

# SUBCONTRATACIÓN Y CONTRATOS TEMPORALES. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

---

CÉSAR PUNTRIANO ROSAS<sup>(1)</sup>

---

## I. INTRODUCCIÓN

---

Desde hace unas décadas asistimos a mutaciones organizacionales en el trabajo en razón del advenimiento de la globalización, los cambios tecnológicos, y en general, al esfuerzo empresarial por estar 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 un cambio de paradigma organizacional en el cual surge el “adelgazamiento” empresarial como respuesta a las cambiantes necesidades de las corporaciones.

Este cambio en la organización se deriva de una nueva noción de competitividad empresarial cuyos elementos claves son la calidad y diferenciación en los productos y servicios<sup>(2)</sup>. Esto, sin duda, exige el acomodo de las empresas hacia un nuevo paradigma organizativo, tendiente a su especialización.

Si bien es cierto que la externalización de numerosas actividades por parte de las empresas puede ubicarlas en una posición frágil y vulnerable al entregar parte de su actividad productiva a terceros, la receta para mitigar dicha situación,

---

(1) Abogado y magíster en Derecho del Trabajo y la 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 PUCP y la Universidad ESAN. Director del Área Legal y Tributaria en PwC.

(2) Cfr. CORIAT, Benjamín. *Los desafíos de la competitividad*. Asociación Trabajo y Sociedad, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1994, pp. 38-40.

dicen algunos, es generar relaciones de confianza con los proveedores y subcontratistas, vínculos de largo plazo contruidos sobre ventajas recíprocas<sup>(3)</sup>. Las empresas son proclives a estos esquemas, pues genera beneficios a ambas partes, construyendo así relaciones sólidas que mitigan cualquier riesgo que pudiera derivarse del encargo de actividades relacionadas con su objeto social.

Este fenómeno 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 a aspectos esenciales de su actividad empresarial<sup>(4)</sup>. Ante esta irrupción de fenómenos descentralizadores, el Derecho del 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>(5)</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>(6)</sup>”.

Las consecuencias que estas fórmulas de organización empresarial tienen sobre el empleo son evidentes, toda vez que inciden en el incremento del empleo 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.

Es pues claro, y así se comprueba en nuestra realidad, que uno de los derechos más afectados por la subcontratación es la estabilidad en el empleo, tanto en su vertiente de entrada (preferencia por la contratación indefinida) como de salida (necesidad de causa justa para habilitar la desvinculación del personal). Se conoce que las empresas que son subcontratadas para prestar un servicio o ejecutar una determinada obra incorporan al personal en forma temporal (contratos de duración determinada),

---

(3) Ibidem, pp.46-47.

(4) Cfr. DEL REY GUANTER, Salvador y GALA DURÁN, Carolina. “Trabajo autónomo y descentralización productiva: Nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia”.

(5) Cfr. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. Ara Editores, Lima, 1997, p. 60.

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

con la finalidad de contar con un margen de flexibilidad y poder cesarlo cuando culmine el contrato con la empresa principal (cliente) o cuando esta solicita el cambio de trabajador. Esta situación genera que el derecho a la estabilidad laboral se encuentre sujeto a la voluntad mercantil de las empresas involucradas con lo que el trabajo del personal asignado a la subcontratación se equipara a una simple mercancía, a un mero anexo (accesorio) al contrato interempresarial.

Lamentablemente, nuestro legislador ha prestado una atención mínima a este importante impacto en la estabilidad laboral<sup>(7)</sup>, así como a otros efectos naturales de la subcontratación como los que se producen en las relaciones colectivas de trabajo y que, sin duda, poseen una gran implicancia en las condiciones de contratación del personal.

En la presente ponencia relataremos algunos efectos (nocivos) de la subcontratación en la estabilidad laboral<sup>(8)</sup>, pero por cuestiones de espacio nos concentraremos en la estabilidad laboral de entrada, dejando para otro momento el estudio del efecto de este fenómeno en la estabilidad de salida.

Antes de plantear nuestras ideas, conviene dejar por sentado que mediante el término “subcontratación” nos referimos al correlato jurídico de la descentralización productiva, cuya acepción, de acuerdo a la categorización propuesta por Ermida<sup>(9)</sup>, adoptamos en su sentido amplio, y que además, clasificamos, al igual que la Organización Internacional del Trabajo en subcontratación de producción de

---

(7) Decimos “mínima”, pues a través del Decreto Supremo N° 020-2007-TR se establecieron algunas “garantías de derechos laborales” que, si se analizan con detalle no pasaban de constituir una mera repetición de mecanismos de tutela previstos en forma limitada en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico.

(8) Ermida proporciona una definición de estabilidad laboral que conviene citar, considerándola como “la garantía de permanencia en el empleo asegurada a ciertas especies de empleados, consistente en la imposibilidad jurídica de ser despedido, salvo la existencia de causa justa expresamente prevista” (Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar. “La estabilidad del trabajador en la empresa ¿protección real o ficticia? En: *Monografías jurídicas*. N° 4, Editorial Acali, Montevideo, 1983. p. 24).

En nuestra opinión, la estabilidad laboral supondrá la resistencia a la resolución del contrato de trabajo salvo que exista causa justa, la cual deberá encontrarse tipificada en la normativa correspondiente. En esa medida, y en aplicación de la libertad de empresa, reconocida también en nuestra Constitución, (artículo 59), el empleador podrá despedir al trabajador de presentarse una causa justificada. (artículo 22 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, en adelante, LPCL). Asimismo, el derecho a la estabilidad laboral posee dos frentes, la estabilidad laboral de entrada (preferencia por los contratos de duración indeterminada) y la estabilidad laboral de salida (resistencia a admitir la terminación unilateral del contrato por voluntad del empleador).

(9) Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO Natalia. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Organización Internacional del Trabajo, Proyecto FSAL, Lima, 2009, quien 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 supone únicamente la subcontratación empresarial y deja de lado el suministro de mano de obra.

bienes o prestación de servicios y subcontratación de mano de obra<sup>(10)</sup>. En términos normativos, la primera de ellas es denominada en nuestro ordenamiento como “tercerización”, encontrándose regulada por la Ley N° 29245, el Decreto Legislativo N° 1038 y el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, mientras que la segunda es conocida como “intermediación laboral”, siendo sus disposiciones principales la Ley N° 27626 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR.

## II. USO INTENSIVO DE CONTRATOS TEMPORALES Y RUP-TURA DEL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD

---

Siendo la contratación a plazo indefinido una de las manifestaciones del principio de continuidad, la contratación a plazo fijo se presentaría como una excepción a dicho principio. En términos conceptuales entonces, podemos afirmar que la contratación a plazo fijo se rige por otro principio del Derecho del Trabajo, el denominado principio de causalidad, a partir del cual la contratación sujeta a modalidad es procedente si el objeto de la misma es el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la presencia de determinadas circunstancias o por la naturaleza temporal o accidental del servicio a prestar<sup>(11)</sup>. Será fundamental que el empleador demuestre que existe una causa objetiva que lo habilite para contratar a su personal por un tiempo determinado.

Nuestro ordenamiento laboral no ha sido ajeno a la aplicación del principio de continuidad en lo relativo a la contratación, recogiendo expresamente la preferencia por la contratación indefinida en el Decreto Ley N° 18138 (año 1970), por el cual el Gobierno Militar de aquel entonces reguló a la contratación a plazo fijo como excepción, señalando que los contratos a plazo fijo o de duración determinada solamente eran procedentes para cubrir labores de naturaleza temporal o accidental previamente comprobadas.

---

(10) Sobre este tipo de subcontratación podría entenderse que propiamente no ocurre una manifestación de descentralización productiva, pues no se está externalizando actividades sino contratado a una empresa para que suministre personal. 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” (Cfr. ÉRMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO Natalia. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Organización Internacional del Trabajo, Proyecto FSAL, Lima, 2009, p. 29).

(11) Véase Casación N° 1817-2004-Puno del 11 de julio de 2006.

Una primera manifestación de flexibilidad se evidencia con el Decreto Ley N° 22342 de noviembre de 1978, vigente hasta la actualidad, que permite la posibilidad de contratar en forma temporal y sin límite alguno a personal en empresas dedicadas a la exportación no tradicional. Posteriormente en julio de 1986 se crea el Programa Ocupacional de Emergencia (Proem), vigente hasta diciembre de 1990, el cual permitió contratar trabajadores a plazo determinado sin exigencia de causalidad.

La flexibilidad se acentúa a inicios de la década de los años noventa a partir de la expedición del Decreto Supremo N° 077-90-TR, reglamento del Decreto Ley N° 18138, que introduce una serie de modalidades de contratación temporal, y la Resolución Ministerial N° 430-90-TR que hace más fáciles los trámites de aprobación de los contratos a plazo fijo. Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo de 1991 recoge la regulación de los denominados “contratos sujetos a modalidad”, la cual se mantiene hasta la actualidad, normando nueve (9) tipos de contratos de duración determinada, refiriéndose a dos (2) comprendidos en regímenes especiales y uno (1) de regulación abierta<sup>(12)</sup>.

Este incremento de modalidades de contratación determinada, que vino a constituir una de las principales medidas desreguladoras de la década de los años noventa puede resultar cuestionable, tanto por precarizar e individualizar las relaciones laborales como por fortalecer aún más la posición del empleador frente al trabajador<sup>(13)</sup>, sin perjuicio de los errores de técnica legislativa al momento de su regulación. Frente a ello, como contrapeso jurídico, aunque debilitado, se mantiene la presunción a favor de la contratación a plazo indefinido<sup>(14)</sup>.

Si bien la regulación de los contratos a plazo fijo es permisiva, lo cual ha generado su uso abusivo por parte de algunos empleadores al considerarlos una válvula de escape contra la rigidez existente para desvincular personal, invocando el Derecho Constitucional al Trabajo previsto en el artículo 23 de la Constitución, y el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

---

(12) Artículo 82.- “Otras contrataciones bajo modalidad

Cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en el presente Título podrá contratarse, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse”.

(13) Una visión crítica a la regulación a plazo fijo derivada de la flexibilización de la década de los noventa puede encontrarse en: CAMPANA, David y PRELLE, Herbert. “La reforma normativa de la contratación laboral durante los noventa: ¿Flexibilidad o precarización?”. En: *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Documento de Trabajo N° 124, Organización Internacional del Trabajo, 2000.

(14) “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)”. Artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

(LPCL)<sup>(15)</sup>, la irregular aplicación de estas modalidades puede corregirse. El problema, radica en que nuestro sistema no permite una corrección a priori sino a posteriori, desde que la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) opera como mesa de partes de los contratos y los fiscaliza posteriormente (cuando eventualmente lo hace)<sup>(16)</sup>.

El segundo párrafo del artículo 4 de la LPCL ya citado dispone que “(...) el contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece”. Advertimos que la legislación limita la libre celebración de los contratos a plazo fijo estableciendo una reserva legal para determinar los casos en que se pueden celebrar así como los requisitos aplicables.

En términos generales, la contratación a plazo fijo en nuestro ordenamiento se encuentra prevista en los artículos 53 y siguientes de la LPCL<sup>(17)</sup>, contemplando

---

(15) Texto aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR.

(16) La flexibilización en la contratación laboral también fue de índole administrativo toda vez que se varió la aprobación previa de los contratos a plazo fijo por una aprobación automática y fiscalización posterior. Anteriormente la AAT emitía una resolución aprobando expresamente la contratación laboral a plazo fijo, manteniéndose únicamente dicha aprobación para los contratos de personal extranjero y los contratos para la exportación de productos no tradicionales.

(17) Si bien el régimen de contratación para la exportación no tradicional no es objeto de este trabajo, al tratarse de un contrato temporal especial regido por sus propias normas, nos parece importante efectuar algunas referencias a su regulación legal:

El Decreto Ley N° 22342, establece un régimen de contratación laboral especial para las empresas que se dediquen a la exportación de productos no tradicionales.

El citado régimen especial de contratación laboral faculta a las empresas industriales de exportación no tradicional que exporten –directamente o por intermedio de terceros– el 40 % del valor de su producción anual efectivamente vendida, a contratar personal eventual en el número que requieran y cuantas veces sea necesario, siempre que cuenten con un contrato de exportación y con un programa de producción de exportación para satisfacer el contrato.

Los contratos de trabajo celebrados al amparo de este régimen especial de contratación laboral deben observar las siguientes formalidades:

a) Forma escrita;

b) Señalar específicamente la labor a efectuarse y el contrato de exportación, orden de compra o documento que la origine;

c) Presentación en triplicado ante la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los quince (15) días naturales posteriores a su celebración, adjuntando el contrato de exportación o cualquier otro documento que acredite la condición de exportadora de la empresa.

La autoridad laboral tendrá sesenta (60) días para pronunciarse respecto de los contratos de trabajo presentados para su aprobación, si no lo hace se tendrán por aprobados. Si transcurridos sesenta (60) días no se pronuncia respecto de los contratos presentados, estos se tendrán por aprobados.

En cuanto a los derechos laborales que corresponden a estos trabajadores, estos corresponden al régimen laboral de la actividad privada.

En suma, es importante tener en cuenta que, en atención a la naturaleza de este régimen legal, la contratación de personal bajo esta modalidad debe responder justamente a la actividad de exportación y al

nueve modalidades en forma expresa<sup>(18)</sup> y añadiendo un artículo que permite emplear cualquier otra modalidad de contratación que no pueda ser subsumida en las nueve siempre y cuando sea de naturaleza temporal (art. 82).

De los nueve contratos temporales, y antes de estudiar aquel que se emplea en forma mayoritaria en la subcontratación, conviene referirnos al contrato por inicio o incremento de nueva actividad, “segundo en el *ranking*”, cuyo carácter temporal obedece únicamente a la fijación de un plazo máximo de duración por decisión del legislador y no a su naturaleza temporal. Se trata de un contrato regulado a la medida del empleador toda vez que la causalidad es absolutamente inexistente.

Respecto al mismo, Sanguineti<sup>(19)</sup> señala que su fundamento se haya no en la naturaleza de las labores sino en la incertidumbre de una nueva actividad empresarial. Así, la incertidumbre justificaría el empleo de contrataciones iniciales de carácter temporal, a fin de facilitar la extinción de aquellas en caso del fracaso de la nueva actividad empresarial. Elmer Arce, por su parte, afirma que este contrato es de claro perfil proempresarial, ello debido a que se “exime al empleador de su responsabilidad por un posible fracaso empresarial y se traslada el riesgo del negocio a los trabajadores”<sup>(20)</sup>. En otras palabras, se rompe con el principio de ajenidad propio del contrato de trabajo toda vez que el riesgo de la actividad empresarial es trasladada al personal cuando quien debía asumirlo en su totalidad es el empleador.

Si bien coincidimos con los autores citados, creemos que el contrato puede mantenerse únicamente cuando inicie operaciones una nueva empresa y no para el incremento de las actividades ya existentes al interior de la misma como ocurre hoy en día<sup>(21)</sup>. Dado que la contratación temporal constituye una excepción

---

programa respectivo. En ese sentido, se deberán evaluar los puestos a cubrir bajo esta modalidad a fin de determinar si su empleo es apropiado.

(18) Estas son: (i) por inicio o incremento de nueva actividad, (ii) necesidades de mercado, (iii) reconversión empresarial, (iv) ocasional, (v) suplencia, (vi) emergencia, (vii) obra determinada o servicio específico, (viii) intermitente, (ix) temporada.

(19) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los contratos de trabajo de duración determinada*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 31.

(20) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Palestra, Lima, 2008, p. 190.

(21) El Anteproyecto de Ley General de Trabajo (2011) elaborado por la Comisión de Expertos conformada por los juristas Carlos Blancas Bustamante (Presidente de la Comisión), Alfonso de los Heros Pérez – Albela, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis, Jaime Zavala Costa y Alfredo Villavicencio Ríos contempló en su artículo 20 al contrato por inicio de actividad, estableciendo que, “(...) es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originado por el **inicio de la actividad de una nueva empresa**. Solo puede ser utilizado dentro de los dieciocho (18) meses contados desde el inicio de la actividad empresarial. Si cumplido dicho plazo, la actividad empresarial continúa, los contratos vigentes se convierten en contratos de duración indeterminada (...)” (el resaltado es nuestro).

frente a la regla (contratación indeterminada), el tiempo de duración de este contrato debería ser mucho menos a los tres (3), siendo razonable por ejemplo que se reduzca a un año. Una alternativa menos gravosa para el trabajador consistiría en no considerarlo como un contrato temporal sino como un contrato indefinido especial, limitando su plazo a un año y fijando una indemnización especial a los trabajadores que sean contratados bajo esta modalidad y cesados al vencimiento.

El primer lugar lo ostenta la modalidad denominada “para obra determinada o servicio específico” al ser la más empleada en la subcontratación, tal y como se advierte en los cuadros que reproducimos seguidamente:

<b>TRABAJADORES EN EMPRESAS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL, SEGÚN TIPO DE CONTRATO - JUNIO 2014</b>	
<b>TIPO DE CONTRATO</b>	<b>Nº DE TRABAJADORES</b>
A PLAZO INDETERMINADO - D.LEG. N° 728	40,765
A TIEMPO PARCIAL	3,188
POR INICIO O INCREMENTO DE ACTIVIDAD	20,298
POR NECESIDADES DEL MERCADO	11,401
POR RECONVERSIÓN EMPRESARIAL	19
OCASIONAL	1,399
DE SUPLENCIA	1,103
DE EMERGENCIA	39
PARA OBRA DETERMINADA O SERVICIO ESPECÍFICO	47,915
INTERMITENTE	7,868
DE TEMPORADA	572
DE EXPORTACIÓN NO TRADICIONAL - D.LEY N° 22342	1
DE EXTRANJERO - D.LEG. N° 689	4
A DOMICILIO	-
FUTBOLISTAS PROFESIONALES	-
AGRARIO - LEY N° 27360	-
MIGRANTE ANDINO - DECISIÓN 545	5
OTROS NO PREVISTOS	2,620
NO DETERMINADO	2
<b>TOTAL</b>	<b>137,199</b>

**Fuente:** Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo / OGETIC / Oficina de Estadística.

**Base de datos:** Planilla electrónica / T-Registro y Plame 2014.



TRABAJADORES EN EMPRESAS DE TERCERIZACIÓN, SEGÚN TIPO DE CONTRATO - JUNIO 2014	
TIPO DE CONTRATO	Nº DE TRABAJADORES
A PLAZO INDETERMINADO - D.LEG. Nº 728	12,626
A TIEMPO PARCIAL	1,274
POR INICIO O INCREMENTO DE ACTIVIDAD	12,317
POR NECESIDADES DEL MERCADO	11,833
POR RECONVERSIÓN EMPRESARIAL	20
OCASIONAL	90
DE SUPLENCIA	73
DE EMERGENCIA	16
PARA OBRA DETERMINADA O SERVICIO ESPECÍFICO	44,097
INTERMITENTE	7,747
DE TEMPORADA	396
DE EXPORTACIÓN NO TRADICIONAL - D.LEY Nº 22342	-
DE EXTRANJERO - D.LEG. Nº 689	24
A DOMICILIO	-
FUTBOLISTAS PROFESIONALES	-
AGRARIO - LEY Nº 27360	1
MIGRANTE ANDINO - DECISIÓN 545	11
OTROS NO PREVISTOS	1,775
NO DETERMINADO	1
<b>TOTAL</b>	<b>92,301</b>

**Fuente:** Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo / OGETIC / Oficina de Estadística.

**Base de datos:** Planilla Electrónica / T-Registro y Plame 2014.

La regulación del contrato para obra determinada o servicio específico contemplada en el artículo 63 de la LPCL es bastante deficiente, pues se indica que se celebra “con objeto previamente establecido y de duración determinada”. Sanguineti, con quien concordamos en este punto, afirma que la obra a realizar debe poseer un alcance transitorio distinguible de la actividad permanente de la empresa<sup>(22)</sup>. Debe tratarse en efecto de una necesidad transitoria a ser satisfecha con este tipo de contratos. Asimismo, la necesidad debe ser habitual pues

(22) Cfr. SANGUINETI. *Los contratos ...* Ob. cit., p. 76.

la no habitualidad nos conduce al contrato ocasional regulado en el artículo 60 de la LPCL<sup>(23)</sup>.

Sobre este contrato, el TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 00525-2010-PA/TC ha señalado que: “Si bien de la simple lectura de artículo 63 de la LPCL, se desprende que para la aplicación de los contratos para obra determinada o servicio específico, modalidad empleada en el caso de autos, se requiere únicamente un objeto previamente establecido y una duración determinada en directa relación con la obra o servicio objeto de la contratación, no puede interpretarse la calificación de tales requisitos fuera del marco constitucional.

Así, se entiende que esta modalidad contractual no puede ser empleada para labores de naturaleza permanente que podrían ser realizadas por un trabajador estable, **sino que se trata más bien de una modalidad contractual que le permite al empleador dar cobertura a aquellas labores temporales o estrictamente especializadas que no forman parte de las labores permanentes de la empresa, y que requieran un plazo determinado, sustentado en razones objetivas, que puede ser renovado en la medida en que las circunstancias así lo ameriten.** Lo contrario, es decir, permitir que esta modalidad de contratación “por obra determinada” o “servicio específico” sea usada para la contratación de trabajadores que van a realizar labores permanentes o del giro principal de la empresa, vulneraría el contenido del derecho al trabajo en su segunda acepción” (énfasis nuestro)

En lo que a subcontratación se refiere, los cuadros anteriores sustentan la gran utilización de este tipo de contratos por parte de las subcontratistas para incorporar al personal que requieren para prestar sus servicios o ejecutar las obras a favor de sus clientes. Respalda dicha contratación de duración determinada, alegando que la actividad que realizan a favor de la empresa principal es de naturaleza temporal, siendo esta “naturaleza” fijada por la duración determinada del contrato obra o servicio celebrado con la principal. En palabras de Gorelli, “el contrato puede ser temporal pues el vínculo contractual entre dos empresas actúa como límite temporal, de manera que los servicios del trabajador se van a desarrollar mientras el encargo de la principal se mantenga”<sup>(24)</sup>.

Este argumento, que genera una temporalidad debida a factores externos (duración del contrato mercantil entre subcontratista y empresa cliente) ocasiona

---

(23) Artículo 60 de la LPCL.- “El contrato accidental-ocasional es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis meses al año”.

(24) Cfr. GORELLI HERNANDEZ, Juan. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Grupo Difusión, Madrid, 2007, p. 101.

que la estabilidad laboral de los trabajadores de la subcontratista se sujete a la voluntad de la principal, pues si esta decide dar por terminado el contrato con la empleadora, esta procederá a culminar las relaciones laborales del personal que incorporó para satisfacer dicho negocio. Es irrazonable a nuestro entender que la vigencia del derecho a la estabilidad laboral se condicione a una decisión empresarial.

La doctrina española ha alertado de este peligro y que ello supondría parcelar artificialmente la actividad empresarial de la subcontratista, pues se permitiría que actividades permanentes o habituales para la subcontratista sean atendidas mediante la contratación temporal<sup>(25)</sup>.

En nuestro país, la doctrina descarta la utilización de este contrato de duración determinada en razón a que el servicio que presta la subcontratista califica como una actividad permanente de la empresa principal, lo cual implica que la voluntad de las empresas se vuelva en una causa de contratación temporal en el Perú<sup>(26)</sup>. En otras palabras, Arce objeta que una actividad de carácter permanente en cabeza de la empresa principal para cuya satisfacción no pueda contratar legalmente personal temporal pase a ser de naturaleza transitoria por el simple hecho de que la principal decida externalizarla. Sanguinetti comparte dicha opinión afirmando que “cuando la actividad sea permanente, dependiendo su temporalidad exclusivamente del recurso a técnicas de externalización de actividades, la celebración de un contrato del tipo que se viene analizando no debería ser admitida”<sup>(27)</sup>.

Soriano por su parte sentencia que “la fórmula jurídica más idónea para cubrir la actividad productiva de empresas que habitualmente y de forma continua prestan servicios para terceros, es la de la contratación indefinida. Pero ello no ha de impedir que en el marco de una contrata se recurra tanto al contrato de obra o servicio como a otras modalidades contractuales de carácter temporal, eso sí, siempre y cuando correspondan a la verdadera naturaleza y objeto del contrato en cuestión. (...) la temporalidad de la contratación en estos supuestos vendrá justificada por tratarse de actividades perfectamente aislables dentro de la actividad de la empresa que no perduran en el tiempo”<sup>(28)</sup>.

Lo anteriormente afirmado nos permite señalar lo siguiente:

---

(25) Cfr. SORIANO CORTÉS, Dulce. *Las contrataciones en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ediciones Mergablum, Sevilla, 2007. p. 200. Vide GORELLI. *La tutela*. Ob. cit., p. 104.

(26) Cfr. ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual...* Ob. cit., pp. 172-173.

(27) Cfr. SANGUINETI, *Los contratos ...* Ob. cit., p. 76.

(28) Cfr. SORIANO. Ob. cit., p. 202.

- (i) En un ordenamiento como el nuestro, en el que la regla en materia de contratación es la de duración indeterminada, la subcontratación no constituye una causa objetiva que habilita *per se* a la contratación temporal;
- (ii) Si la actividad que se subcontrata es de naturaleza permanente para la empresa principal, el personal que sea contratado por la subcontratista debe incorporarse en forma indeterminada.
- (iii) Si la subcontratista se dedica habitualmente a prestar servicios, realizar obras o proveer personal a empresas principales, lo cual es el negocio propio de las subcontratistas, atentará contra la estabilidad en el empleo y la causalidad exigible a los contratos a plazo fijo el incorporar personal mediante un contrato para obra determinada o servicio específico para satisfacer el requerimiento de mano de obra que le permita realizar sus actividades ordinarias. Ello en razón a la inexistencia de una necesidad transitoria que habilite la contratación temporal. Un ejemplo claro de este supuesto son las empresas contratistas mineras<sup>(29)</sup>.
- (iv) El contrato temporal para obra determinada o servicio específico no se encuentra vedado a las empresas subcontratistas, siempre y cuando la temporalidad que genera su empleo no obedezca a la celebración de un contrato con la empresa principal sino una razón interna de la propia empresa, por ejemplo, la necesidad de contratar temporalmente a un digitador una vez al año para actualizar un *software* de gestión de planillas.

No debemos dejar de advertir que las subcontratistas alegan como argumento principal la imposibilidad de reubicar al trabajador contratado para prestar un servicio temporal a una empresa cliente en otra área o en un cliente distinto dada la especificidad del servicio determinado. Nos referimos a aquellos casos en los

---

(29) De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 005-2008-EM la definición de empresa contratista minera, contempla lo siguiente: “Empresa contratista minera es la empresa que cuenta con autonomía funcional y patrimonio propio que le permite actuar en las actividades a que se refiere el numeral 11) del artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, y que ostente la calificación como tal, emitida por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas”. Del texto anterior es posible distinguir las características de este tipo de empresa, tales como su autonomía funcional y su patrimonio propio. Por otro lado, el numeral 11 del artículo 37 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Minería referido, precisa que los titulares de concesiones gozan del atributo de contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería.

que el cliente posea un requerimiento único e irreplicable, y por ende temporal, y solicite a la subcontratista que le provea trabajadores para su satisfacción. Creemos que en este caso podría justificarse la incorporación por parte de la subcontratista bajo la modalidad estudiada salvo que la actividad única e irreplicable para el cliente sea habitual para aquella, situación última que es la usual en el rubro.

Un tema detectado en la práctica consiste en que las empresas o cooperativas de trabajadores que realizan actividades de intermediación laboral (subcontratación de mano de obra) deben inscribirse en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de Intermediación Laboral (Reneeil) a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, el cual emite una constancia que opera como un permiso de operaciones. En dicha constancia se detallan las actividades autorizadas sea como servicios temporales, complementarios o altamente especializados, indicándose por ejemplo, si la empresa puede prestar servicios de auxiliar de limpieza, vigilancia, auxiliar de archivo, auxiliar de almacén, etc. Estas actividades son ampliadas en función de los requerimientos formulados por los clientes. Sobre este punto, un argumento que esgrimen las empresas de intermediación laboral es que el personal puede contratarse únicamente a pedido del cliente para una actividad solicitada por él, previa extensión del registro, y que no existe otro cliente al que se le preste un servicio similar que permita la rotación del trabajador a dicha unidad de negocio. Nuestra opinión respecto a esta afirmación se funda en el principio de ajenidad en los riesgos. El riesgo del negocio corresponde al empleador y no al trabajador por lo que no puede trasladársele. Una lectura favorable a dicha posición de la subcontratista infringiría el Derecho al Trabajo y la estabilidad laboral del trabajo, pues se evidenciaría su sujeción a la sola voluntad de las partes, omitiendo toda consideración a la ya mencionada titularidad del riesgo empresarial. Lo propio en este caso es contratar al personal en forma indeterminada y en todo caso cubrir su indemnización. Este “costo” normalmente no es aceptado en cuenta por las empresas principales, quienes contratan a la subcontratista que le plantea una tarifa menor, razón por la cual se recurre a la contratación temporal. No se trata de una cuestión siquiera principista sino de un afán meramente lucrativo.

Pese a la razonabilidad de la tesis esbozada en los párrafos anteriores, y compartida por nosotros, la cual se basa en la real vigencia del derecho al trabajo y a la estabilidad laboral del personal subcontratado, el Tribunal Supremo Español (TS) ha asumido una posición proempresarial en cuanto a la utilización de este tipo del contrato para obra determinada o servicio específico en la subcontratación, al

señalar en la STS N° 7664/2005 del 5 de diciembre de 2005<sup>(30)</sup> que: “(...) constituye doctrina de esta Sala la posibilidad de que el contrato de trabajo temporal para la realización de una obra o servicio determinados, (...) sea válidamente concertado por la empresa contratista de una concreta actividad productiva encomendada por otra, ya que, (...) una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa, objetivamente definida, y esa es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por lo tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga”, añadiendo más adelante que “lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato”.

La posición del TS fue posteriormente ratificada en la STC Exp. N° 4975/2007 del 14 de junio de 2007, cuyo considerando cuarto reitera la unificación jurisprudencial hecha por el Tribunal y que comentamos seguidamente:

“CUARTO.- Esta Sala en relación a los contratos de obra o servicio determinados concertados, en casos de contrataciones de empresas de seguridad en su sentencia del 15/01/1997 (R-3827/95) seguida de la de 08-06-1999 (R-3009/98), tras reconocer la existencia en la doctrina de la Sala de algunas divergencias de criterio sobre la posibilidad de que la duración de una contrata pueda actuar como límite de la duración del vínculo laboral en el curso de un contrato de obra o servicio determinado, unificó la doctrina en los siguientes términos:

1) Se recoge en primer lugar que en estos casos es claro que no existe, desde la perspectiva de la actividad de la empresa principal ‘un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización’ (...).”

En este primer acápite la Sala reconoce que al recurrir a la subcontratación, la empresa principal no se encuentra ante una necesidad transitoria sino que se trata de una actividad permanente. Si bien ello no es señalado expresamente, puede inferirse de la afirmación del Colegiado, pues no se subcontrata

---

(30) Sentencia recaída en el proceso seguido por Laura, Cecilia y Daniela contra Unitono Servicios Externalizados S.A., Avanza Externalización de Servicios S.A. sobre despido. La resolución obtenida del Buscador de Jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial español (CENDOJ), al cual se puede acceder en el siguiente portal web: <<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>>.

para la realización de una obra puntual o la prestación de un servicio determinado, supuestos que habilitarían a la propia empresa principal a contratar personal temporal bajo la modalidad de obra determinada o servicio específico y no recurrir a una subcontratista.

Añade la Sala en el epígrafe segundo que: “2) (...) se reconoce que en estos casos existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa contratista, (...) esa necesidad está objetivamente definida y que esa es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar, que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga este”.

Y luego se contradice, pues sostiene que: “3) (...) no cabe objetar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción) (...)”.

Advertimos una contradicción, pues el TS considera que la subcontratista (o contratista como la denomina) experimenta una necesidad temporal derivada del contrato con la empresa principal para prestar un servicio o realizar una determinada obra y posteriormente afirma que dicha situación temporal constituye la actividad normal de aquella. Es claro, entonces, que no se trata de una circunstancia transitoria que habilite la incorporación temporal de personal en la subcontratista sino su actividad normal (permanente), la cual debe cubrirse con trabajadores indeterminados. Es conveniente hacer un deslinde con las actividades de construcción, “el supuesto típico” como lo denomina el Tribunal. En esos casos efectivamente nos encontramos ante una actividad naturalmente temporal y que justifica la incorporación temporal del personal, el problema es que el TS extiende su jurisprudencia a otras actividades económicas.

Añade el TS que “(...) tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que este pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, (...) lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato”. Discrepamos con esta afirmación, pues, sin duda, es decisivo para el análisis que la actividad subcontratada sea de carácter permanente para la empresa principal y que ello opere como límite a la contratación temporal de personal por parte de la subcontratista para su realización. Lo contrario, como se señaló anteriormente, implicará la validez de la conversión de un puesto de trabajo permanente a uno temporal por su mera externalización.

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido un tibio acercamiento a esta situación en la sentencia recaída en el Exp. N° 00804-2008-PA/TC, proceso de amparo seguido por Julio Eduardo Pezantes Alva contra la Empresa de Seguridad Vigilancia y Control S.A.C., Esvicsac, al considerar que el contrato de trabajo para obra determinada o servicio específico que el trabajador celebró con la mencionada empresa se habría desnaturalizado (convertido en indeterminado) en tanto el servicio de vigilancia que presta a la empresa usuaria es de carácter permanente. Este razonamiento supera a la posición del TS pero dada su singularidad nos impide considerarlo como un pronunciamiento jurisprudencial de carácter vinculante.

Posteriormente, en una sentencia emitida en enero de 2012, correspondiente al Exp. N° 03528-2011-PA/TC, proceso de amparo seguido por Jaime Cco-pa Ramos contra la empresa de Construcción, Refacción y Mantenimiento S.R. L. (Corema), el Tribunal Constitucional convalidó con total ligereza como causa objetiva para la contratación de un trabajador bajo la modalidad de obra determinada o servicio específico, el contrato de locación de servicios celebrado entre Corema y la empresa Southern Perú Copper Corporation, para el mantenimiento y refacción de líneas férreas de esta última. Resulta discutible que, si la empresa Corema se dedica a la construcción, refacción y mantenimiento como su denominación social lo indica, pueda incorporar personal a plazo fijo alegando que la celebración de un contrato justamente para realizar su objeto social constituya una necesidad temporal que le exija contratar personal en forma transitoria.

Como es evidente resulta complicado fallar en contra del uso mayoritario del contrato temporal para obra determinada o servicio específico en la subcontratación, pero creemos que existen argumentos jurídicos para ello.

### III. CONCLUSIONES

---

La subcontratación, qué duda cabe, se sustenta en el derecho constitucional a la libertad de empresa, sin embargo, ello no supone que la misma pueda ejercerse en forma ilimitada. Son los derechos de los trabajadores involucrados en la subcontratación un límite importante a los efectos que aquella pueda desplegar en las relaciones laborales involucradas, es decir, en las que corresponden al personal de las subcontratistas como de la empresa usuaria. De ahí que la subcontratación ceda ante el derecho a la estabilidad laboral, no siendo causa suficiente para permitir la precarización de las condiciones de trabajo del personal tanto en el ingreso a laborar (uso intensivo de contratos temporales), en las remuneraciones, horarios de trabajo y demás aspectos generados durante la vigencia del vínculo



laboral, como en su cese en el empleo (ausencia de estabilidad, subcontratación como causa de despido).

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. Es más, recientemente se ha “frenado” a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) con un dispositivo que privilegia un rol orientador y coloca tope a las multas que pudieran imponerse (Ley N° 30222, Disposición Complementaria Transitoria).

La realidad nos indica que este relajamiento de tutela en lo que a la estabilidad de entrada se refiere, permite el uso (y abuso) del empleo de contratos temporales para incorporar personal en la subcontratación, con el fin de que el empresario no se complique con la rígida estabilidad laboral (de salida) imperante cuando se vea impedido de cesar sin causa justa. Esta medida asoma como irrazonable pues, sin cerrarse la puerta a la contratación a plazo fijo en la subcontratación, esta debería quedar limitada para actividades cuya naturaleza sea realmente temporal para la empresa principal.

El fenómeno de la subcontratación es una herramienta adecuada para la organización empresarial, sin embargo, es tarea nuestra como operadores jurídicos el diseñar su estructura de manera tal que respete los derechos laborales de los trabajadores, como el de negociación colectiva, a la remuneración mínima, y qué duda cabe, el de estabilidad en el empleo.