

# SUBCONTRATACIÓN: APUNTES CONCEPTUALES Y BALANCE LEGISLATIVO

CÉSAR PUNTRIANO ROSAS<sup>(1)</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

---

Desde hace décadas asistimos a mutaciones organizacionales en el trabajo en razón al advenimiento de la globalización, los cambios tecnológicos, y en general, al esfuerzo empresarial por encontrarse a la altura de los nuevos requerimientos de producción que hacen innecesaria la existencia de grandes empresas colmadas de stock de productos o que aglutinen internamente no solamente su actividad principal sino también aquellas de carácter periférico o auxiliar. Se presenta una modificación de paradigma organizacional en el cual surge el “adelgazamiento” empresarial como respuesta a las cambiantes necesidades de las corporaciones.

Esta necesidad empresarial de adoptar un esquema descentralizador o externalizador ha implicado que las compañías deleguen en terceros componentes cada vez más importantes y numerosos de su ciclo productivo, incluidos algunos muy relacionados con aspectos esenciales de su actividad empresarial<sup>(2)</sup>. Ante esta irrupción de fenómenos descentralistas, el Derecho del

- 
- (1) Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Docente en la Universidad ESAN  
Director en PricewaterhouseCoopers (PwC).
- (2) Cf. DEL REY GUANTER, Salvador y GALA DURÁN, Carolina. *Trabajo autónomo y descentralización productiva: Nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia.*

Trabajo ha experimentado el declive de la concepción tradicional o clásica de la figura de la subordinación, íntimamente relacionada con nociones de continuidad laboral, uniformidad en el desempeño del trabajo y jerarquía en el ejercicio de los poderes del empresario<sup>(3)</sup>. Esta afectación al concepto clásico de subordinación produce, “(...) una cierta ‘huida’ del Derecho del Trabajo, en el sentido que se está instrumentando un desvanecimiento de la empresa como centro de imputación de responsabilidades laborales, que es, mucho más allá de las exigencias organizativas que se aducen como causa ‘objetiva’ de dichos fenómenos, el objetivo de estos mecanismos”<sup>(4)</sup>.

Las consecuencias que estas fórmulas de organización empresarial tienen sobre el empleo son evidentes y negativas, toda vez que inciden en el incremento de la contratación temporal y, por ende, en la creación de “trabajadores de segunda categoría” que laboran en condiciones de trabajo inferiores a las que ostenta el personal de la empresa principal. Surgen así grupos de trabajadores de centro y de la periferia, en función de su mayor o menor cercanía al núcleo de la empresa, estos últimos ubicados con menores posibilidades de acceso a derechos laborales.

Los esquemas empresariales de descentralización, legítimos en tanto responden a la libertad del empresario de acomodar, como mejor le parezca, la organización de la cual es titular, generan como es natural efectos negativos tanto en los derechos individuales como colectivos de los trabajadores involucrados.

Lamentablemente nuestro legislador no ha respondido de manera técnica a dicho impacto, sino más bien atendiendo a criterios políticos que ocasionaron que la normativa en materia de subcontratación siga un ciclo pendular muy usual en la legislación laboral peruana. Así, la regulación fue inicialmente restrictiva, luego exageradamente permisiva, para llegar a lo que tenemos hoy, normas con cierto nivel de tuición al trabajador pero técnicamente deficientes. A este desarrollo normativo nos referiremos en este artículo, a propósito del 25° aniversario de nuestra sociedad.

---

(3) Cf. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. ARA. Lima, 1997, p. 60.

(4) Véase el blog del profesor Antonio Baylos en: <<http://baylos.blogspot.com/2007/12/el-paradigma-productivo-de-la.html>>.

## II. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO COMPLEJO DE LA SUBCONTRATACIÓN: BREVES NOCIONES CONCEPTUALES, CAUSAS Y CONSECUENCIAS DEL MISMO

---

En forma previa al desarrollo normativo, conviene realizar una precisión terminológica sobre el tema que nos ocupa.

El profesor Óscar Ermida<sup>(5)</sup> presenta tres sentidos del término “subcontratación”, transitando por una acepción “amplísima, económica o sociológica” que comprende a toda operación de descentralización empresarial, luego una variante “amplia”, que se emplea para hacer referencia a uno de los instrumentos jurídicos para ejecutar la descentralización empresarial, culminando con una versión “estricta”, que incluye únicamente la subcontratación empresarial y deja de lado el suministro de mano de obra. El autor se inclina por el sentido “estricto” (subcontratación empresarial), al considerar a la descentralización productiva o tercerización como el modo de organizar la producción, siendo sus manifestaciones jurídicas, la intermediación, el suministro de mano de obra y la subcontratación empresarial.

Con la finalidad de ubicarnos en la concepción de “subcontratación” desde el aspecto terminológico, corresponde reproducir algunas definiciones de lo que vendría a ser el fenómeno de carácter organizativo cuya expresión jurídica per se la constituye la subcontratación. Nos referimos a la descentralización productiva. El propio Ermida ensaya una definición afirmando que “(...) *consiste en un modo de organización de la producción en virtud de la cual se hace un encargo a terceros de determinadas operaciones del proceso productivo. Es decir, implica un desplazamiento de funciones o actividades que corresponden o podrían corresponder a un conjunto integrado (...)*”<sup>(6)</sup>.

De manera similar el profesor Cruz Villalón sostiene que mediante este término, o propiamente su acepción inglesa (*outsourcing*) se hace referencia a la cesión a un tercero de “todos o parte de los servicios informáticos propios para que ese tercero se los preste a través de un contrato de servicios”. Posteriormente, el término se expande para referirse “a la cesión de terceros de otros servicios diversos a los propiamente informáticos, con la finalidad de reforzar el objetivo de que la empresa cedente se dedique a lo que constituye

---

(5) Asociado honorario de nuestra Sociedad, fallecido el 7 de junio de 2011.

(6) ERMIDA, Óscar. *Descentralización*, p.13.

su actividad nuclear, contratando la ejecución de cualquier otro tipo de funciones adicionales, por muy especiales que sean estas”<sup>(7)</sup>.

Resulta conveniente señalar que la descentralización productiva podrá articularse mediante distintos mecanismos como los grupos de empresa, el trabajo en red, el teletrabajo o el trabajo autónomo<sup>(8)</sup>, siendo la subcontratación uno de los más relevantes aspectos jurídicos del fenómeno descentralista.

Advertimos que la descentralización productiva no constituye un fenómeno organizacional de carácter jurídico sino económico, pues las empresas se desvinculan tanto de actividades periféricas como de aquellas comprendidas en su proceso productivo por diversas razones y que la subcontratación es aquel instrumento jurídico por excelencia que coadyuva a dicho adelgazamiento empresarial.

Siguiendo con el análisis conceptual, Ermida ofrece una definición de “intermediación”, afirmando que en este esquema el tercero no es una empresa que posea su propia estructura sino que se limita a figurar formalmente como empleador que sirve a la empresa principal o receptora de mano de obra, el llamado “hombre de paja”<sup>(9)</sup>. Esta acepción, nos dice, es muy similar a la de “suministrador de mano de obra”, pues en este caso el empresario suministra trabajadores a su cliente (empresa principal), siendo ese el único objetivo de su negocio<sup>(10)</sup>.

Ahondando en las disquisiciones, Bronstein toma partido desde el inicio de su investigación<sup>(11)</sup> por el término “subcontratación” añadiéndole el adjetivo “laboral”, con el fin de evidenciar sus efectos naturales en nuestra disciplina, para luego señalar que existen diversas prácticas conocidas como la subcontratación de producción, servicios, obra, tareas, mano de obra. Coincidimos con Bronstein cuando alerta que deben ser de nuestro interés aquellas prácticas cuyo efecto es la prestación de servicios en condiciones similares a las presentes en una relación de trabajo subordinada, en la medida que

---

(7) CRUZ VILLALÓN Jesús. “Outsourcing, contratas y subcontratas”. Ponencia presentada al X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999.

(8) CRUZ VILLALÓN Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Grijley, Lima, 2009. p. 33 y ss.

(9) Cf. ERMIDA. Ob. cit., p. 27.

(10) *Ibidem*. p. 28.

(11) Nos referimos a BRONSTEIN, Arturo S. “La subcontratación laboral”. Versión revisada de la ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio celebrado en Santo Domingo, República Dominicana, en abril de 1999. En: *Comunidad Andina de Naciones. La subcontratación laboral- análisis y perspectivas*. Cuadernos de Integración Andina. N° 20, Lima, diciembre de 2007.

ello constituye el presupuesto socioeconómico indispensable para la aplicación del Derecho del Trabajo<sup>(12)</sup>. Por ello, sostiene Bronstein<sup>(13)</sup>, la subcontratación laboral comprende al suministro de mano de obra o a la prestación de servicios en el marco de una relación civil o comercial<sup>(14)</sup>.

Conviene en este punto señalar que para un sector de la doctrina nacional, cuya opinión compartimos, la subcontratación es el “efecto estrella” de la descentralización productiva<sup>(15)</sup>, la cual supone un sistema de relaciones de carácter jerarquizado entre empresas. Esto nos lleva a reflexionar sobre la importancia de la subcontratación en la medida que las relaciones jurídicas pueden ser similares a una de empleo. No pretendemos crear una tercera categoría de trabajadores pero no puede negarse que en un esquema de cesión de mano de obra el usuario actúa como empleador mientras que una prestación de servicios el cliente de alguna manera se encuentra en posición de imponer ciertas decisiones a la subcontratista y con ello indirectamente al personal.

En nuestra opinión es apropiado el empleo de la alocución subcontratación para referirnos al correlato jurídico de la descentralización productiva, cuya acepción, de acuerdo a la categorización propuesta por Ermida, adoptamos en su sentido amplio, y que además, tomando la definición de la OIT<sup>(16)</sup> clasificamos en subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios y subcontratación de mano de obra<sup>(17)</sup>.

---

(12) *Ibíd*em, p.15.

(13) *Ídem*.

(14) En la misma línea de pensamiento BENSUSAN, Graciela. “La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿problemas de diseño institucional o de implementación?” En: *Comunidad Andina de Naciones. La subcontratación laboral- análisis y perspectivas*. Cuadernos de Integración Andina. N° 20. Lima, diciembre de 2007.

(15) Cf. ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra Editores. Lima, 2006.

(16) La Organización Internacional del Trabajo no ha sido ajena a la subcontratación, pues se ha ocupado de la misma en dos Conferencias Internacionales del Trabajo, en la 85ª reunión llevada a cabo el año 1997 y en la 86ª reunión celebrada el año 1998, sin llegar a un consenso para la aprobación de un Convenio Internacional del Trabajo y su correspondiente Recomendación. El tema ha sido nuevamente abordado en la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2006 en su Informe V(1) y tenido en cuenta para la elaboración de la Recomendación sobre la Relación de Trabajo N° 198 el mismo año. Véase ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Trabajo en régimen de subcontratación. Informe VI (1). Conferencia Internacional del Trabajo 85ª reunión, 1997.

(17) Sobre este tipo de subcontratación podría entenderse que propiamente no ocurre una manifestación de descentralización productiva pues no se está externalizando actividades sino contratando a una empresa para que suministre temporal. Sin embargo, creemos conveniente en este punto adoptar una perspectiva amplia entendiendo esta subcontratación de mano de obra como una forma de derivar a un tercero cierto tipo de obligaciones que, de no existir suministro, serían asumidas por la empresa principal. “Es, pues, un caso de exteriorización del empleo que da origen a una relación triangular en la cual la actividad de los trabajadores se ha de realizar en la propia empresa usuaria” (ERMIDA. *Descentralización*, p. 29).

La subcontratación de producción de bienes o servicios, o subcontratación de empresas supone que una empresa confíe a otra la realización de una obra o prestación de servicios, debiendo esta última ejecutar el encargo por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, materiales y humanos. En este esquema los trabajadores asignados al servicio permanecen bajo la subordinación de la empresa empleadora (subcontratista), quien es responsable del pago de sus remuneraciones, beneficios sociales y de las demás obligaciones que le incumben como tal.

El cliente (usuario, destinatario de los servicios) le retribuirá en función del resultado esperado, es decir, a la obra o al servicio contratado, no siendo relevante, en principio, el número ni la identidad de los trabajadores que se empleen para la ejecución del contrato. Lo fundamental en este esquema son los resultados.

La subcontratación de mano de obra por su parte aparece cuando el objetivo único, esencial o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra por parte del subcontratista a la empresa usuaria. La subcontratación de mano de obra es denominada “intermediación laboral” por nuestro ordenamiento, consistiendo en el destaque de personal de una empresa de intermediación o cooperativa de trabajadores debidamente autorizada, para prestar servicios temporales, complementarios o altamente especializados a la empresa usuaria o cliente.

### 1. Causas y consecuencias de la subcontratación

Desde la perspectiva económica y empresarial, entre las posibles causas de la descentralización productiva, cuya manifestación estrella es la subcontratación, se encuentran: a) la reestructuración de la economía, b) el aumento de la competencia que exige la reducción de costos, c) la revolución de la tecnología, d) la necesidad de adaptación a los cambios del mercado, e) el desempleo y la debilidad de las organizaciones sindicales, f) la armonización de las plantillas de trabajadores según las necesidades de organización, g) la eficiencia técnica, y h) el perfeccionamiento del producto final<sup>(18)</sup>.

Bronstein por su parte clasifica los factores desencadenantes de la subcontratación en dos grandes grupos, los factores determinantes y los coadyuvantes. En la primera categoría incorpora al entorno económico debido al aumento de la competitividad y la consiguiente obligación de la empresa de

---

(18) Cf. ERMIDA. Ob. cit., p. 17.

racionalizar su organización productiva. Nos dice el autor que las empresas deben adecuar su estructura al cambio de paradigma del fordismo al toyotismo. En lo que a factores coadyuvantes se refiere, nos encontramos con el incremento del desempleo, el cual permite disponer de una gran reserva de trabajadores que acceden a laborar en condiciones que no hubieran aceptado en situaciones de escasez de mano de obra, la pérdida de poder sindical y por ende su capacidad de resistir los cambios en la organización empresarial, la flexibilización de la legislación laboral, que facilita el recurso a la subcontratación, y las políticas de ajuste de corte neoliberal que fomenta prácticas como la subcontratación<sup>(19)</sup>.

De lo expuesto, puede afirmarse que la descentralización obedece fundamentalmente a causas económicas, tecnológicas y organizativas, las cuales requieren que la organización se encuentre a tono con la competitividad laboral generada por la globalización económica poseyendo la elasticidad necesaria para enfrentarse a un mundo de constantes cambios, situación que requiere sin duda una adaptación tecnológica para cumplir con los pedidos de producción en el momento justo y que tiene en las medianas y pequeñas empresas al paradigma de agilidad ante los mencionados cambios<sup>(20)</sup>.

Sin embargo, debemos reconocer que también existen razones de orden laboral<sup>(21)</sup>, que han coadyuvado a la expansión del fenómeno descentralizador. No es para nada descabellado sostener que la alta desocupación y el debilitamiento sindical han sido el escenario propicio para el desarrollo de esta forma de organización empresarial que sin duda socava las bases del esquema clásico de la relación laboral y por ende del ámbito del Derecho del Trabajo. No significa que el propósito de la descentralización productiva sea solamente la reducción de costos operativos, entre ellos los laborales, pero ello es tenido como una razón válida por algunos defensores de esta forma de hacer empresa como los citados anteriormente.

---

(19) Cf. BRONSTEIN, Arturo S. Ob. cit., p. 17.

(20) Para un mayor desarrollo sobre este punto véase también: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “La descentralización empresarial y el derecho del trabajo”. En: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*. Obra colectiva del Grupo de los Miércoles; Primera edición, Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

(21) *Ibíd*em, p. 19.

## 2. Principales consecuencias de la subcontratación

De acuerdo a la OIT<sup>(22)</sup> el principal problema que se plantea es si los trabajadores sometidos al trabajo en subcontratación disfrutaban de un nivel adecuado de protección social comparado al que poseen los trabajadores directamente empleados, respuesta que suele ser negativa. La OIT advierte además que el empleo del personal subcontratado es mucho menos seguro que los contratados directamente por la empresa principal, las horas de trabajo suelen ser más largas en tanto su remuneración suele vincularse a labores específicas, su salario es inferior al de los contratados en la principal, pudiendo el trabajo de este personal convertirse en una zona de alto riesgo para toda clase de accidentes y enfermedades profesionales.

A similar conclusión arriba Diego López<sup>(23)</sup> cuando sostiene que “el principal efecto precarizador (...) consiste en que la empresa principal se desentiende del cumplimiento de las obligaciones laborales, no reconociendo como tales a los trabajadores subcontratados”.

En lo que a las relaciones individuales de trabajo se refiere, podemos señalar que las principales implicancias de la subcontratación son las siguientes<sup>(24)</sup>: i) alteración de la noción de empleador, pues constituye un problema su localización; ii) degradación de las condiciones de trabajo y empleo del personal subcontratado; iii) uso intensivo de mano de obra temporal; iv) desaparición de la estabilidad laboral del personal subcontratado.

En cuanto a las relaciones colectivas de trabajo, uno de los efectos más palpables de la descentralización productiva es el empequeñecimiento de las empresas<sup>(25)</sup>, el cual se traduce en una fragmentación de las mismas en reducidas dimensiones en las que no cabe la negociación colectiva. Asimismo, proliferan de empresas aparentes, y a su vez ocurre una dispersión de trabajadores, resultando casi imposible constituir un sindicato<sup>(26)</sup>.

---

(22) OIT. Trabajo en régimen de subcontratación. Ob. cit., p. 23.

(23) LÓPEZ, Diego. “La subcontratación y la precarización del empleo”. En: *Gobierno de Chile*, Boletín Oficial Computacional. Octubre, 1996. Lexis Nexis. En: <www.lexisnexus.cl/boletin/1996/101996.pdf.p.5>.

(24) Cf. MOLERO MARAÑÓN, María Luisa. “Descentralización productiva y relaciones laborales”. En: *Relaciones Laborales*. Revista Crítica de Teoría y Práctica. Editorial La Ley. N° 9. Año XXVI. Mayo, 2010.

(25) Cf. SORIANO CORTES, Dulce. *Las Contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ediciones Mergablum. Sevilla, 2007. p. 300.

(26) PEÑA HUMAÑA, Margarita. “Derecho Laboral: subcontratación y suministro de trabajadores”. En: *Revista Laboral de ICAL* (Programa de Estudios Laborales del Instituto de Ciencias de Alejandro Lipschutz). N° 2, julio-setiembre 2005. <www.Revistalaboralical.cl>.



### III. REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL PERÚ

---

#### 1. Regulación de la subcontratación de mano de obra (intermediación laboral)

Hace 25 años, es decir, en 1988, año que coincide con la fundación de nuestra Sociedad, la intermediación laboral se encontraba regulada por la Ley N° 24514<sup>(27)</sup>, Ley de Estabilidad Laboral, vigente desde el 6 de junio de 1986<sup>(28)</sup>, cuyo artículo 32 permitía la intermediación laboral a través de empresas de servicios que efectuaran “(...) *actividades complementarias de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado* (...)”, prohibiéndose que la misma comprendiera actividades permanentes.

En el mismo sentido se pronunció el artículo 35 del Decreto Supremo N° 003-88-TR, Reglamento de la Ley de Estabilidad Laboral, al disponer que “(...) *de conformidad con el artículo 32 de la Ley, las empresas podrán celebrar contratos con empresas de servicios, debidamente autorizadas e inscritas, para la realización de actividades complementarias de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado. Los trabajadores que desempeñen estas labores deberán mantener vínculo laboral permanente con la empresa de servicios que los hubiere contratado* (...)”.

Hacemos notar que en la norma de 1986 se habilitaba la subcontratación de mano de obra únicamente para actividades complementarias y especializadas, sin definir las, disponiendo expresamente que el personal subcontratado debiera vincularse en forma indeterminada con la empresa de servicios.

El 12 de noviembre del año 1991 se promulgó el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, norma que amplió el terreno de la intermediación laboral (hasta ese momento para labores complementarias y especializadas) a labores principales pero de naturaleza temporal. Para ello además de las empresas de servicios complementarios se sumaron las empresas de servicios temporales y las cooperativas de trabajadores (cooperativas de fomento del empleo y de trabajo temporal). Es interesante comentar que el texto original del Decreto Legislativo N° 728 estableció como límite cuantitativo al personal destacado al 20 % de la planilla de la empresa usuaria, tope ampliado al 50 % en 1996 por el Decreto Legislativo N° 855.

---

(27) Esta Ley fue derogada por la Ley N° 26513, vigente desde julio de 1995.

(28) Es interesante comentar que la intermediación laboral en nuestro país se encontró proscrita hasta el año 1978 cuando fue permitida por el Decreto Ley N° 22126, cuyo artículo 27 autorizó la prestación de servicios a quien no era empleador directo aunque solamente para ejecutar labores complementarias (mantenimiento, limpieza, seguridad).

En la actualidad, la intermediación laboral se encuentra regulada en la Ley N° 27626 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR<sup>(29)</sup>, dispositivos que permiten la prestación de dichos servicios solo en determinados supuestos y cumpliendo una serie de requisitos y formalidades con la finalidad de brindar mayor protección al trabajador destacado y fomentar la contratación directa de personal.

Es decir, mientras que la regla general es la contratación directa del personal<sup>(30)</sup>, la intermediación laboral es un supuesto excepcional, que se encuentra regulado de manera restrictiva. En efecto, según el artículo 3 primer párrafo de la Ley, “*la intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria solo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización*”.

Así la normativa anotada permite intermediar laboralmente trabajadores para cubrir actividades principales pero temporales<sup>(31)</sup> de la empresa usuaria (cliente), actividades complementarias<sup>(32)</sup> o actividades altamente especializadas. Para ello si bien podrán constituirse empresas de servicios temporales, complementarios, o altamente especializados, es posible que una sola empresa se encargue de intermediar los tres tipos de actividades.

Consideramos deficiente la técnica normativa adoptada, pues la tendencia en el derecho comparado y a nivel de la OIT considera que el suministro

---

(29) Es interesante comentar que a partir de lo dispuesto en estas normas no es posible subcontratar personas naturales sino únicamente personas jurídicas constituidas de acuerdo a la Ley General de Sociedades. En efecto, el artículo 2 de la Ley N° 27626 señala que “la intermediación laboral solo podrá prestarse por empresas de servicios constituidas como personas jurídicas de acuerdo a la Ley General de Sociedades o como Cooperativas conforme a la Ley General de Cooperativas, y tendrá como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral”. Véase: ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación..* Ob. cit., p. 41.

(30) El artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR contiene una presunción a favor de la contratación indefinida al señalar que, “(...) *En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado*”.

(31) Mediante el Decreto Supremo N° 008-2007-TR se precisaron las definiciones de actividad principal y complementaria a efectos de la intermediación laboral, entendiéndose como actividad principal: de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio de la misma. Siendo considerada como tal toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa usuaria o principal. Este tipo de intermediación laboral (para cubrir actividades principales) es la más restringida por nuestro ordenamiento, toda vez que se la limita a los supuestos de ocasionalidad (eventualidad) y suplencia (reemplazo) y se la limita cuantitativamente, pues los trabajadores destacados a la usuaria no deben exceder del 20% de la totalidad de su personal.

(32) El artículo 1 del D.S. N° 003-2002-TR entiende como actividad complementaria a aquella de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza. La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria.

de mano de obra supone únicamente el destaque de personas para colocarlas bajo el ámbito de organización y dirección de la empresa usuaria sin que exista una actividad adicional por la suministradora, salvo el cumplimiento de sus obligaciones laborales como empleador. En otras palabras, la empresa suministradora no ejecuta servicio alguno salvo el destaque de su personal. Siguiendo esa línea la llamada intermediación laboral complementaria o altamente especializada encajaría en un supuesto de subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios. Sin embargo, a contracorriente del criterio imperante en otras latitudes, para la regulación peruana el destaque de mano de obra se circunscribe a los supuestos descritos en el párrafo precedente.

Al detallar la regulación sobre intermediación laboral, resulta ineludible efectuar un breve repaso sobre la participación de las cooperativas en este rubro<sup>(33)</sup>. Según lo establece nuestra legislación, las cooperativas también se encuentran habilitadas para prestar servicios de intermediación laboral temporales, complementarios o altamente especializados. En el primer caso se tratará de una Cooperativa de Trabajo Temporal y, en el segundo, de una Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo. Las cooperativas tuvieron gran auge por la política de flexibilización de regulaciones laborales implementada en el Perú en los años noventa. Dicha regulación permitió que el personal destacado a través de cooperativas pudiera ascender al 50 % del total de trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria.

Aunque parezca irreal una empresa en ese momento podía contratar trabajadores mediante una cooperativa hasta una proporción equivalente al 50% de su personal, del 50 % restante seguramente un 25 % podían ser personas bajo modalidades formativas, un 15 % por honorarios profesionales y solamente el 10 % contratado directamente en planillas y quizás mayoritariamente mediante contratos de duración determinada.

Cuando el número de cooperativas se multiplicaba comenzaron a tener más asalariados que asociados y comenzaron a incumplir con sus derechos laborales, generando enormes márgenes de explotación que el Estado trató de evitar promulgando el año 1996 la Ley N° 26523, el Decreto Supremo N° 004-98-TR y la Resolución Ministerial N° 059-98-TR. Con estas normas se buscó prevenir la utilización fraudulenta de las cooperativas, pues en los hechos el asociado-trabajador de la cooperativa que suministra mano de

---

(33) Para un balance sobre el cooperativismo en el Perú nos remitimos a MOGROVEJO, Rodrigo; Vanhuynegem, Philippe y VÁSQUEZ, Manuel. *Visión panorámica del sector cooperativo en Perú. El renacimiento de un modelo*. OIT, Oficina de la OIT para los Países Andinos, La Paz, 2012. p. 104.

obra posee una naturaleza más cercana al de un trabajador dependiente que a la de un asociado.

Si bien no resulta tarea fácil cuantificar el número de estas cooperativas, hay 64 registradas oficialmente, aunque en el año 2002, cuando se creó el Registro Nacional de Empresas y Entidades que Realizan Actividades de Intermediación Laboral (RENEEIL) del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, que obligaba al registro para poder brindar este servicio, solo se registraron 23. En 2010 y 2011 se han inscrito en este registro y por consiguiente están autorizadas para brindar el servicio de intermediación laboral, solamente cinco cooperativas de trabajo y fomento del empleo (Acrux Ltda., Global, Business and Human Resources Ltda., Integración Dinámica Ltda., Minkawasi Ltda. y Santo Domingo Ltda.)<sup>(34)</sup>.

Es criticable que las cooperativas realicen actividades de intermediación laboral, toda vez que su dedicación al suministro de mano de obra distorsiona la naturaleza cooperativa de la institución y ello genera que la integración a la cooperativa no gire en torno al *affectio societatis* sino a la consecución de un puesto de trabajo. Se pierde pues el elemento asociativo que es esencial por naturaleza en este tipo de instituciones quedando únicamente la relación de trabajo. En razón a ello, los trabajadores de la cooperativa deberán ser tratados como personal de la misma.

En cuanto a la responsabilidad por los derechos del personal destacado a la empresa principal, la Ley N° 27626 prevé un supuesto de responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria y la entidad que presta servicios de intermediación laboral. Así, la Ley señala que si la fianza<sup>(35)</sup> otorgada por la entidad resulta insuficiente para el pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores destacados a la empresa usuaria, estas serán solidariamente responsables del pago de tales adeudos por el tiempo de servicios laborado en la empresa usuaria.

En otras palabras, la empresa usuaria es solidariamente responsable con la entidad que le destaca trabajadores por los derechos laborales, de origen legal o colectivo, que no están cubiertos por la fianza. Inexplicablemente las obligaciones de seguridad social se encuentran excluidas de la responsabilidad

---

(34) *Ibidem*, pp. 62-63.

(35) El artículo 24 de la Ley N° 27626, dispone que “las empresas de servicios o las cooperativas, reguladas en la presente Ley, cuando suscriban contratos de intermediación laboral deberán conceder una fianza, que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria. La fianza será regulada por la Autoridad Administrativa de Trabajo y en el Reglamento se establecerán los requisitos, plazos, porcentajes y mecanismos de ejecución y liberación de la garantía”.

solidaria, por lo que es usual que las entidades recaudadoras queden impagas, con el evidente perjuicio a los afiliados y pensionistas de las mismas.

Por otro lado, las normas disponen que se entiende desnaturalizada la intermediación laboral y, por ende, la existencia de una relación laboral directa entre el trabajador indebidamente intermediado y la empresa cliente o usuaria del servicio cuando ocurre el destaque de personal para prestación de servicios permanentes de la actividad principal de la empresa usuaria, para cubrir personal que esté ejerciendo su derecho de huelga, para cubrir personal en otra empresa de servicios o cooperativa, entre otros supuestos. Esta situación podrá ser comprobada en un procedimiento inspectivo por la Autoridad Administrativa de Trabajo conforme lo señala el artículo 5 de la Ley N° 27626, concordante con el artículo 14 de su Reglamento, o en un proceso judicial<sup>(36)</sup> promovido por el personal involucrado en la intermediación laboral.

En el Derecho Comparado<sup>(37)</sup>, podemos mencionar que las regulaciones Boliviana (Ley General del Trabajo y su Reglamento), Colombiana (Código Sustantivo del Trabajo), Chilena (Código del Trabajo), Paraguaya (Código del Trabajo) y Uruguay (Ley 18.251), salvo la Ecuatoriana, consideran a la intermediación de trabajadores como una forma de reclutamiento laboral, siendo los intermediadores aquellos que ponen en contacto a los ofertantes con los buscadores de empleo<sup>(38)</sup>.

La norma del Ecuador asemeja la intermediación a lo que ocurre en nuestro país, pues permite el destaque de actividades complementarias y servicios técnicos especializados (Mandato Constituyente N° 8) sin denominarlas intermediación laboral.

En lo que a empresas de servicios temporales se refiere, para las legislaciones Argentina, Colombia, Chile y Perú las Empresas de Servicios Temporales deben estar constituidas como personas jurídicas cuyo objeto social exclusivo es la cesión temporal de trabajadores. En Brasil, pueden ser personas naturales o jurídicas.

## **2. Regulación de la subcontratación de producción de bienes o servicios**

Hasta antes del año 2002 la subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios carecía en nuestro ordenamiento de regulación laboral

---

(36) Vide nota 32.

(37) Alcances tomados de la consultoría elaborada por el Profesor Alfredo Villavicencio Ríos para la Oficina de Actividades Organización de Trabajadores (ACTRAV) de la Organización Internacional del Trabajo. Publicada en <<http://actrav.oit.org.pe>. Diciembre 2009>.

(38) Este mecanismo se lleva a cabo en nuestro país a través de las agencias de empleo reguladas mediante Decreto Supremo N° 020-2012-TR.

propia, por lo que debía recurrirse al Código Civil, norma de aplicación supletoria, puntualmente a sus artículos referidos a los contratos de prestación de servicios (artículos 1755 y siguientes del Código Civil). El Código regula las modalidades de locación de servicios o de obra (artículos 1764 a 1789 del mismo Código)<sup>(39)</sup>. Como es evidente, esta norma no tutelaba en absoluto los derechos del personal involucrado en la subcontratación.

Un primer ensayo, que podemos calificar como nimio, ocurrió en el año 2002 con la regulación contenida en el Decreto Supremo N° 003-2002-TR<sup>(40)</sup>, Reglamento de la Ley N° 27626<sup>(41)</sup>. Su artículo 4, de cuestionable legalidad<sup>(42)</sup>, dispuso los supuestos que no constituirían intermediación laboral, entre los que se encontraban la subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios, denominada por nuestro ordenamiento como “tercerización”.

Además de lo anterior, esta norma estableció los requisitos esenciales para la validez de la llamada tercerización sin reconocer protección alguna a los trabajadores involucrados en esta relación triangular, nos referimos al personal de la empresa usuaria o contratante y al de la subcontratista<sup>(43)</sup>. Posteriormente, en el mes de setiembre del año 2007, el Poder Ejecutivo tuvo la buena

---

(39) Inclusive hoy, que tenemos regulación tutelar de los trabajadores en un esquema de subcontratación, aún resulta aplicable el Código Civil en lo que se refiere a la relación jurídica interempresarial.

(40) Previamente a esta regulación existía la impresión de que la subcontratación iba a encontrarse regulada únicamente por la Ley N° 27626, la misma que como hemos visto posee mecanismos jurídicos tutelares de los derechos de los trabajadores involucrados en la subcontratación.

(41) Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, publicada en la separata de normas legales del diario oficial *El Peruano* el 9 de enero de 2002.

(42) Toda vez que la Ley N° 27626 norma a la intermediación laboral y este artículo 4° señala qué casos no son intermediación, los mismos que no han sido desarrollados por la Ley. El texto del artículo 4 es el siguiente:

*“Artículo 4.- De la tercerización de servicios*

*No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193 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 o subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.*

*Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal”.*

(43) Tamaña indefensión generó un uso abusivo de la tercerización, toda vez que muchos pseudoempresarios con la finalidad de evitar ser comprendidos en la legislación en materia de intermediación laboral diseñaban una tercerización que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, no resistía el mínimo análisis pues se trataba de un destaque de mano de obra encubierto. Esta deficiente regulación aunada a la conocida falta de potencia inspectiva de la Autoridad Administrativa de Trabajo generó un profundo atentado contra los derechos laborales de los trabajadores involucrados en este fenómeno organizativo, en tanto, además de los naturales efectos nocivos en la relación de trabajo, padecieron una extrema precarización de sus condiciones de contratación.

intención de otorgar cierto nivel de tutela al personal involucrado en la tercerización a partir de la emisión del Decreto Supremo N° 020-2007-TR, el cual amplió la regulación contenida en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-2002-TR incorporándose los artículos 4-A, 4-B y 4-C a dicho cuerpo normativo<sup>(44)</sup>.

De esta ampliación podemos rescatar la regulación expresa de la desnaturalización de la tercerización<sup>(45)</sup>, la cual supone que, si en una inspección laboral, o en el marco de un proceso judicial iniciado por alguno de los trabajadores afectados, se comprobaba que la tercerización incumplía las obligaciones previstas en el artículo 4 del D.S. N° 003-2002-TR o implicaba una mera provisión de personal, la autoridad concluiría que el personal desplazado posee una relación laboral directa y a plazo indefinido con la empresa cliente<sup>(46)</sup>.

---

(44) *“Artículo 4-A.- Desplazamiento de personal a unidades de producción de una empresa principal* Los contratos que ejecutan alguna de las modalidades establecidas en el artículo 4 del presente decreto supremo, con desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no pueden tener por objeto afectar los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores, y deben constar por escrito, especificando cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.

*Las empresas que desplazan personal deben contar con recursos económicos suficientes para garantizar el pago de obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados.*

*Artículo 4-B.- Desnaturalización*

*La contratación de servicios que incumpla las disposiciones del artículo 4 del presente decreto supremo, o que implique una simple provisión de personal, origina que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal.*

*Artículo 4-C.- Garantía de derechos laborales*

*Los trabajadores bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, conforme al artículo 79 de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral, aprobada mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización de servicios, que estén bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, respecto de su empleador (...).”*

(45) La Ley N° 29245 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, normas que actualmente regulan a la tercerización, consideran, como supuestos en los que la misma se desnaturaliza a los siguientes:

a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del reglamento (asunción de riesgos del tercero, recursos propios para prestar el servicio, equipamiento, entre otros) indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.

b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.

La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma.

(46) Es importante comentar que, a nuestro entender en forma equivocada, el Tribunal Constitucional ha venido considerando que el proceso de amparo no es la vía idónea para declarar la desnaturalización de un contrato de intermediación laboral (Expediente N° 0690-2012-PA/TC, Willian Carlos Huancas Gonzales contra Electronorte-ENSA, Expediente N° 01306-2012-PA/TC, Franklin Villacorta Sánchez contra Sedapal, Expediente N° 01995-2012-PA/TC, Jorge Minbela Salazar contra Electronorte-ENSA, Expediente N° 02000-2012-PA/TC, José Fabricio Rea Guillén contra Electronorte-ENSA, Expediente N° 2779-2011-PA/TC, Antonio Armando Sandoval Villar y otros contra Compañía Minera Antamina S.A., Expediente N° 2755-2010-PA/TC, Tito Alfredo Matos y otros contra la Compañía Minera Atacocha S.A. y la Empresa Especializada Opermin S.A.C., entre otras).

Los demás preceptos recordaban cuáles eran los derechos laborales del trabajador involucrado en la subcontratación, pero sin regular nada nuevo.

Actualmente, la subcontratación de bienes y servicios se encuentra normada por la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, complementada por el Decreto Legislativo N° 1038 y reglamentada por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, siendo de aplicación supletoria el marco normativo contenido en el Código Civil.

Las normas en mención disponen que una real tercerización<sup>(47)</sup> implica que el tercero (subcontratista) ejecute su actividad por su cuenta y riesgo, contando con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales<sup>(48)</sup> y con el personal bajo su exclusiva subordinación<sup>(49)</sup>. Es interesante comentar que a partir del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, solamente la tercerización de actividades ordinarias<sup>(50)</sup> que impliquen desplazamiento continuo<sup>(51)</sup> del personal del tercero hacia el centro de trabajo (instalaciones) u operaciones<sup>(52)</sup> del cliente se encuentra comprendida en esta regulación tutelar de los trabajadores. Siendo así, la tercerización sin desplazamiento, o la provisión de bienes y/o servicios que no suponga tercerización, la subcontratación de actividades complementarias o la subcontratación de personas naturales se regularán por el Código Civil y la normativa sectorial especial con la evidente desprotección para los trabajadores que ello supone. En todo caso, no se debe tratar en ningún escenario de una simple provisión de mano de obra o destaque de personal.

---

(47) Denominación de nuestro ordenamiento para la subcontratación de bienes o servicios.

(48) Es importante comentar que la norma reglamentaria permite que la empresa que presta servicios de tercerización o realiza obras desarrolle actividades con equipos y herramientas que le hubiera cedido su cliente (principal) u otra empresa en administración integral, si están vinculados directamente al proceso productivo de la empresa cliente.

Dicha disposición del Decreto Supremo N° 006-2008-TR fue declarada ilegal por la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, bajo el Expediente N° 169-08-AP. En atención a un recurso de apelación de sentencia, la Corte Suprema, en el Expediente N° 1338-2011 revocó la sentencia de primera instancia reconociendo la validez de la cesión de equipos por parte del cliente al tercero para la ejecución de los servicios contratados.

(49) Esto supone que el personal reciba indicaciones y sea supervisado o sancionado en forma exclusiva y excluyente por su empleador.

(50) Se entiende por actividades principales u ordinarias aquellas cuya ausencia afecten o interrumpen la continuidad del negocio del cliente. Se trata sin duda de una enorme permisividad en cuanto a aquellas actividades que pueden ser objeto de la subcontratación, hecho sin duda de por sí cuestionable, pues podría llegarse al extremo de que la empresa cliente carezca de trabajadores en planilla.

(51) Se configura la continuidad cuando:

- a) El desplazamiento ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o,
- b) Exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

(52) Constituye centro de operaciones el lugar fuera de las instalaciones del cliente al que el personal del tercero se desplaza por indicación de aquel.



La experiencia normativa latinoamericana<sup>(53)</sup> señala que la tercerización consiste en la prestación de servicios (a veces también se les denomina “obras”, “trabajos” o “actividades especializadas”) por parte de un contratista en beneficio de una empresa principal, en virtud de un acuerdo contractual, asumiendo todos los riesgos, con recursos propios y con trabajadores que se encuentran bajo la exclusiva subordinación del referido contratista. El elemento de la autonomía empresarial, técnica y directiva del contratista es subrayado en las legislaciones de Colombia y Paraguay, además de la peruana.

La definición legal de la tercerización en Chile comprende únicamente a la que se lleva a cabo con desplazamiento a la empresa principal al igual que la peruana.

---

(53) En países como Colombia, Chile, Paraguay y Uruguay. Conviene precisar que en Ecuador, la tercerización fue prohibida primero por el Mandato Constituyente N° 8 y luego por la Constitución de 2008. Si bien el artículo 1 del Mandato Constituyente N° 8 prohíbe la tercerización, la misma norma permite el funcionamiento de personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias (artículo 3), la contratación civil de servicios técnicos especializados en el Sector Público (Primera Disposición General), y la contratación civil de servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos, de sistemas, etc. (Segunda Disposición General). En todo caso, el artículo 327 de la Constitución Ecuatoriana es más permisivo que el artículo 1 del Mandato Constituyente N° 8, puesto que aquel prohíbe “la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora”, mientras que este prohíbe “la tercerización” en general. En Bolivia el Decreto Supremo N° 0107-2009 prohíbe la subcontratación que tenga por finalidad eludir el cumplimiento de las obligaciones sociolaborales. Al respecto, no se le otorga a la subcontratación el trato de una actividad ordinaria o común, sino más bien el de algo excepcional que debe aplicarse restringidamente y bajo rigurosa fiscalización. Finalmente, en Venezuela, la Ley Orgánica de Trabajo, aprobada por Decreto N° 8.938 del 30 de abril de 2012, prohíbe la tercerización, comprendiendo en dicho concepto a la contratación de actividades principales de carácter permanente con desplazamiento de personal a las instalaciones del cliente, y a la intermediación de trabajadores, señalando que las empresas principales (patronos) incorporarán a su nómina a los trabajadores subcontratados. Es importante comentar que el artículo 49 de la Ley regula la figura del contratista, definiéndolo como las personas naturales o jurídicas que mediante contrato se encargan de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos o recursos propios, y con trabajadores o trabajadoras bajo su dependencia. Luego en el artículo 50 se permite la actuación de los contratistas inclusive para actividades principales aunque entendemos referida a actividades temporales. La Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Trabajo establece que en un lapso no mayor de tres años a partir de la promulgación de la misma, los patronos y patronas incursos en la norma que prohíbe la tercerización, se ajustarán a ella, y se incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal los trabajadores y trabajadoras tercerizados. Durante dicho lapso y hasta tanto sean incorporados efectivamente a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal, los trabajadores y trabajadoras objeto de tercerización gozarán de inamovilidad laboral, y disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores y trabajadoras contratados directamente por el patrono o patrona beneficiario de sus servicios. Comentarios tomados de la consultoría efectuada por Alfredo Villavicencio Ríos para la Oficina de Actividades Organización de Trabajadores (ACTRAV) de la Organización Internacional del Trabajo (Diciembre de 2009).

Unas breves líneas para comentar la regulación sobre subcontratación en el Proyecto de Ley General de Trabajo, la cual nos parece adecuada aunque podría mejorarse. Así, se podría no limitar la tutela laboral a la subcontratación con desplazamiento de trabajadores a las instalaciones de la empresa usuaria (el ámbito denominado “centro de operaciones” de la normativa actual nos parece interesante), mejorar la fianza al incorporar a los derechos laborales y no solamente a las obligaciones previsionales y, sin duda, cambiar el ámbito de la responsabilidad solidaria, pues excluye a las obligaciones laborales (a la inversa de lo que ocurre en la actualidad que se excluye a las previsionales) lo cual debilita la protección a los trabajadores desplazados y libera de la mayor responsabilidad a la empresa usuaria que se beneficia económicamente del trabajo del personal que es desplazado a sus instalaciones.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

---

La subcontratación constituye la expresión jurídica por excelencia del fenómeno organizativo empresarial denominado descentralización productiva, siendo a decir de algunos su “efecto estrella”. Somos conscientes de la dificultad de emplear un término específico para referirse a la subcontratación, pues en el seno de la OIT inclusive las discrepancias idiomáticas fueron un factor que impidió la aprobación de un Convenio Internacional del Trabajo.

En efecto, al no lograrse un consenso en la Conferencia Internacional de la OIT para aprobar un Convenio Internacional en materia de subcontratación, la OIT optó por abordar dicho fenómeno jurídico a partir de la relación de trabajo. La OIT busca contrarrestar la creciente tendencia a sustituir el contrato de trabajo por contratos de otra naturaleza cuya finalidad es evadir la protección del Convenio Internacional del Trabajo N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo. Así, se adopta la Recomendación (198) el año 2006, norma de gran importancia toda vez que en los hechos resulta difícil determinar la existencia de una relación de trabajo, por lo que se necesitaba un instrumento internacional que contenga pautas de cómo hacerlo.

Pese a la dificultad anotada, tomamos posición por la clasificación oitiana de la subcontratación entre la relativa a la producción de bienes o prestación de servicios y la de mano de obra.

Nuestra legislación regula a la subcontratación en forma deficiente. A contracorriente de lo que ocurre en este continente y en otras latitudes, incluye dentro de la subcontratación de mano de obra, a la que denomina “intermediación laboral”, supuestos en los que el subcontratista presta servicios o ejecuta obras que debieran ser considerados como subcontratación empresarial.

La normativa que data de 2002 la conforma la Ley N° 27626, y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR. La subcontratación empresarial, denominada “tercerización de servicios”, se encuentra normada en forma limitada por la Ley N° 29245, el Decreto Legislativo N° 1038, y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 006-2008-TR. Estas disposiciones excluyen de su contenido protector a aquella subcontratación sin desplazamiento de trabajadores o la que se refiera a actividades de carácter auxiliar o accesorio para la empresa principal. Discrepamos con dicha exclusión.

Como modelo de negocio, la descentralización productiva como forma de hacer negocio resulta sumamente ventajosa para la empresa principal o usuaria de la misma, toda vez que la hace más competitiva, reduce costos salariales así como gastos administrativos, y le permite adaptarse con mayor velocidad a los cambios, entre otros aspectos favorables. Las subcontratistas, por su parte, obtienen las ganancias que las motivaron a ingresar a este esquema de negocio. Los trabajadores generalmente no encuentran ventaja alguna en la subcontratación salvo que fuese una de las pocas posibilidades de empleo en un escenario de escasez de trabajo, supuesto inverso a lo que viene ocurriendo en nuestro país. El personal sufre de una disminución de sus condiciones de trabajo pues las mismas se precarizan, pierde la estabilidad laboral y recibe unos magros ingresos.

No pretendemos de ninguna manera descalificar a la externalización per se, pues la misma constituye una forma válida de hacer negocios, pero sí objetar a aquellas cuya única finalidad es reducir costos laborales en tanto a la larga se organizarán en forma fraudulenta de ser necesario, con el simple ánimo de “externalizar la planilla”.

Lamentablemente nuestro ordenamiento laboral carece de mecanismos adecuados de tutela que mitiguen los efectos nocivos de la subcontratación en las relaciones individuales como colectivas de trabajo. El legislador aún sigue permitiendo el empleo de contratos temporales para situaciones de naturaleza permanente al mantener la regulación de contratos a plazo fijo desvirtuados (“inicio o incremento de actividad”, artículo 57 de la LPCL), no modifica la normativa en materia de subcontratación a fin de corregir sus notorias deficiencias, mientras que el Poder Ejecutivo no se decide a fortalecer realmente a la Autoridad Administrativa de Trabajo para que cumpla el rol que le corresponde.

Al respecto, opinamos que nuestro ordenamiento no puede restringir irrazonablemente a esta modalidad vigente de conducir a las empresas, sino crear mecanismos de tutela laboral aplicables a nuestra realidad y no importados irreflexivamente de otros países, garantizando su eficaz cumplimiento a través del fortalecimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo y el Poder Judicial. Esperamos que así sea.