no cumple con sus obligaciones legales, el trabajador podrá ir en contra de la «principal», la misma que podrá repetir por lo pagado. Es

(57) A la que el autor denomina «empresa seria». Cfr. PUNTRIANO ROSAS, «Tercerización de servicios: análisis de la anterior y actual legislación», cit., p. 27.

(58) Un planteamiento similar puede encontrarse en PUNTRIANO ROSAS, «Apuntes sobre la tercerización de servicios. Ventajas y comentarios a su regulación», cit., p. 29.

(59) DOLORIER TORRES / VARGAS LLAURY, «¿Es inconstitucional la ley que regula los servicios de tercerización?, cit., p. 20.

decir, bajo este tipo de responsabilidad el trabajador verá satisfecha su pretensión pecuniaria sí o sí.

Sin embargo, Toyama Miyagusuku⁽⁶⁰⁾ afirma que la «carga de la solidaridad» se impone a la principal en función de la realidad económica: controlar los casos donde el contratista no paga los beneficios sociales de su personal y usualmente es quien está (la principal) en mejores condiciones de asumir el pago de los beneficios sociales.

Aparentemente, ambas responsabilidades cumplirían su objetivo: el pago de las obligaciones legales a los trabajadores. No obstante, los medios para llegar a dicho resultado son distintos. Así, en la responsabilidad subsidiaria, el trabajador no puede requerir el pago a la principal, sin antes procurar por todos los medios posibles, el pago por parte de la empresa tercerizadora. Ello, a nuestro entender, supone un gasto de tiempo y dinero, que muchas veces, el trabajador no puede asumir.

Las cargas familiares y personales que el trabajador puede afrontar conlleva la necesidad de contar con sus beneficios saldados lo antes posible. Así, no parece proteger al trabajador el hecho de iniciar un proceso de pago de beneficios sociales contra la «contratista», y luego, después de obtener un resultado infructuoso, iniciar otro en contra de la «principal», puesto que, significaría incurrir en los gastos que demande ambos procesos (existe el auxilio judicial, pero recordemos que existen otros gastos, como el pago de los honorarios de un abogado) y en una pérdida de tiempo, en perjuicio de solucionar situaciones económicas difíciles que demandan la cancelación de tales conceptos legales de manera expeditiva.

Creemos, pues, que la responsabilidad solidaria consagrada en la ley es adecuada para la protección de los derechos laborales mencionados, puesto que supone el ahorro de tiempo y dinero que conlleva una responsabilidad subsidiaria. Es más expeditivo y beneficioso para el trabajador ir de frente contra la principal, quien, como ya señaló Toyama, usualmente está en mejores condiciones de asumir el pago de los beneficios sociales, que tener que agotar sus recursos (económicos y temporales) previamente ante la contratista.

4. CONCLUSIONES

La intermediación laboral importa una mera cesión o destaque de trabajadores para que estos laboren bajo la dirección y control de la empresa usuaria,

(60) TOYAMA MIYAGUSUKU, «La nueva regulación de la tercerización», cit., p. 318.

en tanto, que la *service* o empresa suministradora de mano de obra conserva el poder disciplinario. En cambio, en la tercerización se presta un servicio integral y suficiente y los trabajadores prestan servicios bajo la dirección de la empresa contratista, sin que se configure una distribución de poderes del empleador, sin perjuicio del seguimiento o *follow up* y la medición la *performance* del *outsourcer* que puede realizar la empresa usuaria.

Mientras que la intermediación laboral contaba con legislación propia y completa desde hace algunos años, la tercerización solo se contemplaba en forma indirecta en el artículo 4º del Reglamento de la Ley de intermediación y, de manera insuficiente, en el Decreto Supremo N° 020-2007-TR. La escasa regulación y ausencia de límites trajo consigo la utilización indebida y desmesurada de la tercerización, creando situaciones fraudulentas en desmedro de los trabajadores desplazados a una empresa usuaria. Es en este contexto de mala praxis de la tercerización, donde surgen los cuerpos legislativos objeto de estudio: La ley de tercerización y el decreto legislativo que precisa sus alcances, en un intento del legislador de poner fin al empleo inadecuado de esta institución.

Sin embargo, hoy que contamos con tan aclamada regulación, las expectativas no parecen haberse satisfecho, las críticas evidencian una normativa llena de imperfecciones. Las falencias de esta ley se aprecian en varios de sus artículos; sin embargo, nos hemos centrado en el artículo 9º de la misma, el cual establece la responsabilidad solidaria entre la empresa principal y la tercerizadora en el pago de los derechos y beneficios laborales y obligaciones de seguridad social de los trabajadores desplazados, disposición que solo es aplicable en los casos en que la contratación de realización de obras o servicios implique desplazamiento de personal de la tercerizadora al local o ámbito de actuación de la principal.

A nuestro parecer, no se ha configurado una violación del artículo 24º de la Constitución., pues no se niega la posición prioritaria que las obligaciones de pago de la remuneración y beneficios sociales deben tener para el empleador. El hecho está en que ambas empresas (principal y tercerizadora) responderán solidariamente por el pago de tales conceptos, aunque bajo distintos títulos: una (la tercerizadora) por su calidad de empleadora y la otra (la principal) por ser quien recibe inmediatamente los beneficios de las prestaciones que realizan los trabajadores de la contratista. En consecuencia, es irrelevante, desde esta óptica, que la empresa principal no sea la empleadora, pues su responsabilidad radica en un título diferente.

La normativa que trata el tema de la responsabilidad no afecta la libertad de empresa consagrada en el artículo 59º de la Constitución. Desde nuestro punto de vista, no existe afectación de la libre constitución de empresas, ni se ha vulnerado la facultad de los empresarios de organizar, gestionar y disponer su empresa de la forma que ellos consideren. Lo único que se ha construido son límites (ya que la libertad de empresa no es absoluta) a fin de armonizar dicha libertad con otros intereses sociales, sobre todo, con aquellos que demandan la consideración prioritaria estatal (el trabajo), de conformidad con el artículo 23º del texto constitucional.

No debe perderse de vista la finalidad tuitiva del Derecho el trabajo, consistente en equilibrar las posiciones de empleador y trabajador. La regulación de la responsabilidad de la empresa principal no hace sino evidenciar la vigencia de la finalidad protectora del Derecho laboral, y que se erige como la esencia misma de esta rama del Derecho.

La verificación de la idoneidad y cualidades de una empresa tercerizadora no es una novedad introducida por la ley. Empero, sí habrá que ser más cautelosos en el cumplimiento que la empresa tercerizadora haga de sus obligaciones laborales y de seguridad social, y, obviamente, ese cumplimiento, solo se puede predicar de aquellas empresas que son serias. Hecha la verificación de que la empresa con la que se contrata es una reconocida en el mercado y de una adecuada solvencia económica y moral, la exigencia de una fianza deviene en innecesaria.

Debe tenerse en cuenta, la carencia de recursos inspectivos del Ministerio de Trabajo. El número de inspectores existentes a nivel nacional no se corresponde con los niveles de informalidad existentes en nuestro país, por lo que esta labor de verificación es conveniente y útil a efectos de tutelar derechos laborales.

La responsabilidad solidaria consagrada en la ley es adecuada para la protección de los derechos laborales mencionados, puesto que supone el ahorro de dinero (gastos de dos procesos) y tiempo (las necesidades económicas del trabajador exigen soluciones rápidas, y por lo tanto, el pago de sus beneficios y demás derechos debe hacerse en el menor tiempo posible) que conlleva una responsabilidad subsidiaria. Es más expeditivo y beneficioso para el trabajador ir de frente contra la principal, quien, generalmente, está en mejores condiciones de asumir el pago de los beneficios sociales, que tener que agotar sus recursos (económicos y temporales) previamente ante la contratista.

Prima facie, la normativa sobre tercerización recientemente vigente contiene imperfecciones que demandarían una modificación o derogación de la misma. Sin embargo, nosotros creemos que esa solución sería bastante simplista y orientada en favor del gremio empresarial. Creemos que la interpretación que se haga de las mismas debe hacerse atendiendo a la finalidad tuitiva de la norma (y del Derecho del Trabajo en general) y a las normas constitucionales en su verdadera dimensión.