**“PRIMACÍA DE LA REALIDAD, INTERMEDIACION
LABORAL Y TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS;
SU APLICACIÓN EN EL ORIGEN, DESARROLLO Y
FINALIZACIÓN DE LAS ACTUACIONES INSPECTIVAS”**

PEDRO G. MORALES CORRALES⁽¹⁾

I. PRIMACÍA DE LA REALIDAD

1. Aspectos Generales del Principio Protector

El Derecho del Trabajo tiene su razón de ser en la protección normativa que proporciona a la parte más débil de la relación contractual: el trabajador, de tal modo de evitar o cuando menos suavizar o limitar las imposiciones exageradas o abusivas que pueda plantear el empleador al inicio de la relación laboral y/o durante su ejecución. En consecuencia la tuición propia de esta rama del derecho corresponde en esencia a la ley, en su sentido lato, siendo las autoridades administrativas y judiciales, de acuerdo a su competencia, los operadores de dicha tuición normativa.

El Derecho del Trabajo, como rama autónoma, cuenta con principios propios que la distinguen de otras ramas del Derecho.

De una revisión de los principios recogidos por el recordado maestro Américo Plá Rodríguez, a saber: (i) principio protector; (ii) irrenunciabilidad; (iii) continuidad; (iv) primacía

(1) Ex Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad de Lima, Socio del Estudio Echeconpar, quien expresa su reconocimiento al estudiante de Derecho de la Universidad de Lima, Sr. Duilio Nicolini Barco, por el eficiente apoyo brindado para la elaboración de esta Ponencia Oficial.

de la realidad; (v) razonabilidad; (vi) buena fe; y, (vii) no discriminación, sin duda que, el principio protector cumple una función rectora y los demás principios, hasta cierto punto, vienen a constituir una especie o manifestación del principio protector.

Como sostiene Plá⁽²⁾ “El principio protector se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que este, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: El trabajador”.

De la revolución industrial, origen más remoto de lo que actualmente conocemos como Derecho del Trabajo en el mundo occidental, hasta la fecha, los puestos de trabajo han resultado ser siempre un bien escaso, pues existe una demanda superior de estos, frente a la oferta de los mismos. Ya en la 87ª Conferencia Internacional del Trabajo de 1999, la memoria de su Director General, Sr. Hansene, denominada “Trabajo Decente”, manifiesta que: “según los estimados de la OIT, hay en el mundo 150 millones de desempleados absolutos, pero la realidad es mucho más sombría, ya que otros muchos tienen que ganarse la vida con un trabajo ocasional, o por cuenta propia, muy poco productivo, o al amparo de otras formas de sub empleo pese a los años de esfuerzo, la situación no da muestras de mejorar⁽³⁾. Lo cierto es que, a inicio del año 2006, según las propias estimaciones de la OIT la cifra de desempleo aumentó, alcanzando a 191.8 millones de desempleados en todo el mundo.⁽⁴⁾”

Y es el desequilibrio entre la oferta y la demanda de puestos de trabajo que origina, de manera general, (porque existen excepciones como podría ser el caso de algunos cargos de dirección), conductas incorrectas del empleador que, buscando su solo beneficio (mayores utilidades), sacrifica las condiciones laborales de quienes le prestan servicios, que antes del surgimiento del Derecho del Trabajo implicaron una situación de verdadera explotación con características infrahumanas que fueron las que dieron motivo a los movimientos sociales de los siglos XVIII, XIX y parte del XX.

Sin embargo, en los últimos años se comienza a dar importancia al concepto de “responsabilidad empresarial” según el cual “el éxito no se alcanza solo a través de buenos resultados financieros/económicos sino necesariamente también mediante el desarrollo de los agentes que rodean a la empresa y participan directa o indirectamente en ella (*empleados, clientes, proveedores, socios, la comunidad en general*)”.⁽⁵⁾ Nótese entonces, que se viene presentando una posición favorable de un sector del empresariado mundial y local respecto de los derechos laborales como un requisito indelible de la actividad empresarial; que incluso llega a supeditar sus negocios con otras empresas a que se acredite que estas últimas cumplen igualmente con sus deberes laborales. Este es, sin duda un avance esperanzador en la conducta empresarial en la medida que llevar adelante una empresa, no solo significa el concurso del capital y de los consumidores, sino también del trabajo que es una de las causas eficientes de la generación de riqueza y que en consecuencia debe tener un trato apropiado

(2) Plá Rodríguez, Américo. “Los Principios del Derecho del Trabajo”, Segunda Edición Actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 23.

(3) Organización Internacional de Trabajo - Memoria del Director General. “Trabajo Decente”, Conferencia Internacional de Trabajo 87ª reunión, 1999, Primera Edición, p. 24.

(4) <http://www.univision.com> “Crece la tasa de desempleo en el mundo”

(5) Alarcón Piana, Marco “Responsabilidad Social”. Power point interno para el Estudio Echeopar, junio 2008, diapositiva 1.

en la medida que así lo exige la calidad de persona humana de quien lo presta, que se traduce en el término “dignidad”⁽⁶⁾.

2. Aspectos generales del Principio de Primacía de la Realidad

El principio de la primacía de la realidad, al cual nos referiremos en esta primera parte de la Ponencia, que según Plá⁽⁷⁾ “... significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”, tiene indudable sustento en el principio protector. Utilizando uno de los ejemplos más comunes, que no es otro que, cuando un empleador indebidamente contrata a un trabajador simulando la existencia de un contrato de locación de servicios, de naturaleza civil que en esencia supone la prestación de un servicio independiente, cuando en la realidad de los hechos esconde una verdadera prestación de servicios subordinada o dependiente, o sea, un verdadero contrato de trabajo, se establece esta situación a través del pronunciamiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o de la Comisión de Procedimientos Concursales, a efectos de determinar la existencia de un crédito laboral oculto, o del juez, que es definitiva en este tema, indudablemente que tiene por objeto proteger a la parte más débil de la relación contractual al hacer objetiva la existencia del contrato de trabajo con todas las consecuencias que se derivan de él: acceso a las condiciones de trabajo, derechos y beneficios sociales consagrados por la Constitución y la ley a favor de los trabajadores, así como a la seguridad social, que en un verdadero supuesto de locación de servicios no alcanzaría al locador.

Para Javier Neves Mujica⁽⁸⁾, el principio de la primacía de la realidad significa que “ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto, sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil enuncia que las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determina. Sobre esta base, el Derecho del Trabajo ha construido el llamado principio de la realidad”.

Javier Dolorier⁽⁹⁾ acota que, la aplicación de este principio “... generalmente se produce por la existencia de documentos que contradicen la naturaleza y realidad de los servicios que se prestan, pese al consentimiento formal de el trabajador”, para luego explicar el origen que obliga a aplicar este principio, manifestando que “al estar formado el Derecho Laboral de normas imperativas que otorgan beneficios a los trabajadores, existe el constante riesgo de que el empleador intente evitar su cumplimiento. La razón de esta tendencia reside en que la contratación laboral implique que el empleador debe otorgar al trabajador una serie de beneficios y pagos adicionales al de la remuneración, además de las aportaciones sociales por el Seguro Social de Salud ...”. “Como se puede apreciar, en su

(6) La Constitución Política del Perú establece en su artículo 1º que: “la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado”. A su vez el artículo 23º, en concordancia con el artículo anterior señala que: “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

(7) Plá Rodríguez, Américo, op cit. p. 243.

(8) Neves Mujica, Javier. “Introducción al Derecho Laboral”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2004, reimpresión de la segunda edición en septiembre de 2004, p. 36.

(9) Dolorier Torres, Javier. “Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en las Inspecciones del Trabajo”, en Actualidad Jurídica, Tomo 96, noviembre de 2001, pp. 55 y 56.

intento por reducir el costo de la mano de obra, las empresas tienen que recurrir a formas de contratación civil mediante contratos de locación de servicios, o simplemente incorporando personal sin cumplir con las formalidades que la legislación establece.”

Sin embargo este principio no solo es importante para establecer la existencia de la relación laboral, que constituye uno de los fines esenciales, ahí donde se le pretende disfrazar con una figura contractual civil, sino que también se aplica a multiplicidad de supuestos que se pueden dar con motivo de las modalidades formativas y de la ejecución del contrato de trabajo. Así, a modo de ejemplos, podemos citar los siguientes: (i) suscripción de un convenio de modalidad formativa como las prácticas pre-profesionales o profesionales, cuando en la realidad se trata de una persona que no cursa estudios técnicos o superiores o, cuando siguiendo dichos estudios, en la realidad realiza funciones ajenas o no vinculadas a la carrera que cursa; (ii) en este mismo orden de ideas, la suscripción de un convenio de capacitación laboral juvenil, que no cumple los requisitos para considerarse como tal y que en el fondo oculta una verdadera relación laboral; (iii) contratación de un trabajador en régimen de tiempo parcial con limitación de beneficios cuando en los hechos labora cuatro o más horas diarias o en promedio semanal; (iv) contratación a plazo fijo, cuando en la realidad no se dan las causas objetivas que se esgrimen en el contrato, en cuyo caso la consecuencia es que se establezca que la contratación es a plazo indeterminado, lo que a su vez trae consigo el tratamiento que corresponde respecto a la protección contra el despido arbitrario (reposición vía acción de amparo, según criterio erróneo del Tribunal Constitucional o indemnización según lo establecido por la Constitución y legislación vigentes); (v) contratación a plazo fijo utilizando una causa objetiva distinta a la que realmente corresponde a la labor temporal desarrollada; (vi) contratación de una empresa para la prestación de servicios que sirve de “pantalla” para ocultar una relación personal, subordinada y remunerada de servicios; (vii) contratación de una persona bajo locación de servicios para reemplazar a personal con contrato de trabajo; (viii) pago de una gratificación extraordinaria que no tiene carácter remunerativo cuando oculta el abono de una verdadera remuneración con todos los efectos colaterales que ello pueda ocasionar, por ejemplo un bono por cumplimiento de metas o productividad; (ix) pago “a cuenta de utilidades” (que no tiene carácter remunerativo), cuando estas no se generan, quedando en evidencia que se trata de un verdadero incremento de remuneraciones y que lo único que se perseguía era evitar los efectos colaterales en otros beneficios; (x) considerar como condición de trabajo un pago que en el fondo oculta un abono remuneratorio, como es el caso de considerar indebidamente como “movilidad” un estipendio que no responde a esa naturaleza, habida cuenta del cargo que desempeña el trabajador; (xi) contratar los servicios de empresas de intermediación laboral para la realización de prestaciones que no responden a los supuestos previstos por la ley; (xii) contratar a empresas para tercerizar servicios de la empresa usuaria, sin que la empresa tercerizadora acredite los requisitos que le permiten legalmente prestar esos servicios; (xiii) calificación de un puesto como de dirección o confianza sin que se cumplan los requisitos legales para ello; (xiv) celebración de un convenio de cese por mutuo disenso que oculta un despido arbitrario o formulación de una renuncia que igualmente oculta un despido arbitrario.

En todos los casos enunciados, así como en otros muchos más que se pueden dar en la realidad, en principio la carga de la prueba para demostrar la existencia real de los hechos y desvirtuar así lo que figura documentalmente, es del trabajador, en aplicación del artículo 27° de la Ley Procesal de Trabajo según el cual corresponde a las partes probar sus afirmaciones.

Es cierto que tanto la Autoridad Administrativa de Trabajo a través de sus servicios inspectivos como el juez laboral gozan de facultades de investigación suficientes que les debe permitir llegar a la realidad de los hechos por lo que, ante la insuficiencia de la prueba, el juez podría ordenar diligencias de investigación que le permitan llegar a esa realidad o desvirtuarlas.

En este sentido, se pronunció el Acuerdo sobre “Locación de Servicios y Contratos de Trabajo” adoptado por el Pleno Jurisdiccional Laboral celebrado en la ciudad de Tarapoto entre el 5 y el 8 de junio del año 2000 pues, en uno de sus considerandos se establece “que, por ello conforme al artículo 27 inciso 1 de la Ley Procesal de Trabajo corresponde al trabajador acreditar la existencia y en consecuencia la naturaleza laboral del vínculo contractual, *sin perjuicio de la actividad que debe desarrollar el juez de acuerdo a las propias facultades que le otorga la norma adjetiva para llegar a determinar la verdad material y poderse pronunciar en base a ella*” (cursivas agregadas).

Este Acuerdo consagró, en el ámbito jurisdiccional, la aplicación del principio de la primacía de la realidad que se venía aplicando con inusual frecuencia debido al sinnúmero de simulaciones que daban origen a procesos judiciales buscando tutela jurisdiccional efectiva para establecer la existencia de un contrato laboral allí donde se le había disimulado a través de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil; y lo hizo en los siguientes términos: “Primero: Si el juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicio civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el código civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan.”

Jurisdiccionalmente, en determinado momento (década de los 80) como expresión del principio de primacía de la realidad diversos pronunciamientos judiciales establecieron que el contrato de trabajo era un “contrato realidad”. Así por ejemplo, la resolución del tribunal de trabajo de 22 de mayo de 1980 recaída en el expediente N° 3232-79 señaló lo siguiente: “que para determinar la existencia de un vínculo de trabajo dependiente, prima el contenido de la relación y la forma en que se presta, sobre los términos del documento suscrito y la denominación que las partes hayan adoptado, por cuanto el contrato de trabajo es un contrato realidad,”⁽¹⁰⁾

De otro lado, ese principio tiene diversas manifestaciones en el ámbito administrativo. Por ejemplo en la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444 se recoge el Principio de Verdad Material (artículo IV 1.11) según el cual “en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aún cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan adoptado eximirse de ellas. En el caso de procedimientos bilaterales, la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público”.

(10) De los Heros Pérez Albela, Alfonso; Morales Corrales, Pedro. “Manual de Jurisprudencia Laboral. H y M Editores S.A.”, Editorial y Editora Gráfica EIRL, abril 1988, p. 167.

En el ámbito de la Ley General del Sistema Concursal N° 27809 en su texto original se establecía que “para el reconocimiento de los créditos de origen laboral *y siempre que el acreedor lo haya invocado*, la Comisión (de Procedimientos Concursales) *podrá* aplicar el principio de primacía de la realidad privilegiando los hechos verificados sobre las formas o apariencias contractuales que sustenten el crédito” (cursivas y entre paréntesis agregados). Adviértase que la aplicación del principio de primacía de la realidad se encontraba sujeto a dos requisitos: el primero, que el acreedor lo hubiera invocado; y, el segundo, que la Comisión decida aplicarlo; lo que revelaba un avance muy tímido en esta materia.

El artículo 40° de la Ley General del Sistema Concursal, bajo comentario, ha sido modificado por el Decreto Legislativo N° 1050 de 26 de junio del año 2008, en los siguientes términos: “para el reconocimiento de los créditos de origen laboral la Comisión *podrá* aplicar el principio de la primacía de la realidad, privilegiando los hechos verificados sobre la forma o apariencias contractuales que sustentan el crédito”.

A diferencia de la norma sustituida que requería que el acreedor invocara el principio de la primacía de la realidad para que la Comisión de Procedimientos Concursales pudiera aplicarlo, ahora ya no es necesario pues constituye potestad de la citada Comisión hacerlo. Si bien se trata de un avance, continúa siendo tímido en la medida en que no se trata de una obligación sino de una facultad de la Comisión y ello podría prestarse a tratamientos indebidos o discriminatorios. La norma, pues, debió ser mandataria.

En el ámbito administrativo tributario la Norma VIII, segundo párrafo, establece lo siguiente: “Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.”

Alberto Araoz Villena⁽¹¹⁾ menciona que la exposición de motivos, del referido segundo párrafo, señala que “esta norma establece la primacía de la realidad frente a las formas y estructuras jurídicas que el contribuyente manipule para no estar dentro del campo de aplicación del tributo. Mediante esta norma se aplicará la teoría del desvelamiento para los grupos económicos que implica el desconocimiento de las individuales (individualidades) jurídicas, cuando estas se utilicen fraudulentamente.” El autor continúa manifestando que en concordancia con la exposición de motivos “para los propósitos tributarios debería primar la realidad oculta y no la forma aparente, lo cual resulta entendible en los casos en que exista simulación, ...”.

Otro caso en que normativamente se aplicaría el principio de primacía de la realidad es el contemplado en el artículo 6° del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, en cuyo párrafo final se establece: “El empleador que contrate en calidad de independiente a quien, por la naturaleza de los servicios prestados, tiene la calidad de trabajador dependiente, será responsable de regularizar todos los aportes al SPP devengados en el correspondiente periodo, incluidos los intereses por mora. Esta obligación existe sin menoscabo de las sanciones que aplique el Ministerio de Trabajo y Promoción Social en función de las normas laborales pertinentes.”

(11) Araoz Villena, Alberto. “Una aproximación al correcto sentido y alcance de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario.”, en la Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario N° 44, abril de 2006, pp. 201 – 202.

Finalmente, en el ámbito jurisdiccional la Ley Procesal del Trabajo N° 26636 en el artículo I de su Título Preliminar, consagra como principio del proceso laboral, entre otros, el de veracidad, estableciendo en su artículo 28° que “el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios que considere conveniente, cuando los ofrecidos por las partes resulten insuficientes para producirle certeza y convicción”; es decir, el juez debe agotar los medios necesarios que le permitan llegar a la verdad real o “verdad verdadera”, de tal modo de poder administrar a cabalidad la justicia laboral.

3. Aplicación del el principio de la Primacía de la Realidad en la Inspección de Trabajo

Ahora bien, visto el tratamiento general de este principio, detengámonos en lo que es propio de esta Ponencia, es decir, cómo es que se expresa en el ámbito de la inspección de trabajo y ahí, identificamos tres etapas: (i) una primera en que las normas de inspección reservaban la aplicación de este principio al juez; (ii) una segunda que introduce la aplicación de este principio en la actividad inspectiva, con algunas limitaciones; y, (iii) una tercera, que es la vigente que consagra a nivel administrativo laboral la aplicación de este principio de manera general sin restricciones.

Desarrollemos cada una de estas etapas:

Normas de Inspección que no facultaban al inspector la aplicación del Principio de la Primacía de la Realidad

Las normas que precedieron al Decreto Legislativo N° 910 que hizo posible, legislativamente hablando, que en la función inspectiva se tenga en cuenta dicho principio son: (i) el Decreto Supremo de 24 de enero de 1913, modificado por los Decretos Supremos de 6 de marzo de 1920 y de 23 de marzo de 1936; (ii) Convenio OIT N° 81, ratificado por Resolución Legislativa N° 13284 de 15 de diciembre de 1959, sobre la Inspección del Trabajo, que si bien constituye el marco fundamental, por su naturaleza de convenio internacional, en el cual debe basarse todo sistema de inspección laboral, no autoriza específicamente la aplicación del principio de primacía de la realidad; (iii) D.S. N° 003-71-TR, que reguló por primera vez orgánicamente el procedimiento de inspección; (iv) D.S. N° 003-83-TR, en materia de inspección, y el D.S. N° 032-83-TR en materia de seguridad e higiene ocupacional; (v) D.S. N° 004-95-TR, que consolidó en un solo cuerpo normativo las inspecciones de trabajo y las de seguridad e higiene ocupacional; y, (vi) D.S. N° 004-96-TR, que es el que rigió hasta el 30 de junio de 2001, desarrollado por la R.M. 076-97-TR, y posteriormente sustituida por la R.M. 146-99-TR.

El escenario de la inspección laboral en nuestro país con las normas precedentes, desde la perspectiva de los trabajadores, muchas veces resultó frustrante. Bastaba que se argumentara que determinada actuación inspectiva suponía la aplicación del principio de primacía de la realidad, o que fuera controvertible, como por ejemplo, que un contrato de locación de servicios ocultara una verdadera relación laboral, para que el inspector se inhibiera, expidiendo en el mejor de los casos copia de lo constatado, para que el trabajador, con base a este documento planteara su demanda ante el juez para que este resolviera finalmente. El resultado fue que, sobretodo tratándose de derechos individuales, los titulares de los mismos muchas veces optaron por no demandar ante la posibilidad de perder su trabajo y, en todo caso, reservar su reclamo al cese para plantearlo dentro del periodo prescriptorio;

y si se atrevían a hacerlo, podían pasar dos o tres años, sino más, antes de que el Poder Judicial se pronuncie. Es decir, se podía tener el derecho pero hacerlo valer resultaba muy difícil, trayendo como consecuencia una situación de desprotección de la parte más débil del contrato de trabajo.

Introducción del Principio de Primacía de la Realidad en el Procedimiento Inspectivo: Decreto Legislativo N° 910

Mediante el Decreto Legislativo N° 910 de 16 de marzo de 2001 se dictó la Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, en adelante el "Decreto Legislativo", publicado el día siguiente y que entró en vigencia el 1° de julio de 2001.

Por Decreto Supremo N° 020-2001-TR, de 28 de junio de 2001, se aprobó su Reglamento, publicado el 29 de junio y vigente a partir del 1 de julio de 2001; es decir, tanto la Ley como el Reglamento entraron en vigencia en la misma oportunidad.

Las líneas rectoras del sistema inspectivo fueron: (i) Función preventiva, (ii) fiscalizadora; y, (iii) en última instancia sancionadora (Cuarto considerando y artículo 5°).

Esta norma contempló que en el cumplimiento de la función inspectiva se debía observar especialmente determinados principios rectores, tres de ellos vinculados propiamente a la función administrativa que debían cumplirse con ocasión de la actividad inspectiva y de sus consecuencias (legalidad, razonabilidad y proporcionalidad); en tanto que los principios de primacía de la realidad e irrenunciabilidad de derechos, tienen que ver directamente con los trabajadores; y el de la buena fe con la conducta que deben proceder empleadores y trabajadores con motivo del procedimiento inspectivo.

En cuanto al principio de primacía de la realidad esta fue, sin duda, la más importante innovación que introdujo el Decreto Legislativo, ya que desde su vigencia, ha permitido, en sede administrativa, determinar la existencia de un contrato de trabajo ahí donde evidentemente se simule uno de naturaleza civil (locación de servicios o de obra), o mercantil (comisión mercantil o prestación de servicios a través de una empresa pantalla), sin perjuicio de la aplicación de este principio en otros supuestos como los detallados en el numeral I 2.

En efecto, en el artículo 3 b del Decreto Legislativo se establece que "En la aplicación de la Ley se observan, especialmente, los siguientes principios rectores: b) primacía de la realidad". A su vez el artículo 5 f, al cual nos referiremos con mayor detalle dentro de un momento, en consonancia con el anterior dispositivo establece "Aplicar el principio de primacía de la realidad que rige en el Derecho Laboral ..."

Fernando García⁽¹²⁾ comentando estas disposiciones, específicamente el artículo 5, literal f), señala que "... la utilización del término *aplicar* que expresa obligación y atribución del trabajo. No se trata entonces de un principio información únicamente sino de su aplicación completa en sede administrativa", señalando además que la definición legal del principio coincide con su formulación doctrinaria.

Una de las más claras manifestaciones normativas de la aplicación de este principio, a través de presunciones legales, las encontramos en el artículo 9° del Reglamento, en que,

(12) García Granara, Fernando. Op. cit. p. 398

se introdujeron dichas presunciones relativas sobre la existencia de relación laboral cuando: (i) el trabajador realizaba una labor similar a la de otro registrado en planillas; (ii) si pese a haber concluido el convenio de formación laboral juvenil o de prácticas pre profesionales o aprendizaje (actualmente modalidades formativas en general), o superados los límites legales, la persona continuaba prestando los mismos servicios; (iii) si la labor se encontraba calificada por norma expresa como de naturaleza laboral; (iv) si se manifestaban los elementos esenciales del contrato de trabajo tales como la subordinación, horario, reglamentación de la labor y la facultad sancionadora; (v) en cuanto a las empresas de servicios especiales y cooperativas de trabajadores, si se constataba que el personal destacado por una de ellas a la empresa usuaria era contratado por estas simulando un contrato diferente al laboral o asociativo laboral. En este caso, la relación laboral se presumía respecto de dichas empresas; y cuando la empresa usuaria no acreditaba la condición de trabajador destacado por una de estas empresas, en cuyo supuesto se presumía la existencia de una relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador destacado.

Respecto de la importancia de esa entonces nueva regulación, Fernando García Granara⁽¹³⁾ manifestó que ella "... reside fundamentalmente en tres aspectos: en primer lugar, recoge por primera vez a nivel legislativo un concepto y campo de aplicación del principio de primacía de la realidad en la Administración del Trabajo; en segundo lugar, reconoce la aplicación de este principio en la administración del trabajo y concretamente en la inspección, pasando así a formar parte de las premisas básicas de la inspección; y, en tercer lugar, como consecuencia de lo anterior resulta lógico que se establezcan atribuciones de los funcionarios para que apliquen el principio, es decir, su reconocimiento viene aparejado de la necesidad de instrumentalizar y garantizar que cumpla su finalidad. En este sentido, la recepción legislativa del principio en la LGIDT fortalece la inspección y en definitiva los mecanismos de protección laboral."

Sin duda se trata de un cambio sustantivo, pues se invierten los papeles: si el empleador no está de acuerdo en la forma que la autoridad de inspección aplicó el principio de primacía de la realidad, tendrá derecho de apelar en sede administrativa y luego, de ser el caso, buscar se revise lo resuelto en dicha sede, a través del juez, vía Proceso Contencioso Administrativo.

Definitivamente el Decreto Legislativo se inspiró en esta materia en el principio protector, pues menos posibilidades de defensa tiene el trabajador que el empleador, y esta fue una manera de suavizar o atenuar el desequilibrio existente entre las partes en el procedimiento de inspección, dotando al trabajador de instrumentos más eficientes que cautelen sus derechos laborales, sin que ello signifique desmedro en el derecho de defensa del empleador, pues, finalmente, siempre tendrá la posibilidad de recurrir al juez para que revise lo resuelto por la Autoridad Administrativa de Trabajo. Es cierto que como se verá más adelante la experiencia demuestra que se están produciendo algunos excesos que deben ser materia de corrección.

Ahora bien, la lectura del literal f) del artículo 5° de dicho dispositivo sobre "Generalidades de Inspección del Trabajo" originó, como primera impresión que se estaba

(13) García Granara, Fernando. "La Primacía de la Realidad de la Inspección del Trabajo", en el Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez "Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano" SPDTSS, Lima, diciembre 2004. Ali Arte Gráfico Publicaciones S.R.L., pp. 381 y ss.

introduciendo limitaciones a la aplicación del principio de primacía de la realidad. Veamos su tenor: "Aplicar el principio de primacía de la realidad que rige el derecho laboral, el cual determina que se deba privilegiar los hechos vinculados sustantivamente con el trabajo sobre los actos formales que difieran de la naturaleza de tales situaciones, dentro de los límites establecidos en el Reglamento con respecto a las presunciones relativas de existencia de relación laboral;..."

A su vez, el Reglamento del Decreto Legislativo en su artículo 3° se refería al principio de primacía de la realidad en los siguientes términos: "En aplicación del principio de primacía de la realidad, en caso de surgir discordancia entre los hechos verificados y lo que se advierte de los documentos o actos formales, debe siempre privilegiarse los hechos constatados". El artículo 9° del Reglamento sobre la aplicación de dicho principio vinculado a determinar la existencia de la relación laboral, en su texto original estableció las presunciones a las que nos hemos referido anteriormente. En consecuencia, podría concluirse que, con el Decreto Legislativo la aplicación del principio era plena salvo, liminarmente, en lo que se refería a la determinación del vínculo laboral, que quedaba supeditado a lo previsto en las presunciones. Y efectuamos la salvedad liminar habida cuenta de la generalidad contenida en la presunción correspondiente al literal d) del artículo 9.1 en el que, repetimos, la inspección de trabajo tenía que presumir la existencia de un vínculo de naturaleza laboral cuando "en la prestación de un servicio se comprueba las manifestaciones de los elementos esenciales del contrato de trabajo, y en el caso específico de la subordinación, manifestaciones tales como la existencia de un horario de trabajo, la reglamentación de la labor, el dictado de órdenes o la sanción en el desempeño de la misma, entre otras, conforme al artículo 9° del TUO" (Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

Como puede apreciarse del contenido de dicha presunción, es tan amplio que si con motivo de la inspección se constata, es decir, se comprueba la existencia de los elementos fundamentales del contrato de trabajo (servicio personal, subordinado, remunerado y por cuenta ajena), se tendrá entonces que aplicar la presunción y hacer prevalecer la relación laboral respecto de lo que pueda aparecer documentalmente, por ejemplo que se trata de una locación de servicios, o de un contrato con una empresa que resulta "pantalla".

Sin embargo, a fin de despejar las dudas que de todos modos originó la redacción del literal f) del artículo 5° del Decreto Legislativo, mediante Decreto Supremo N° 010-2004-TR de 20 de julio de 2004, se introdujeron diversas modificaciones al texto original del Reglamento del Decreto Legislativo, y uno de los artículos modificados fue precisamente el 9° sobre aplicación del principio de primacía de la realidad y presunciones en el servicio inspectivo.

En efecto en el literal 9.1 se establece que "Sin perjuicio de la facultad general establecida en el artículo 3° del Reglamento, se presume la existencia de un vínculo de naturaleza laboral, salvo prueba en contrario, cuando dentro de un procedimiento de inspección de trabajo se constate cualquiera de las siguientes situaciones:

Puede advertirse que lo que esta norma reglamentaria señaló con claridad es que, de manera general, en la inspección de trabajo se debe aplicar el principio de primacía de la realidad, y que tratándose del establecimiento del vínculo laboral, funcionaban las presunciones establecidas en el artículo 9°, pero si estas en alguna forma resultaban insuficientes, la aplicación general del principio podía prestar el socorro correspondiente para establecer la realidad de los hechos.

Ahora bien, existe una discusión doctrinaria respecto a si el uso de estas presunciones resultan antagónicas a la aplicación del principio de primacía de la realidad.

Al respecto Fernando García⁽¹⁴⁾ manifiesta la siguiente: "Como se aprecia, según la ley, el principio opera como una presunción legal relativa que tiene una naturaleza jurídica diferente a la primacía de la realidad. En el primer caso hay una consecuencia legal que consiste en reputar un efecto legal frente a un supuesto de hecho, mientras que en el caso de la primacía no opera ninguna presunción sino son los hechos los que reciben la calificación jurídica, luego de una verificación y apreciación de los hechos. Es más, para la ley no se trata de una presunción absoluta sino de una relativa, es decir, que admite prueba en contrario, situación absolutamente opuesta a la primacía de la realidad en la que no es posible reputar los hechos verificados". Concluye diciendo que "Desde este punto de vista, aquí la ley no recoge el principio de primacía de la realidad sino la aplicación de una presunción relativa, modificando la naturaleza y formulación del principio... Finalmente, la presunción se circunscribe a la existencia de la relación laboral por lo que no comprende otras situaciones propias de su ejecución tales como pagos de conceptos remunerativos".

Más adelante, refiriéndose a algunos supuestos de desnaturalización de contratos, por ejemplo los sujetos a modalidad o de las modalidades formativas, e incluso de la intermediación laboral, señala que "... la ley establece una consecuencia jurídica que constituye la sanción por una situación irregular. Los casos de desnaturalización pueden comprender supuestos de aplicación de primacía de la realidad o bien una sanción legal por la situación de infracción. Ambos supuestos, empero, son diferentes." Seguidamente y citando a Jorge Toyama respecto de la diferencia entre el principio de primacía de la realidad y desnaturalización de los contratos, indica que "en suma, si bien se concluye en un contrato de trabajo, el principio de primacía de la realidad importa un procedimiento y una consideración probatoria, mientras que la desnaturalización es la aplicación automática de los supuestos previstos en las normas legales.

Efectuando una suerte de colofón respecto de la desnaturalización, presunciones, y principio de primacía de la realidad, Fernando García menciona lo siguiente: "Se trata entonces de supuestos diferentes: la desnaturalización en la que opera una consecuencia por mandato legal, la aplicación de presunciones legales relativas (que es el caso de la inspección laboral), en la que se presume una consecuencia y la primacía de la realidad, cuyos efectos están en función de los hechos verificados y no de la aplicación de la ley o de una presunción"⁽¹⁵⁾

Compartimos con Fernando García la disquisición jurídica efectuada, sin embargo, consideramos que la finalidad que se busca en los casos de presunción y aplicación pura del principio de primacía de la realidad, es que prevalezcan los hechos sobre lo que pueda constar en los documentos, habida cuenta que en uno u otro caso la labor del inspector consistirá esencialmente en la constatación o verificación de los hechos, que lo lleven a la convicción de que, por ejemplo, se encuentra frente a un contrato de trabajo y no frente a uno de locación de servicios. Más distante es la situación de la desnaturalización de contratos, en que constatado el supuesto de desnaturalización se aplica la consecuencia jurídica.

(14) García Granara, Fernando. Op. Cit. p. 399.

(15) García Granara, Fernando. Op. cit. p. 400.

Ley General de Inspecciones de Trabajo.- Aspectos generales

Con fecha 22 de julio de 2006 se publicó en el Diario Oficial el peruano la Ley N° 28806 –Ley General de Inspección del Trabajo- en adelante “La Ley” que entró en vigencia a partir del 17 de octubre de dicho año, en sustitución del Decreto Legislativo 910 a que nos hemos referido en numeral anterior, dejando vigente de este dispositivo su Título III que regula el Servicio de Defensa Legal Gratuita y Asesoría del Trabajador y el Título IV referido a la Coordinación con otras Entidades. El 29 de octubre del mismo año se publicó su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR, que fuera modificado por el Decreto Supremo N° 019-2007-TR de 1° de septiembre de 2007 y motivo de fortalecimiento por el Decreto Supremo N° 02-207-TR de 16 de enero de 2007.

La Ley responde fundamentalmente al aporte efectuado por la Oficina Regional de Trabajo de la OIT y es consecuencia del Proyecto sobre “Fortalecimiento De Los Servicios de la Administración del Trabajo de Bolivia, Ecuador y Perú” (FORSTAT), que tuvo a su cargo la Dra. Rosa Fuentes, Consejera Técnica Principal de dicho Proyecto.⁽¹⁶⁾

La Ley actualizó y modernizó el tratamiento del sistema inspectivo previsto por el Decreto Legislativo.

El principio de primacía de la realidad en la Ley

La Ley en su artículo 2° se refiere a los principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo, indicándose que el funcionamiento y la actuación de dicho Sistema, así como los servidores que lo integran se regirán por los principios de legalidad, *primacía de la realidad*, imparcialidad y objetividad, equidad, autonomía técnica y funcional, jerarquía, eficacia, unidad de función y de actuación, confidencialidad, lealtad, probidad, sigilo profesional, honestidad y celeridad.

Respecto del principio de primacía de la realidad, lo enuncia siguiendo los criterios de la doctrina, según los cuales “en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales, debe siempre privilegiarse los hechos constatados.”

A diferencia de lo que ocurrió con el Decreto Legislativo, al cual nos hemos referido anteriormente, la ley vigente no contempla presunciones para la aplicación de este principio que tengan como finalidad establecer la existencia de un contrato de trabajo.

Desde este punto de vista la ley dota al sistema inspectivo de una amplia y total facultad para aplicar dicho principio sin restricción o limitación alguna.

Para Fernando García⁽¹⁷⁾, refiriéndose a que no solamente el funcionamiento y actuación del sistema de inspección del trabajo deben aplicar los principios que informan dicho sistema, sino que están en obligación de hacerlo los servidores que lo integran, señala que “... la nueva LGI no solo reconoce el principio sino que habilita en forma expresa a su aplicación como un principio ordenador de la ley.”

(16) Véase el artículo de Puntriano Rosas, César “El Sistema de Inspección del Trabajo”, en la revista Actualidad Jurídica N° 153, Lima, Perú, Agosto 2006, pp. 21 y ss..

(17) García Granara, Fernando “Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en la Inspección del Trabajo”, en Actualidad Jurídica, tomo 153, Lima Perú, Agosto 2006, p. 17.

Sin duda que la aplicación de este principio demanda, de parte de los inspectores de una adecuada capacitación, a fin de evitar excesos, y además, resulta fundamental que dicha aplicación se sustente en los hechos constatados y verificados, y no de criterios subjetivos, de tal manera que la citada aplicación responda estrictamente a criterios objetivos.

Fernando Elías⁽¹⁸⁾ es un crítico de las actuaciones inspectivas, cuando refiriéndose de manera general a los principios y su aplicación, indica que “Encontramos entonces una contradicción entre lo que señalan los principios y su aplicación práctica, pues muchos de ellos no son respetados en el desarrollo de procedimiento de inspección, sobre todo en la primera etapa de actuaciones inspectivas, en que algunos inspectores de trabajo desconocen los alcances de dichos principios, llegando en muchos casos a proceder en contra de los mismos. Es posible que esto se deba a una falta de capacitación en el tema así como la posición de las autoridades en los actos de incorporación a la función inspectiva en los que han creado un ambiente de persecución a los empleadores bajo la presunción inicial de que todos ellos son incumplidores de la normativa laboral.”

A su vez, en la Revista Análisis Laboral⁽¹⁹⁾, cita como una de las irregularidades más frecuentes en las inspecciones laborales la “realización de las inspecciones en el entendido que el empleador es trasgresor permanente de los derechos laborales, lo cual no es positivo para nadie, y menos aún al otorgarles plazos breves para que estos muestren sus documentos y pruebas. Eso no es constructivo. En algunos casos por información de Participación en las Utilidades del año 2006 se otorgan tan solo tres días, lo que es insuficiente”

Las denuncias que efectúan Fernando Elías y la Revista Análisis Laboral, por provenir de quienes vienen no deben caer en saco roto, correspondiendo a la Autoridad Central de la Inspección del Trabajo, es decir a la Dirección Nacional de la Inspección del Trabajo, disponer lo necesario a fin de contar con un cuerpo de inspectores debidamente capacitado que se encuentre en la situación real de aplicar correctamente los principios, entre ellos los de imparcialidad y objetividad, equidad y el propio principio de primacía de la realidad; más aún como consecuencia de las amplísimas facultades de las cuales gozan que les otorgan un poder muy importante que debe ser apropiadamente utilizado.

Además y respecto del debido proceso, debemos tener presente que el Tribunal Constitucional ha recordado que “... conforme lo ha manifestado en reiterada y uniforme jurisprudencia, que el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlo. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea este administrativo ... o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”⁽²⁰⁾.

(18) Elías Mantero, Fernando. “Los Principios en el Sistema de Inspección del Trabajo”, en Actualidad Laboral, Abril 2008, p. 4.

(19) Análisis Laboral “¿Inspecciones Laborales?. Problemas actuales que deben atenderse”, Julio 2008, p. 37.

(20) Resolución del Tribunal Constitucional de 17-2-2005, Expediente N° 4289-2004-AA/TC Lima, caso Blethyn Oliver Pinto, Fundamento 2.

El inspector para cumplir con su función cuenta con amplísimas facultades de investigación (artículo 5° de la Ley) que le permita llegar a la realidad de los hechos y con base a lo constatado aplicar lo que corresponda.

Así, puede entrar libremente a cualquier hora del día o de la noche y sin previo aviso, en los centros de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección, excepto si el centro laboral motivo de la inspección coincide con el domicilio de la persona física afectada, en cuyo caso se requerirá de consentimiento o autorización judicial; contar con el apoyo de peritos y técnicos para el mejor desarrollo de su labor inspectiva; practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que estime necesario para comprobar que las disposiciones legales se observan correctamente, para lo cual tiene la facultad de requerir información al sujeto inspeccionado o al personal de la empresa, examinar la documentación y los libros de la misma, así como los registros, programas informáticos y archivos en soporte magnético, declaraciones oficiales, documentos del seguro social, o vinculados a la normativa de prevención de riesgos laborales, declaración jurada del Impuesto a la Renta y cualesquiera relacionados con las materias sujetas a inspección; tomar o sacar muestras de sustancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, realizar mediciones, obtener fotografías, videos, grabación de imágenes, levantar croquis y planos, siempre que se notifique al sujeto inspeccionado o a su representante.

Como puede apreciarse, prácticamente no existe limitación en la posibilidad de que el inspector llegue a la verdad material de lo sucedido en los hechos, que le permita objetivamente llegar a las conclusiones respecto a la presencia de una infracción al ordenamiento socio laboral o no.

A Fernando Elías⁽²¹⁾ le preocupa que el sujeto inspeccionado que normalmente es el empleador no cuente con posibilidades suficientes de actuación de medios probatorios, y lo hace en los siguientes términos "Este principio (de primacía de la realidad), derivación o aplicación del principio universal de veracidad, comenzó a aplicarse primer jurisprudencialmente ..., para incorporarse posteriormente a la legislación a través de normas laborales o relacionadas con esta disciplina. De aplicación inicial por parte de los jueces se ha extendido -con los peligros que ello encierra- a toda clase de autoridades administrativas de trabajo. En el caso específico del Sistema de Inspección de Trabajo, se ha conferido a los inspectores de trabajo la facultad de aplicar este principio, lo que resulta una herramienta peligrosa en un procedimiento de corte inquisitivo que no otorga mayor posibilidad de actuación de medios probatorios como es el de inspección. Además, los inspectores de trabajo no tienen los elementos necesarios (entre ellos el razonamiento propio de la actividad judicial o la capacitación legal requerida) para la aplicación de la valoración de los medios probatorios, incluyendo sucedáneos e indicios que son propios de la actividad jurisdiccional. Tampoco tienen interés de conducir la investigación de manera objetiva en tanto que solamente se guían por lo señalado en la denuncia (que no es objeto de conocimiento y contestación por parte del empleador en esta etapa) y que tampoco es puesta en su conocimiento con lo que se evidencia su desarrollo sesgado y por lo tanto carente de objetividad desde su inicio". (entre paréntesis agregado).

Por ello, destaca "... que este principio debe aplicarse de manera objetiva y no subjetiva. En otras palabras, la aplicación del principio de primacía de la realidad debe sustentarse

(21) Elías Mantero, Fernando, Op. cit. p. 7.

única y exclusivamente en los hechos constatados, lo que significa una adecuada interpretación de los medios probatorios, debiéndose aplicar mecanismos propios de la actividad judicial y que difícilmente pueden trasladarse a la interpretativa. Nos referimos de manera expresa a lo principios de valoración de los medios probatorios reconocidos expresamente en el Código Procesal Civil, como son el criterio de conciencia, el análisis conjunto y razonado de la totalidad de los medios probatorios que las partes puedan actuar en un proceso judicial y que no son aplicados en la primera etapa de la inspección de trabajo, no solo por tratarse de un procedimiento administrativo, sino porque además su intención evidente es darle al Inspector de Trabajo facultades difíciles de controlar por el sujeto inspeccionado."

Insistimos entonces que la capacitación de los inspectores resulta especialmente importante para minimizar los riesgos de excesos mencionados por Fernando Elías. De ahí que resulta vital el cumplimiento del artículo 27° de la Ley sobre formación y perfeccionamiento del servicio inspectivo, con el fin de garantizar el adecuado ejercicio de las funciones y competencias inspectivas atribuidas. Sin embargo y pese a los riesgos anotados, debemos señalar que la decisión de incorporar la aplicación del principio de primacía de la realidad a partir del Decreto Legislativo N° 910 ha sido y es una decisión legislativa inspirada en el principio protector del Derecho del Trabajo, que permite dotar a los trabajadores de mejores posibilidades de resolver sus problemas o denuncias en sede administrativa; y, desde esta perspectiva el avance es indudable.

Sin perjuicio de la debida capacitación para el cumplimiento de la función inspectiva que permita hacer uso correcto de todos los instrumentos que la ley prevé, el empleador no queda desprotegido, pues de lo resuelto en primera instancia puede recurrir en apelación, y si el resultado continúa siendo adverso puede cuestionarlo jurisdiccionalmente a través del proceso contencioso administrativo. El empleador se encuentra en mejor posibilidad y ventaja de ejercer adecuadamente su defensa que el trabajador, quien, por la debilidad del movimiento sindical, y porque usualmente carece de recursos económicos suficientes y de un asesoramiento de calidad, en los hechos, la ve restringida.

En el Capítulo IV del Título IV sobre Procedimiento Sancionador del Título IV de la Ley, el artículo 44° se refiere a los principios generales del procedimiento sancionador, estableciéndose que dicho procedimiento se debe basar en los principios de observación del debido proceso, economía y celeridad procesal y pluralidad de instancias.

Consideramos que el hecho de que la Ley establezca principios adicionales a los previstos en el artículo 2° de la misma norma, no debe entenderse en el sentido de que a efectos del procedimiento sancionador, solo y exclusivamente se tendrán en cuenta los tres principios mencionados, con abstracción de los catorce principios mencionados en el referido artículo 2°. Se trata, desde nuestro punto de vista, de principios vinculados estrictamente al procedimiento sancionador que en modo alguno enervan la aplicación de los principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo, entre ellos el principio de primacía de la realidad. Una interpretación en contrario resultaría no solo absurda sino también incoherente y asistemática.

En cuanto a los pronunciamientos administrativos sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad, no resulta fácil acceder a ellos, lo cual debe ser superado prontamente en aras a la transparencia que debe regir la actuación administrativa. El Tribunal Constitucional y ahora el Poder Judicial, vienen publicando a través de sus páginas web las

resoluciones emitidas a fin de que se permita al escrutinio público, en concordancia con lo previsto en el numeral 20) del artículo 139° de la Constitución según el cual son principios y derechos de la función jurisdiccional “El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales con las limitaciones de ley”. En la medida en que no se publiquen las resoluciones que emite la Autoridad Administrativa de Trabajo, resulta poco menos que imposible poder hacer uso de ese derecho constitucional. Recordemos una vez más que existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional en el sentido de que los principios y derechos asignados a dicha función igualmente son aplicables en sede administrativa. En efecto, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente: “El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada- de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.)”.⁽²²⁾

El año 2006 el Ministerio de Trabajo avanzó en este camino con su publicación, en conmemoración del 57° Aniversario de dicha Institución, vinculada a los pronunciamientos administrativos con motivo de la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

Sin embargo, dicho esfuerzo es insuficiente; y, precisamente para controlar los excesos en que vendría incurriendo la Autoridad de Inspección, denunciados por Fernando Elías Mantero y la Revista Análisis Laboral, resulta de especial importancia la publicidad de las resoluciones que emita como consecuencia de las inspecciones que realiza a fin de que se sometan al análisis público y a la crítica de los especialistas en atención a la norma constitucional antes citada.

Fernando García ha tenido la posibilidad de revisar algunas de estas resoluciones⁽²³⁾, que por razones de espacio no nos es posible glosar pero que se puede recurrir a su artículo para tomar conocimiento de su contenido. Lo importante son las conclusiones a las que llega como consecuencia de la revisión de las 23 resoluciones administrativas dictadas en segunda instancia del procedimiento de inspección; y ellas son: “En primer lugar, es necesario reconocer que la Autoridad de Trabajo ha venido aplicando el principio de primacía de la realidad como principio que inspira el procedimiento de inspección y también como presunción, supuestos absolutamente diferentes pero que aparecen en las resoluciones como complementarios. Una segunda constatación alude que las resoluciones administrativas califican la existencia de una relación laboral. Es decir, el principio se viene aplicando para calificar los términos de un contrato de trabajo, pero no tiene aplicación respecto de otros aspectos de la relación laboral (pagos de remuneraciones por ejemplo)... En tercer lugar, las resoluciones ratifican lo actuado en las inspecciones de modo que validan la calificación realizada por el inspector de trabajo. En este sentido, es el inspector el que aplica el principio, el mismo que es ratificado por la resolución administrativa dictada en el procedimiento inspectivo”.

(22) Resolución del Tribunal Constitucional antes citada, Fundamento 3.

(23) García Granara, Fernando. “Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en la Inspección del Trabajo”, en Actualidad Jurídica, Tomo 153°, Agosto 2006, pp. 17 a 20.

La apreciación de Fernando García en el sentido de que el principio de primacía de la realidad se viene aplicando en la inspección de trabajo solo para establecer la existencia del contrato de trabajo resulta preocupante, habida cuenta que existen innumerables supuestos en los que resulta de aplicación dicho principio, algunos de los cuales hemos mencionado en el numeral I.2 de esta Ponencia.

I. INTERMEDIACIÓN LABORAL Y TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

1. Intermediación laboral

Antecedentes históricos

El Marchandage

Los autores coinciden en señalar que históricamente, el precedente más remoto respecto al intermediario lo encontramos en Francia, bajo la figura denominada “*marchandage*”.

Rafael Caldera⁽²⁴⁾ señala que “El origen del intermediario en el Derecho Laboral se ha vinculado a la figura jurídica que en el antiguo Derecho francés se denominaba *marchandage*. Los primeros comentarios relativos a la existencia de un intermediario tomaban en general dos vertientes: una, considerando como tal al gestor de personal para prestar servicios en determinadas obras o empresas (en el proceso de industrialización, reclutamiento de campesinos para llevarlos a las fábricas); otra, identificándolo con el “subcontratista” o lo que los franceses llaman “subempresario” (preferentemente en el ramo de construcción), es decir, el que se encargaba ante un contratista de realizar la obra o parte de la misma, para cuyo efecto contrataba trabajadores por su cuenta, mediante salarios a veces muy bajos y en condiciones con frecuencia injustas”.

Como podemos apreciar esta figura se refería tanto a las hoy denominadas “agencias de colocación” que actúan solo presentando postulantes a un empleador, para que este los contrate directamente como trabajadores y también cuando actuaba como contratista, que actualmente se identifica como una modalidad de tercerización de servicios.

Para Alberto Arria⁽²⁵⁾, al referirse al “*marchandage*” señala que el intermediario se situaba entre el patrono y el trabajador, lo que originó cierta forma de explotación de los trabajadores. “El beneficio real de su actividad (del intermediario) derivaba solo de la diferencia de salarios existentes entre el convenio por él con los trabajadores y el que obtenía del patrono. En consecuencia, además de los inconvenientes que sobrevenían para el trabajador en los casos comunes de insolvencia del intermediario, sufrían estos daños inmediatos como eran los bajos salarios recibidos del intermediario, quien por carecer de alguna otra fuente de utilidad en este sentido, ejercía verdadera explotación sobre sus contratados. El intermediario así contratado era arrendatario de la fuerza de trabajo proveniente de los trabajadores y subarrendador de esta energía al patrono, quien la utilizaba y se servía de ella en sus actividades industriales o comerciales”.

(24) Caldera, Rafael. “El Intermediario en el Derecho Laboral” en: “Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo”, en Homenaje al Profesor Mario L. Deveali, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, 1979, p. 333.

(25) Arria Salas, Alberto. “Intermediario (en el Derecho laboral); en: “Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XVI, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, p. 463.

Por la citadas consideraciones, la intermediación (*marchandage*) se prohibió en Francia por los decretos de 2 y 21 de marzo de 1848, configurándolo como delito correccional, penándose con multas su ejercicio y con prisión los casos de reincidencia. Sin embargo estos Decretos, como señala Arria, “se consideraron abrogados por *desuetudo* pues no se aplicaron. Cincuenta años más tarde la Corte de Casación fijó jurisprudencia, según la cual no había sido prohibido el acto de la intermediación, sino el abuso al cual dio lugar la práctica, es decir, la explotación del obrero por el subempresario. El Código de trabajo francés de 1910 incorporó el espíritu de aquellos decretos y reglamentó la intermediación en las relaciones de trabajo entre patronos y trabajadores”.⁽²⁶⁾

Las empresas suministradoras de mano de obra temporal

Este tipo de empresas constituye una de las figuras de la intermediación laboral, cuyo origen o nacimiento, como señala Ameglio⁽²⁷⁾, “se sitúa por la mayoría de los autores en los Estados Unidos - entre el año 1918 a 1920- desarrollándose con gran auge en los países europeos a partir de la finalización de la segunda guerra mundial. En nuestro Continente, la aparición de esta nueva forma de organización del trabajo temporal puede clasificarse como un fenómeno relativamente reciente”.

El citado autor agrega que “Desde el primer momento en que las agencias suministradoras de mano de obra temporal comenzaron a operar en el mercado de trabajo en forma orgánica, su funcionamiento fue resistido desde distintos sectores, pues se creyó ver el retorno a antiguas formas de intermediación propias de los comienzos de la revolución industrial. (...) A pesar de su desconfianza inicial, es indudable que este tipo de organización, que como decíamos surgió en los Estados Unidos, y que luego se expandió al continente europeo, hoy en día constituye una realidad que se ha impuesto en determinado sector del mercado de trabajo”.⁽²⁸⁾

Definiciones

Rafael Caldera⁽²⁹⁾ se remite a la definición del término intermediario que aparece en el “Vocabulario Jurídico” de Capitant, que dice:

“Intermediario. Derivado del latín “*intermedius*”, “lo que está en el medio”.

Señala que este término “no tiene una significación específicamente jurídica: designa la persona que pone en presencia de otras dos o más para la conclusión de un contrato determinado. Ej.: agente de cambio, corredor, agencias de alquileres y venta de apartamentos.”

Caldera define finalmente al Intermediario, como “aquella persona que contrata los servicios de un trabajador en su propio nombre, pero por cuenta o en beneficio de otra; y sin perder su propia responsabilidad, compromete la del beneficiario de aquellos servicios, siempre que este haya autorizado expresamente al intermediario o recibiere la obra

(26) Arria Salas, Alberto. Op. cit., p. 464.

(27) Ameglio, Eduardo. Op. cit., pp. 57-58.

(28) Ameglio, Eduardo. Op. cit., pp. 59-60.

(29) Caldera, Rafael. Op. cit., p. 331.

ejecutada”⁽³⁰⁾. Como se puede apreciar, para Caldera la figura del intermediario está relacionada principalmente a la del contratista.

Américo Plá Rodríguez⁽³¹⁾, señala que intermediario “es toda persona que contrate el trabajo de otros para realizar tareas u obras que no entrega directamente a los clientes, sino a otro empresario principal”. Esta definición responde a la legislación uruguaya que emplea el término “intermediario” como sinónimo de “contratista” o “subcontratista”.

En nuestro país, Víctor Ferro y Jorge Toyama coinciden en señalar que, la intermediación laboral se realiza a través de las empresas de servicios temporales, empresas de servicios complementarios y a través de las cooperativas de trabajadores. Ferro⁽³²⁾, señala que la figura de la intermediación laboral está constituida por “diversos supuestos conforme a los cuales trabajadores que prestan servicios para una empresa determinada no tienen vínculo laboral directo con esta, sino con un tercero. A la empresa en la cual laboran estos trabajadores se le conoce como empresa usuaria, mientras a la que provee el personal, comúnmente se le denomina empresa de servicios”.

Por su parte, Toyama⁽³³⁾ señala que “En términos generales, por medio de la intermediación laboral se crean relaciones triangulares donde una empresa (llamada “usuaria”) celebra un contrato civil con otra (Cooperativa de Trabajadores o Empresa de Servicios), para que esta última le proporcione personal a cambio de una retribución”.

La OIT y las agencias de empleo privadas

Sobre el tema de la “intermediación laboral” el Convenio N° 96 (revisado en 1949) relativo a las agencias retribuidas de colocación. A efectos del citado Convenio, estas se dividen en “agencias de colocación con fines lucrativos” y “agencias de colocación sin fines lucrativos”, definidas en el artículo 1°:

Las agencias de colocación con fines lucrativos, es decir, toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador, con objeto de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto.

Las agencias de colocación sin fines lucrativos, es decir, los servicios de colocación de las sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones que, sin buscar un beneficio material, perciban del empleador o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera.

En la Conferencia Internacional del Trabajo de 1997, se adoptó un nuevo Convenio, el N° 181, y una Recomendación, bajo el N° 188, sobre las agencias de empleo privadas, modificándose el criterio establecido por el Convenio N° 96.

(30) Caldera, Rafael. “Derecho del Trabajo”, Tomo I, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1984, p. 242.

(31) “Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada”, Autores varios, Altamira Gigena coordinador; Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, pp. 271-272.

(32) Ferro Delgado, Víctor. “La empresa y los límites de la intermediación laboral”; en: “THEMIS” Revista de Derecho, N° 31, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 67.

(33) Toyama Miyagusuku, Jorge; “La intermediación laboral: las nuevas normas de contratación”; en: Revista “Asesoría Laboral”, Estudio Caballero Bustamante, Setiembre, 1995, p. 14.

Las razones de la modificación las explica Arturo Bronstein⁽³⁴⁾ en los siguientes términos: “Si se puede decir que el convenio num. 96 reflejaba las concepciones prevalecientes en la época en que fue adoptado, también es cierto que no tuvo el éxito que esperaban sus autores. Más de 40 años después de su adopción, solamente había sido ratificado por 41 Miembros de la OIT.”

El artículo 1° del Convenio N° 181⁽³⁵⁾ establece que la expresión *agencia de empleo privada* designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo: (i) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse; (ii) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante *empresa usuaria*), que determine sus tareas y supervise su ejecución; y, (iii) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.”

En el artículo 3° se establece como obligación de los estados que ratifiquen el convenio, determinar mediante un sistema de licencias o autorizaciones, las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las agencias de empleo privadas, salvo cuando dichas condiciones estén determinadas de otra forma por la legislación y la práctica nacionales; y el artículo 4° se termina que deben adoptarse medidas para asegurar que los trabajadores contratados por las agencias de empleo privadas no se vean privados del derecho de libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva.

Puede advertirse, en la parte que más interesa a lo que se conoce como *intermediación de servicios*, es decir la provisión de mano de obra bajo la dirección de la empresa usuaria, el Convenio bajo comentario no limita dicha provisión para la realización de trabajos temporales, con lo cual teóricamente podrían ser destacados trabajadores para realizar labores principales y permanentes de la empresa usuaria. Dependerá en todo caso de la legislación nacional establecer las limitaciones que se consideren pertinentes a su realidad.

Antecedentes legislativos en el Perú

En el Perú el primer antecedente sobre lo que hoy conocemos como intermediación laboral estuvo constituido por el Decreto Ley N° 22126 de 21 de marzo de 1978 (artículo 27°), en el que sin mencionarse se reguló la posibilidad de que a través de terceros se prestaran servicios complementarios y temporales. Posteriormente se dictó la Ley N° 24514 de 4 de junio de 1986, también sobre estabilidad laboral (artículo 32°), en términos similares pero excluyendo a los servicios temporales.

(34) Bronstein, Arturo. “Nuevas Normas Sobre Intermediación en el Mercado de Trabajo”, <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/papers/notahl.htm>.

(35) Este convenio no ha sido ratificado por el Perú y actualmente (9-9-2008) solo ha sido ratificado por Albania, Argelia, Bélgica, Bulgaria, España, Etiopía, Finlandia, Georgia, Hungría, Italia, Japón, Lituania, Marruecos, República de Moldova, Países Bajos, Panamá, Portugal, República Checa, Suriname y Uruguay.

En la década del 90 se produjo una importante reforma laboral en nuestro país que tuvo por objeto no solo modernizar la legislación laboral pre-existente concentrándolas en un número reducido de leyes para facilitar su manejo y comprensión, sino también flexibilizar las rigideces en que se habían incurrido a partir de la década del 70, impropias de un mundo que había entrado a una etapa de apertura ilimitada de mercados (globalización) y de una competencia igualmente sin límites, que obliga a que las empresas se encuentren en la posibilidad de adecuarse rápidamente a las necesidades del mercado para no sucumbir, con la pérdida que ello significa de puestos de trabajo. Recuérdese también que dicha reforma se dictó en un contexto muy especial en nuestra patria: Una hiperinflación jamás conocida en la historia de la República y que no contó con una situación similar a nivel del mundo; y, con un terrorismo en pleno apogeo que hacía especialmente difícil la inversión nacional en nuestro país (olvidémonos de la inversión extranjera que era prácticamente inexistente). Por ello se hacía necesario un nuevo marco jurídico laboral que dentro de un remozado contexto político que perseguía, no solo derrotar al terrorismo sino doblegar al proceso inflacionario, lo cual felizmente se logró, también buscó como finalidad reintroducir a nuestro país en el contexto de las naciones y sentar las bases para su crecimiento, por lo cual resultaba importante modernizar la legislación laboral.

Se trata del Decreto Legislativo N° 728 de 12 de noviembre de 1991, que se constituyó, y aún lo es, en una de las normas más importantes de la legislación laboral peruana, proporcionó a los empresarios o posibles empleadores una amplia gama de posibilidades de contratación, tanto de manera directa como indirecta.

Respecto de esta última, en el Título VI se reguló la actividad de las denominadas “Empresas Especiales”, las cuales fueron de dos tipos: (i) “Empresas de Servicios Temporales”; y, (ii) “Empresas de Servicios Complementarios”.

Las Empresas de Servicios Temporales se podían constituir bajo los requisitos establecidos en la ley con el objeto de desplazar personal a la empresa usuaria para prestar cualquiera de los servicios previstos para los contratos sujetos a modalidad (contratos de trabajo a plazo fijo por inicio de actividad, necesidades de mercado, reconversión empresarial, ocasional, de suplencia, de emergencia, contratos de obra o servicio específico, contrato intermitente, de temporada, y otros innominados que por su naturaleza fueran de carácter temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse). Es decir, un empleador podía, de acuerdo a las necesidades de organización de su empresa contratar directamente a su personal, tratándose de este tipo de servicios modales, o hacerlo a través de las Empresas de Servicios Temporales. Como puede apreciarse, se trataba de una norma sumamente flexible pero que establecía como límite que no más del 20% del total de la planilla de la empresa usuaria podía ser destacada por las Empresas de Servicios Temporales.

Adicionalmente, se permitió que las Cooperativas de Trabajadores debidamente constituidas e inscritas en los Registros Públicos, podían prestar sus servicios a las empresas usuarias destacando socios trabajadores, siempre que en conjunto con las Empresas de Servicios Temporales no superaran el límite antes indicado; pero, a diferencia de la Empresa de Servicios Temporales, las Cooperativas de Trabajadores podían desplazar socios trabajadores para prestar servicios *principales*, temporales o *permanentes* de la empresa usuaria.

Esta ampliación de la flexibilización de contratar se explicó teniendo en cuenta la naturaleza de las cooperativas de trabajadores, que no es otra que una organización asociativa

laboral que no implica fines de lucro sino un medio de generación de puestos de trabajo para las personas que voluntariamente deciden organizar una cooperativa de este tipo y proporcionar su fuerza de trabajo como medio de vida. No se esperaba que esta decisión legislativa pudiera ocasionar problemas pues la naturaleza de este tipo de cooperativas no debía permitir el abuso respecto de los socios trabajadores, quienes al integrar la asamblea general y elegir a su comité de administración, contaban con mecanismos que debían garantizar una adecuada organización que permitiera el cumplimiento cabal de sus fines.

Lamentablemente muchos empleadores no comprendieron los alcances de la reforma, y tanto ellos como las Empresas de Servicios Temporales que se crearon y muchas de las Cooperativas de Trabajadores que surgieron de inmediato, varias de ellas creadas exprofesamente por las empresas usuarias, y todo ello como respuesta fundamentalmente al temor de la estabilidad laboral absoluta y como consecuencia de la falta de control por el Ministerio de Trabajo, que falló de la manera más espectacular en una de sus funciones fundamentales como es la inspección, explicada tal vez por la falta de recursos, trajo como consecuencia que se desvirtuara el objetivo de esta legislación flexibilizadora, a tales niveles que muchas de las Empresas de Servicios Temporales que sabían que solo podían destacar personal para prestar servicios temporales desplazaban a trabajadores para prestar servicios principales y permanentes, contando con la anuencia y aceptación de las empresas usuarias y aprovechándose ambos de las carencias de la inspección laboral.

El movimiento cooperativo, fundamentalmente en lo que se refiere a las Cooperativas de Trabajo y Fomento del Empleo, sufrieron un duro golpe a su prestigio, porque muchas de ellas fueron un fraude y nunca una verdadera cooperativa.

Los abusos fueron innumerables, por lo que en el argot criollo se identificó a esta intermediación laboral como "las services", ocasionando un rechazo que aún no se logra superar del todo y que, como veremos más adelante trajo como consecuencia inevitable que el péndulo legislativo se moviera nuevamente hacia la rigidez normativa.

Hubo pues, y hay que decirlo con toda claridad, una grave irresponsabilidad empresarial y también una dejadez imperdonable por parte del Ejecutivo al no dotar al Ministerio de Trabajo de los recursos necesarios a fin de que cuente con un cuerpo inspectivo sólido y bien capacitado que garantice el cumplimiento de las normas laborales.

Respecto de las Empresas de Servicios Complementarios, el tratamiento fue similar a las normas anteriores, incluyendo también como tales a las que prestan servicios especializados; estableciéndose además que, en forma previa al inicio de la prestación de servicios, las Empresas de Servicios Complementarios, debían celebrar un contrato de servicios por escrito con la empresa usuaria, enfatizándose las características del servicio a brindarse y que no deberían comprender actividades principales de la empresa usuaria.

Finalmente, mediante Decreto Supremo N° 044-98-TR de 17 de junio de 1998 se estableció la obligación de las Empresas de Servicios Temporales y Cooperativas de contar con una fianza solidaria entre empresa usuaria y empresas de intermediación a fin de garantizar los derechos laborales de los trabajadores y socios trabajadores destacados a la empresa usuaria, contemplando además la cancelación del registro de estas Empresas de Intermediación en caso de reiterado incumplimiento de las disposiciones laborales y en el supuesto de no contar con la fianza correspondiente.

Marco legal vigente.- Ley N° 27626 (14-12-2001) y su Reglamento, Decreto Supremo N° 003-2002-TR (26-4-2002) modificado por los Decretos Supremos Nos. 06-2003-TR (22-5-2003), 008-2007-TR (26-4-2007)

La Ley N° 27626 es una de las normas que acusa mayores defectos en su estructuración. No solo es ambigua, confusa, en algunos casos ininteligible sino que también es contradictoria. En pocas palabras, tiene todos los atributos de una pésima ley desde el punto de vista formal, sin perjuicio de que uno pueda discrepar del fondo de lo regulado. Por ello, es que el Ejecutivo, en este caso el Ministerio de Trabajo se tuvo que esmerar para dictar un reglamento (D.S. N° 003-2002-TR) que permitiera a los usuarios de la ley poderla aplicar con la mayor seguridad posible, dentro de los límites que impone la facultad de reglamentar una ley, sin trasgredirla ni desnaturalizarla (Constitución artículo 118°, numeral 8).

Objeto de la ley

Regular la intermediación laboral del régimen laboral de la actividad privada y cautelar los derechos de los trabajadores.

Actividad principal

Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría (se entiende de forma inmediata) el funcionamiento y desarrollo de la empresa.

Clases de intermediación laboral

Intermediación de servicios temporales

Consiste en el destaque de trabajadores a la empresa usuaria a fin de que cumplan labores exclusivamente de naturaleza ocasional (distintas a las actividades habituales del centro de trabajo), o de suplencia, bajo la dirección y supervisión de la empresa usuaria.

Nótese que la ley vigente ha reducido a su mínima expresión la posibilidad de intermediación de servicios principales pero temporales, pues se ha eliminado la posibilidad de intermediar servicios temporales por inicio o lanzamiento de una nueva actividad, necesidades del mercado, reconversión empresarial, emergencia, contratos de obra o servicio específico, intermitente, de temporada, y temporales innominados. Esta es una clara reacción legislativa, desde nuestro punto de vista antitécnica, al abuso en que incurrieron muchos empleadores, así como las propias Empresas de Servicios Temporales y Cooperativas de Trabajadores. Si se hubiera contado con una adecuada inspección por parte del Ministerio de Trabajo, tales excesos no habrían ocurrido. Lamentablemente en nuestro país muchas veces se recurre a la fórmula fácil de modificar normas sin atacar el fondo del asunto, como si las leyes per se pudieran obrar milagros, cuando no es así.

Intermediación de servicios complementarios

Constituye actividad complementaria de la empresa usuaria, aquella que es 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.

Las empresas que prestan este tipo de intermediación deben asumir plena autonomía técnica y ser responsables del desarrollo de sus actividades.

Intermediación de servicios especializados

Consiste en prestar servicios complementarios de Alta especialización, pero de carácter auxiliar, secundario o no vinculado a la actividad principal, que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos, o particularmente calificados, tales como el mantenimiento y saneamiento especializados, para cuyo efecto destaca su personal a una empresa usuaria, en la que esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado.

Vale la pena comentar, que en la ley vigente desde un punto de vista estrictamente técnico no debía contemplar como empresas de intermediación laboral a las empresas de servicios complementarios ordinarios o especializados, toda vez que como hemos visto, la doctrina y la propia OIT consideran que la verdadera intermediación laboral se limita a proporcionar personal a la empresa usuaria encontrándose dicho personal bajo la dirección y supervisión directa de esta última y no de su empleador, a quien solo le queda el atributo de aplicar la facultad sancionadora.

Si las normas que regulan los servicios complementarios establecen que en caso de los ordinarios, que estas empresas deben asumir plena autonomía técnica y ser responsables del desarrollo de sus actividades, y en el supuesto de los servicios complementarios especializados que la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado, estas características difieren de la simple provisión de personal, por lo cual técnicamente le corresponderían constituir una forma atípica de tercerización de servicios; y decimos atípica por cuanto, como veremos más adelante la tercerización de servicios tiene que ver con las actividades principales de la empresa usuaria.

Es más, el Reglamento de la ley entre otras definiciones contenidas en su artículo 1° sobre intermediación de servicios complementarios o altamente especializados, es decir, los servicios complementarios ordinarios o especializados los conceptúa de la siguiente manera “Consiste en prestar servicios complementarios o especializados por una persona jurídica, que destaca a su personal a una empresa usuaria, para desarrollar labores complementarias o altamente especializadas, en la que esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado”.

Juan Carlos Cortés⁽³⁶⁾ refiriéndose a este tema señala lo siguiente “En consecuencia, la diferencia esencial entre las Empresas de Servicios Complementarios y de Alta Especialización con respecto a las Empresas de Servicios Temporales, es que los trabajadores destacados en las primeras no están subordinados a las empresas usuarias, lo que sí ocurre en el caso de las segundas. La única semejanza es que estamos hablando en todos los casos de trabajadores destacados, es decir que prestan su servicio en el local de la empresa usuaria”.

(36) Cortés Carcelén, Juan Carlos. “Las modificaciones reglamentarias en la intermediación laboral”, en: Actualidad Jurídica N° 163, Junio 2007, p. 241.

Más adelante al analizar el artículo 4° del Reglamento, tal como quedó modificado por el Decreto Supremo N° 020-2007-TR relativo a la tercerización de servicios, se pregunta “entonces, ¿qué distingue a estas empresas de tercerización de las empresas de servicios complementarios o de alta especialización?”, para concluir que “... constatamos la existencia de un primer gran error, denominar y regular conjuntamente, como si fueran lo mismo, a dos figuras totalmente distintas”.

Empresas que pueden prestar servicios de intermediación

La ley establece que pueden hacerlo las personas jurídicas, de acuerdo a la Ley General de Sociedades y también las Cooperativas de Trabajo Temporal y de Trabajo y Fomento del Empleo, en este último caso para intermediar servicios de carácter complementario o especializado.

En consecuencia, las personas naturales y las personas jurídicas reguladas por el Código civil (asociaciones, fundaciones y comités), y las empresas individuales de responsabilidad limitada (EIRL), no pueden prestar este tipo de servicios.

Supuestos de intermediación prohibidos

Los artículos 3°, 4°, 6° y 8° de la Ley, así como su Tercera Disposición Complementaria y Final, y el artículo 14° del Reglamento, y el artículo 34.1 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, enumeran los supuestos de intermediación laboral prohibidos, y son los siguientes: (i) Destaque de personal para prestación de servicios permanentes de la actividad principal de la empresa usuaria. Resulta obvio que si solo se permite intermediar labores principales pero temporales (suplencia y ocasional) o servicios complementarios, desplazar personal para que preste servicios principales y permanentes implica una modalidad de intermediación laboral prohibida; (ii) Destaque de personal para cubrir al que esté ejerciendo su derecho de huelga. La huelga es un derecho constitucionalmente reconocido a favor de los trabajadores como un medio de ejercer presión contra sus empleadores a fin de lograr determinadas reivindicaciones. Desde este punto de vista si frente a una huelga el empleador recurre a una empresa de intermediación laboral para que le destaque personal a fin de que supla a los que se encuentran ejecutando la medida de fuerza, entonces el objeto de la huelga se desvirtuaría. Y ello es lo que justifica que se considere esta situación como un caso de intermediación laboral prohibida. Sin embargo debe tenerse en cuenta que la *huelga* a que se refiere este supuesto es aquella que se realiza conforme a ley, porque las paralizaciones que son declaradas improcedentes en su aviso e ilegales en su ejecución por la Autoridad de Trabajo, no son propiamente huelgas, sino paralizaciones ilegales, por lo cual frente a esta situación somos de la opinión que la empresa afectada por una paralización ilegal está habilitada a recurrir a empresas de intermediación laboral para que le desplacen personal que supla a los trabajadores que ilegítimamente ha incurrido en una paralización de labores; (iii) Destaque de personal para cubrir personal en otra empresa de servicios o cooperativa. Lo que se prohíbe en este supuesto es que una empresa de intermediación laboral, para cumplir con un determinado contrato con la empresa usuaria, a su vez contrate con otra empresa de intermediación laboral para que le destaque personal que a su vez va a desplazar a la empresa usuaria para el fin antes indicado. Esto está prohibido. Las empresas de intermediación laboral deben contar con su propio personal contratado de acuerdo a las disposiciones laborales vigentes, es decir, a plazo indeterminado o a plazo fijo en los casos permitidos por la ley; (iv) Destaque de personal que tenga por objeto vulnerar

o limitar el ejercicio de derechos colectivos tanto de los trabajadores de la empresa usuaria como de los pertenecientes a la empresa intermediadora. Esta es una causal nada objetiva; por ello es que el Reglamento ha establecido que la nulidad de la intermediación solo procederá cuando se demuestre en juicio que la intermediación ha tenido como objeto o efecto directo la vulneración de los referidos derechos; (v) En caso de intermediación de servicios temporales, exceder del porcentaje limitativo del 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria. Esta exigencia es inocua pues dicho porcentaje se justificaba con la aplicación del Decreto Legislativo N° 728 en que como se ha visto se permitía la intermediación laboral en todos los supuestos de contratos temporales o de temporada, o intermitentes. Habiendo reducido la norma vigente los casos de intermediación laboral por servicios temporales solo a dos supuestos: uno prácticamente inexistente que es el servicio ocasional y otro relativamente utilizado que es la suplencia, el porcentaje de 20% resulta absolutamente exagerado; (vi) La intermediación para servicios temporales distintos de los que pueden cubrirse por contratos de naturaleza ocasional o de suplencia; (vii) La reiterancia del incumplimiento de la obligación de las empresas usuarias de solicitar la constancia de inscripción vigente de la entidad y retener copia de la misma durante la duración del contrato y de contratar a una entidad sin registro vigente, entendiéndose por reiterancia cuando persiste el incumplimiento y se constata en la visita de reinspección, o que en un procedimiento de inspección anterior, que la empresa usuaria incurrió en tal incumplimiento; y, (viii) La contratación por parte de la empresa principal (usuaria) de servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas que desplacen personal para cumplir con su contrato de tercerización de servicios, cuando se verifique en la inspección entre otras características, que estas empresas carecen de autonomía empresarial, no asumen las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, no cuentan con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, se trate de una simple provisión de mano de obra, y cuando sus trabajadores no estén bajo su exclusiva subordinación; es decir que no se trata de una verdadera tercerización de servicios.

Infracción de los supuestos de intermediación laboral y consecuencias

El artículo 5° de la Ley, su Tercera Disposición Complementaria, así como el artículo 14° del Reglamento, y artículo 34.1 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, señalan el procedimiento para la comprobación de las infracciones de los supuestos de intermediación laboral y sus consecuencias, estableciendo que la infracción debe ser debidamente comprobada por la Autoridad Administrativa de Trabajo y que de acreditarse la infracción, se entiende que existe relación laboral directa entre el trabajador destacado con la empresa usuaria desde el inicio de la prestación de sus servicios. Sobre este último tema debe señalarse que la Autoridad Administrativa de Trabajo no cuenta con facultades coercitivas para obligar a la empresa usuaria a incorporar en sus planillas a los trabajadores de las empresas de intermediación en caso se hubiera incurrido en un supuesto de intermediación prohibida. Lo máximo que puede hacer es requerir para el cumplimiento y frente al desacato imponerle una multa. Corresponderá a los interesados con base a lo actuado en el procedimiento de inspección recurrir al juez para que este si correspondiera obligue a la empresa usuaria a incorporar a dichos trabajadores en su planilla.

Finalmente la infracción por incurrir en una forma de intermediación laboral prohibida se considera como muy grave para la empresa usuaria y la empresa de intermediación laboral.

Fianza y responsabilidad solidaria

Los artículos 24° y 25° de la Ley así como los artículos 17° y siguientes del Reglamento regulan la fianza que deben otorgar las entidades así como la responsabilidad solidaria entre estas y las usuarias para garantizar los derechos de los trabajadores destacados.

En primer lugar se señala que las entidades, al suscribir contratos de intermediación laboral, deben garantizar mediante fianza el cumplimiento de obligaciones laborales y de seguridad social (previsionales) del personal destacado.

En lo que respecta a la responsabilidad solidaria con la empresa usuaria, se establece que esta alcanza a los derechos laborales, de origen legal o colectivo, no cubiertos por la fianza.

Registro Nacional de Entidades de Intermediación Laboral

La Ley, en sus artículos 13° al 17° y el Reglamento en sus artículos 7° al 12° regulan el Registro Nacional de Entidades de Intermediación Laboral ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

2. Tercerización de servicios (Outsourcing)

Pasemos ahora a analizar este tipo de vinculación empresarial, distinta a la intermediación laboral.

Definición y alcances

Jorge Tovar Velarde⁽³⁷⁾, refiriéndose al significado del término “outsourcing” señala lo siguiente: “Este concepto, el outsourcing, designado con un vocablo del idioma inglés, se conoce también, en castellano, como “tercerización de procesos”. La palabra inglesa alude a la utilización por una empresa de determinados servicios o apoyos de una fuente externa (out = fuera; source = fuente, origen, principio). El uso más extendido e intenso de la tercerización, en el ámbito de la gestión empresarial, es un fenómeno que se explica por el avance de la tecnología y la especialización. Cada vez con mayor convicción, cunde el convencimiento de que a una empresa le conviene confiar ciertas partes de su labor a terceros, para lograr las ventajas de una menor inversión propia en capital, un trabajo eficiente brindado por empresas especializadas en la tarea, y un menor coste.

Carlos Cornejo Vargas⁽³⁸⁾ considera que “pareciera que la *tercerización de servicios* y el *outsourcing* son sinónimos, lo que no es exacto. En efecto, si revisamos los antecedentes podremos advertir que el término *outsourcing* fue originalmente utilizado para hacer referencia a la contratación de empresas especializadas en la prestación de servicios de informática y que, con el correr del tiempo, la práctica empresarial de ir cediendo a terceras empresas la ejecución de actividades periféricas para concentrarse en las nucleares y distintivas, fue ampliando el alcance del citado término y creando la necesidad de acuñar uno nuevo que permitiera hacer referencia a las nuevas formas de organización empresarial. Dicho término

(37) Tovar Velarde, Jorge. “El Contrato de Outsourcing o Tercerización”. Artículo publicado en el Diario Oficial El Peruano el 4 de junio de 2004.

(38) Cornejo Vargas, Carlos; “Del Outsourcing a la Descentralización Productiva y a la Tercerización de Servicios: Algunas Consideraciones Teóricas” en la revista *Advocatus* N° 14, 2006-1, pp. 209, 210, y 211

es la *descentralización productiva*". Indica el mismo autor que "quienes se han ocupado de estudiar el tema refieren que el término *outsourcing* proviene de la experiencia empresarial americana, que empieza a utilizarlo a principios de los años 90 para identificar nuevas formas de organización empresarial sobre la base de la presencia de nuevas tecnologías".

Agrega el autor "Así pues, resulta que, originalmente, el *outsourcing* consistía en ... ceder a un tercero todos o partes de los servicios informáticos propios, para que ese tercero se los preste a través de un contrato de servicios.... En este sentido podemos afirmar que el término *outsourcing* se refiere a la externalización de los servicios de informática y de tecnología de la información y que la *descentralización productiva* refiere a la *externalización* de algunas actividades que no sean distintivas... Sin embargo, la transición anterior no fue la única. En efecto, ha existido otra que no ha llegado a desplazar al término *descentralización productiva*, pero que sí ha llegado a cobrar una notoriedad que no pasa desapercibida. Nos referimos al término *tercerización de servicios*. Probablemente a partir de las diferentes definiciones ... se haya tomado lo que para algunos puede ser la principal característica de la *descentralización productiva*: la contratación de un tercero, a quien se le carga la ejecución de un servicio determinado. De ahí viene el término *tercerización de servicios*.... Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que los términos *descentralización productiva* y *tercerización de servicios* son sinónimos. No sucede lo mismo con el término *outsourcing*, toda vez que reiteramos este último está referido solamente a la externalización de servicios informáticos y la tecnología de la información".

A nivel de la OIT no existe aún un pronunciamiento definitivo sobre el tema, es decir, no se ha aprobado convenio alguno.

El intento de hacerlo en la 86ª Reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo celebrada en Ginebra en Junio de 1998 no prosperó por falta de consenso.

Alfredo Villavicencio⁽³⁹⁾, refiriéndose a este nuevo tipo de vinculación empresarial manifiesta que "sin embargo, el fin de siglo nos ha deparado un florecimiento de estas formas tradicionales (intermediación laboral) y el surgimiento de nuevas maneras de prestar servicios en similares situaciones que están operando una redefinición del paradigma productivo y del trabajador, con un impacto importante en la esfera del Derecho del Trabajo. A este fenómeno se le denomina de muy diversas maneras, siendo las más comunes las de subcontratación, tercerización, externalización, exteriorización del empleo, descentralización o desconcentración productiva o funcional...". (entre paréntesis agregado) inclinándose por el término subcontratación "... porque engloba con mayor facilidad las principales modalidades existentes ... y porque además es el término que viene utilizando la OIT".

Lo cierto es que, respetando las disquisiciones anteriores, en nuestro medio se reconoce al *outsourcing* puro o *verdadero outsourcing* como la tercerización de servicios que realiza una empresa (usuaria o principal) que contrata a otra que presta el servicio de tercerización sin desplazamiento de trabajadores a la empresa contratante (principal o usuaria) de dichos servicios, siendo que, además, la reciente Ley N° 29245 de 23 de junio de 2008, establece los casos que constituyen tercerización de servicios, en los siguientes términos: "Constituyen tercerización de servicios, *entre otros*, los contratos de gerencia, conforme a la Ley General

(39) Villavicencio Rios, Alfredo. "La Intermediación Laboral Peruana: Alcances (no todos apropiados) y Régimen Jurídico", en *Ius Et Veritas*, Año XIV, N° 29, p. 143.

de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa (*outsourcing*), los contratos que tiene por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo" (artículo 3°), (entre paréntesis agregado); constituyendo una modalidad de la tercerización de servicios la subcontratación cuando establece que "las empresas que presten servicios de tercerización podrán subcontratar siempre y cuando la subcontratista cumpla con los requisitos establecidos en la presente ley". (Primera Disposición Complementaria).

Es más, el Reglamento de la Ley de los Servicios de Tercerización, conceptúa la tercerización como "... una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras que le proveen de obra o servicios vinculados o integrados a la misma".

2. Indebidas limitaciones a la tercerización de servicios

De la revisión efectuada de la doctrina, fundamentalmente nacional, hemos podido advertir con preocupación, que se pretende limitar al *outsourcing* o tercerización de servicios a las *actividades principales pero periféricas o auxiliares de la empresa principal o usuaria*, indicándose de manera genérica que las actividades *nucleares* quedan reservadas para ser ejecutadas directamente por la empresa principal o usuaria. En otros términos esta doctrina estaría sosteniendo que las actividades esenciales no podrían ser tercerizadas.

En esta línea de pensamiento, además de Carlos Cornejo a quien ya hemos citado, Ben Schneider⁽⁴⁰⁾ señala que "... el *outsourcing* se convierte en un medio para que las empresas se concentren en sus verdaderas áreas de trabajo y puedan acceder, de una manera operativamente eficaz a otras especialidades, desconocidas para ellas, a través de personal externo experto en dichos temas... fenómeno que, a grandes rasgos consiste en la externalización ... de todas las áreas de la compañía que *no se consideran claves para el negocio o no forman parte de su core business*".

De ahí Carlos Cornejo⁽⁴¹⁾ llega a la conclusión "... que la *descentralización productiva* es una forma de organización managerial que autoriza encargar a terceras empresas la ejecución de labores accesorias y auxiliares que permiten a la compañía contratante concentrarse en la ejecución de sus *actividades distintivas o principales*, aquellas en cuya ejecución tiene una ventaja comparativa respecto de sus competidores"; para más adelante desarrollar lo que se debe entender por *actividades distintivas*.

Otros autores también se pronuncian en el mismo sentido, como por ejemplo César A. Fernández Fernández y Jorge Córdova Santolalla⁽⁴²⁾, cuando citando a Pinkas Flynd, señalan que "... el *outsourcing* es además: *una herramienta de gestión a través de la cual una empresa determinada puede optar por concentrarse únicamente en su core business y no tomar parte en procesos importantes, pero no inherentes a sus actividades distintivas, para los cuales contratará un proveedor de servicios especializados y eficiente, que a la larga se convertirá*

(40) Schneider, Ben. "Outsourcing, la Herramienta de Gestión que Revoluciona el Mundo de los Negocios". Editorial Norma S.A., Bogotá, Colombia, Abril de 2004, p. 34.

(41) Cornejo Vargas, Carlos, Op cit. p. 212.

(42) Fernández Fernández, Cesar A., Córdova Santolalla, Jorge. "El Outsourcing, Herramienta Eficiente en la Gestión Empresarial Moderna", Revista Jurídica del Perú, 2005, Año LV N° 60, p. 243.

en un valioso socio de negocios. ... la razón de ser del outsourcing es que las empresas deben concentrarse para hacer aquello para lo cual son eficientes y competitivas”.

Esta doctrina, desde nuestro punto de vista, en la forma que ha sido enunciada, puede resultar limitante. En todo caso responde al proceso de desarrollo de la tercerización de servicios pero no a la realidad y a la característica misma de este fenómeno que, como se ha visto es relativamente nuevo; y menos aún a lo establecido por la legislación peruana sobre la materia.

La pregunta que nos formulamos es: ¿cuál es esa *actividad nuclear* reservada a la empresa usuaria o principal?. Creemos que todo lo que se diga son simples enunciados o especulaciones, pues la decisión sobre lo nuclear o no nuclear corresponde a la subjetividad del empresario, por ello la ley no la ha determinado, y que, en general, no debe ni puede hacerlo, pues resultaría absolutamente arbitrario e iría contra la naturaleza de la libertad de las decisiones empresariales, salvo excepciones que más adelante mencionaremos a modo de ejemplo.

Alfredo Villavicencio⁽⁴³⁾ reconoce este problema cuando señala que “el paso del paradigma productivo *fordista al toyotista*, con las ya mencionadas transformaciones en la organización del trabajo y de la producción, que están conduciendo a una mayor especialización productiva, con su correlato de externalización de las actividades secundarias o periféricas, lo que a su vez permite una mayor reducción de costos, y una minimización de la mano de obra utilizada directamente. Este fenómeno *está llevando a que se amplíe el radio de acción de las actividades tercerizadas, con las consiguientes dificultades a la hora de precisar si se trata de actividades secundarias o principales* y con muchos problemas a la hora de precisar el grado de responsabilidad frente a los trabajadores de dichas empresas económicamente vinculadas”.

Sin embargo, lo que resulta preocupante es que dicha doctrina ha tenido impacto en algunos pronunciamientos emitidos por el Poder Judicial; así por ejemplo, la sentencia de primera instancia de 22 de febrero de 2006 dictada por el 19° Juzgado Laboral de Lima, Expediente N° 183419-2003-00356, en los seguidos por don José Antonio Quispe Pineda contra las empresas Sedapal y Concyssa S.A., sobre regularización de contrato de trabajo, a fin de establecer que la verdadera relación laboral entre el demandante debe ser con Sedapal y no con Concyssa, el juez, basándose en la opinión doctrinal de Jorge W. Peyrano⁽⁴⁴⁾ según la cual “... La empresa que acomete un proceso de outsourcing deja de gestionar internamente la operativa de una serie de funciones o procesos que no están relacionados con sus competencias *nucleares* para adquirirlas a un proveedor externo”, lo lleva “... a la conclusión de que se puede tercerizar cualquier actividad o proceso por más importante que este sea, pero que no se considere crítico para la elaboración de un producto o la prestación de un servicio, para lo cual hay que determinar las *actividades distintivas de la empresa* a efectos de resguardar y mantener el liderazgo de esta empresa y para evitar el fraude a las normas y derechos laborales”. (Duodécimo Fundamento).

(43) Villavicencio Rios, Alfredo. Op. cit. p. 144

(44) Peyrano, Jorge W. “La Privatización, Transferencia o Tercerización de Funciones Judiciales”, Revista Uruguay Derecho Procesal N° 3, Año 2000, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Uruguay.

Luego el juez laboral analiza lo que a su criterio son las actividades nucleares de la empresa Sedapal: servicios de agua, desagüe y alcantarillado en las ciudades de Lima y Callao, así como el desarrollo, control, operación y mantenimiento de dicho servicio, llegando a la conclusión de que Concyssa, en virtud de contrato de tercerización, desarrolla esas actividades nucleares por lo cual, en aplicación del principio de primacía de la realidad considera que no es posible ese tipo de tercerización y que en consecuencia el verdadero empleador del demandante es Sedapal.

Apelada la sentencia, la Tercera Sala Laboral, mediante resolución de 23 de noviembre de 2006, la confirmó sustentándose en la opinión de Ben Schneider antes glosada, mencionándose además que “revisada la sentencia se observa que en la misma se han determinado de manera clara y precisa las labores efectuadas por el actor así como la actividad principal, *nuclear o distintiva de la empresa*, la que como en reiteradas ejecutorias se ha determinado que no pueden ser tercerizadas ...”, habiéndose producido un voto en discordia pronunciándose por la revocatoria de la demanda la que debía declararse infundada, basándose en que la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante sentencia de 26 de mayo de 2005, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21 de noviembre de 2005, determinó la constitutividad del sistema de tercerización laboral contenidas en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR.

Nos preguntamos ¿cómo es posible que con base a la “doctrina”, el juez y la Sala Laboral hayan podido declarar fundada la demanda?. ¿Acaso existe algún dispositivo legal que establezca cuáles son las actividades nucleares o fundamentales de la empresa usuaria?. No existe tal norma.

Siguiendo la lógica del Juzgado y Sala Laboral, nos volvemos a preguntar ¿Cuál sería la actividad principal o nuclear por ejemplo en la minería?. ¿no sería acaso la exploración, la explotación y el beneficio?, siendo que precisamente estas tres actividades “nucleares” son materia de tercerización a través de los denominados “contratistas mineros”, conforme a lo previsto por la Ley General de Minería? (TUO LGM, art. 37, numeral 11).

¿Qué es finalmente la actividad nuclear en una empresa? Existen empresas en el mundo que tercerizan todos los procesos productivos, reservando para sí la administración de esa tercerización prácticamente total.

Por ello, con todo el respeto que nos merece la judicatura, debemos afirmar que ni la Autoridad Administrativa de Trabajo ni los jueces tienen la potestad de establecer qué es lo nuclear o no nuclear en la actividad empresarial. Esa decisión, como norma general, corresponde exclusivamente al empresario, quien conforme a la Constitución (arts. 58°, 59° y 60°) y a la Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada (Decreto Legislativo N° 757) solo le compete a él el derecho de organizar y desarrollar sus actividades “en la forma que juzgue conveniente” (artículo 9°), sin otras restricciones que las de no ser lesivas a la moral, a la salud ni a la seguridad públicas.

Conversando sobre este tema con Alfonso de los Heros Pérez Albela (12-9-2008), consideró que finalmente el *core business* no es otra cosa que el “manejo de la idea del negocio” que solo la conoce y determina el dueño del mismo y por ende no puede ser establecida ni por la Autoridad Administrativa ni por la Autoridad Jurisdiccional, porque ninguna disposición legal le ha otorgado tal facultad, habida cuenta que iría contra la esencia de la organización de la empresa.

En el caso que nos ocupa, y salvo que Sedapal tenga alguna limitación legal que desconocemos y que en todo caso no ha sido mencionada en la sentencia comentada, si decidiera tercerizar absolutamente todas las actividades y encargar a terceras empresas todas las funciones de agua, desagüe, alcantarillado, reteniendo para sí la administración de las relaciones con las empresa tercerizadoras para asegurar el cumplimiento eficiente de sus objetivos empresariales, ¿qué lo impediría, si tal decisión resultara en beneficio de los usuarios?. ¿Acaso no estaría cumpliendo en tal sentido a cabalidad con sus funciones?.

Situación distinta es si la ley, basada en la Constitución, establece restricciones como por ejemplo en la actividad bancaria, según la cual no se pueden tercerizar aquellas actividades que han sido materia del otorgamiento de la licencia de funcionamiento por la Superintendencia de Banca y Seguros (Art. 87°); o, en las actividades reguladas (Art. 58°); o en el caso del Poder Judicial (Arts. 138° y 139° 1), que no podría tercerizar la actividad jurisdiccional por cuanto su Ley Orgánica se lo impide, sin embargo otras actividades principales no restringidas por la ley sí podrían tercerizarse.⁽⁴⁵⁾

En consecuencia, salvo que la ley basada en norma constitucional establezca de manera expresa limitaciones a la tercerización por la naturaleza de las actividades que se desarrollan, la decisión de tercerizar total o parcialmente las actividades productivas o de servicios depende del dueño del negocio, quien obviamente retendrá aquella actividad que considere importante a sus intereses, toda vez que si no reservara alguna es porque dejó de ser dueño del negocio; pero la actividad que retiene para sí responde única y exclusivamente a su decisión subjetiva y no puede ser impuesta ni determinada, dentro del marco constitucional y legal vigentes ni por la ley ni por la Autoridad Administrativa de Trabajo y tampoco por decisión jurisdiccional.

Por lo expuesto, resulta preocupante este tipo de pronunciamientos jurisdiccionales basados en una doctrina en plena evolución y que responde en todo caso a un periodo de esa evolución.

Hemos podido averiguar a través de la página web de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República que lo resuelto por la Sala Laboral ha sido motivo de recurso de casación (Expediente N° 000261-2007) y que la vista de la causa se produjo el 22 de mayo de 2008, sin que hasta la fecha de elaboración de esta Ponencia se haya resuelto. Confiemos en que la Corte Suprema de la República sabrá enmendar lo decidido en las instancias inferiores y sentar un criterio definitivo sobre esta materia que dará seguridad jurídica a estas actividades empresariales.

Sin embargo, en casos de demandas similares dirigidas contra Sedapal y Concyssa S.A., los resultados no han sido iguales. Así, en la demanda incoada por Richard Norberto Neyra contra las mismas empresas y ante el mismo Juzgado, pero suponemos distinto juez,

(45) La Ley N° 27444 Del Procedimiento Administrativo General regula en su artículo 71° el "Encargo de Gestión", según el cual en el numeral 71.1 establece que "La realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano puede ser encargada a otros órganos o entidades por razones de eficacia o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma". En el numeral 71.4 se señala que "Mediante norma con rango de ley, puede facultarse a las entidades a realizar encargos de gestión a personas jurídicas no estatales, cuando razones de índole técnico y presupuestado lo haga aconsejable bajo los mismos términos previstos en este artículo. Dicho encargo deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo."

Expediente N° 183419-2003-00355, por sentencia de 7 de julio de 2004 se declaró infundada la demanda por cuanto no fue posible al juez distinguir con claridad cuál era la actividad principal de Sedapal y porque Concyssa ejerció como empleador la facultad de dirección y fiscalización de su personal, entre ellos el demandante, cumpliendo además con todas sus obligaciones. (Fundamento Décimo quinto).

En otra demanda, esta vez iniciada por Leonel Rogger Gonzáles Llacsca contra las mismas empresas y por la misma pretensión, Expediente N° 2004-0025-0-1812-JM-LA-01, seguido ante el Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de El Agustino, el Juez declaró infundada la demanda, sosteniendo que "... la legislación nacional ha recogido el tema de la tercerización de servicios ... no estableciendo limitaciones como sí lo ha efectuado en el caso de la intermediación laboral. ..." (Fundamento Séptimo); sosteniendo más adelante "Que respecto, al tipo de servicio que la empresa Concyssa se obliga a brindar, se puede fácilmente deducir que se trata de un servicio integral, el cual incluye la provisión de personal para desarrollar la obra. ... Con esto queda evidenciado que no se trata de una simple provisión o destaque de personal, sino que en realidad y entendiendo el contrato de conformidad con el artículo 169° del Código Civil, se trata de una verdadera tercerización de servicios..." (Fundamento Décimo segundo). Apelada la sentencia por el demandante, la Sala Laboral mediante Resolución de 28 de septiembre de 2006, confirmó la de primera instancia, pero con tres votos en discordia, pronunciándose por la nulidad de la sentencia a fin de que se efectúe una mayor investigación. Interpuesto el recurso de casación, este fue declarado improcedente por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución de 18 de marzo de 2008 (Casación N° 3777-2006).

Puede entonces observarse que si bien no existe criterio unánime, encontramos a nivel de las Salas Laborales criterios discrepantes que, por razones de seguridad jurídica para el desarrollo de estas actividades debe uniformarse por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En abono de todo lo mencionado debe tenerse presente, además, que ni el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral N° 27626, tal como quedó modificado por el Decreto Supremo N° 020-2007-TR que se refirió a la tercerización de servicios, ni la nueva Ley N° 29245 que la regula específicamente, ni su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR, al que nos hemos referido anteriormente, contemplan restricción alguna. Por el contrario, en ambas se refieren como clases de tercerización a los contratos de obra, entre otros, y en lo que respecta a la nueva ley, de manera muy clara se entiende que los supuestos de tercerización mencionados en dicha ley son solamente enunciativos mas no taxativos. Además, en ninguna de las dos normas se estableció, como no podía hacerse, cuáles eran las actividades *nucleares* que no podían ser materia de tercerización de servicios.

2.3. Marco normativo anterior: artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Decreto Supremo N° 020-2007-TR.

Este Decreto Supremo no es otro que el Reglamento de la Ley N° 27626 sobre intermediación laboral al que nos hemos referido anteriormente. Sucede que, como se ha expuesto, la Ley N° 27626 sobre Intermediación Laboral era tan confusa, al haber incluido en ella figuras que técnicamente no tienen que ver estrictamente con la intermediación laboral como son los servicios complementarios, más aún los altamente especializados, que,

a efectos de precisar los alcances de la citada ley y otras figuras que no tenían que ver con la intermediación, se tuvo que, pedagógicamente, en el artículo 4° del Reglamento referirse a la Tercecerización de Servicios, con el objeto de precisar que determinadas figuras contractuales existente en nuestro ordenamiento jurídico, no constituían intermediación laboral. Así, se mencionaron los siguientes supuestos: (i) Los contratos de gerencia, conforme al artículo 193° de la Ley General de Sociedades, según el cual “Cuando se designe como gerente a una persona jurídica, esta debe nombrar a una persona natural que la represente al efecto, la que estará sujeta a las responsabilidades señaladas en este Capítulo, sin perjuicio de la que correspondan a los directores y gerentes de la entidad gerente y a esta”; (ii) Los contratos de obra regulados por el Código Civil; (iii) Los procesos de tercecerización externa (outsourcing) igualmente regulados por el Código Civil o Código de Comercio; (iv) Los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa, regulado por el Código Civil o por la Ley General de Minería tratándose de concesiones mineras y de sus actividades de exploración, explotación y beneficio; y, (v) Los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, conforme al Código Civil.

La norma reglamentaria añadió que las empresas que prestaban estos servicios de tercecerización debían reunir los siguientes requisitos: (i) Asunción de las tareas contratadas por su cuenta y riesgo; (ii) Contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; y, (iii) Que los trabajadores se encuentren bajo su exclusiva subordinación.

Asimismo, el último párrafo del citado artículo 4° estableció como elementos coadyuvantes, es decir que contribuyen, asisten o ayudan a la consecución de algo⁽⁴⁶⁾, en este caso a la identificación de las actividades de tercecerización: (i) La pluralidad de clientes; (ii) El equipamiento propio; y, (iii) La forma de retribución de la obra o servicio que no debía consistir solo en el reembolso de remuneraciones, porque ello evidenciaría que se trataba de una simple provisión de personal.

Algunos congresistas y organizaciones sindicales consideraron, erróneamente, que el contenido del artículo 4° implicaba una forma de desnaturalización de lo que perseguía la ley que restringía la intermediación laboral. Es así como, el Sindicato Unitario de Trabajadores Operarios de Estaciones de Control de Agua Potable y Alcantarillado interpuso una acción popular contra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, a efecto de que se declare la ilegalidad y la consecuente inaplicabilidad del referido artículo 4°, Expediente N° 030-2003-AP, “... al crear una nueva figura jurídica denominada tercecerización de servicios, distinta la establecida por ley”.

Lo curioso del asunto es que la Sala Laboral declaró fundada la acción popular al establecer que la norma reglamentaria se había excedido al contemplar una figura distinta a la intermediación laboral que era lo regulado por la Ley N° 27626, pronunciándose por la inaplicación del artículo 4° del Reglamento.

Felizmente, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República revocó la resolución de primera instancia, declarando infundada la demanda, señalando que “es de concluir que el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR no regula una institución ajena a la Ley N° 27626 sino que por el contrario el espíritu y sentido

(46) Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Tomo 3, p. 387.

de la norma reglamentaria cuestionada, al precisar supuesto de tercecerización de la mano de obra, ha sido el de establecer criterios de identificación y diferenciación entre esta y la intermediación laboral, no pretendiendo de ninguna manera regular aquella, no evidenciándose por tanto la alegada contravención a la jerarquía de la ley”.

Con fecha 20 de septiembre de 2007, se publicó el Decreto Supremo N° 020-2007-TR, que modificó el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR.

El referido dispositivo incluyó expresamente la prohibición de que la utilización de las modalidades de tercecerización antes citadas, cuando las mismas incluyan el desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa contratante, afecten los derechos laborales o de seguridad social de los trabajadores. Asimismo dispuso que en los contratos de tercecerización debían constar por escrito, especificándose: (i) la actividad empresarial a ejecutar; y, (ii) las unidades productivas o ámbitos de la empresa contratante en que se prestará el servicio (Artículo 4-A).

De otro lado, reiterando lo dispuesto en la Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 27626 (Ley de Intermediación Laboral), se señaló que, si algún contrato de servicios de tercecerización incumplía con lo señalado anteriormente, o implicaba una simple provisión de personal, se consideraría la existencia de relación laboral directa entre los trabajadores desplazados y la empresa contratante del servicio (Artículo 4-B).

Finalmente, se contemplaban una serie de disposiciones para reafirmar la protección de los derechos laborales de aquellos trabajadores desplazados en una tercecerización de servicios (Artículo 4-C). Tales disposiciones fueron las siguientes: (i) se reafirmó que los trabajadores desplazados en una tercecerización, contratados a plazo fijo (contratos sujetos a modalidad), tenían los mismos derechos que los trabajadores contratados por tiempo indefinido, con respecto a su empleadora (empresa de tercecerización); (ii) se reafirmó el reconocimiento a los trabajadores desplazados en una tercecerización, de sus derechos a sindicación, negociación colectiva, huelga, indemnización por despido arbitrario, indemnización por resolución arbitraria de contrato, reposición y pago de remuneraciones devengadas (cuando correspondía), respecto de su empleadora (empresa de tercecerización); (iii) se prohibía la utilización de tercecerización de servicios o la contratación a plazo fijo, para limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho a negociación colectiva, interferir en las actividades de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga, o afectar a los dirigentes amparados por fuero sindical; (iv) se reafirmaba la facultad de los trabajadores de: (a) interponer denuncias ante la Autoridad Administrativa de Trabajo o recurrir al Poder Judicial para solicitar la protección de sus derechos colectivos (libertad sindical, negociación colectiva y huelga), (b) solicitar la verificación de la naturaleza de los contratos a plazo fijo, (c) impugnar la no renovación de los contratos cuando tuviera por finalidad perjudicar el derecho de libertad sindical o de negociación colectiva o violara el principio de no discriminación a fin de obtener, si correspondiera, su reposición, (d) exigir su reconocimiento como trabajador de la empresa contratante; y, (e) exigir el pago de indemnizaciones, costas y costos declarados de un proceso judicial, sin perjuicio de las multas correspondientes; y, (v) se señalaba expresamente la posibilidad de que los reclamos administrativos y judiciales puedan ser acumulados, y se reafirma la facultad de los trabajadores de utilizar todos los actos procesales necesarios para la defensa de sus derechos laborales.

Desde un punto de vista de técnica legislativa, lo consignado en los artículos 4A y 4C sobre el respeto de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores desplazados a la empresa usuaria, constituía una repetición que no tendría otro sentido que enfatizar que estos trabajadores gozan de tales derechos, lo cual, per se, no es ninguna novedad, desde que todos los trabajadores que prestan servicios subordinados y remunerados en el ámbito privado, se encuentran amparados por el régimen laboral de la actividad privada.

Lo que sí constituyó un exceso, con ribetes de inconstitucionalidad, son las dos facultades que el artículo 4C otorga a los trabajadores desplazados y las consecuencias que de esas facultades se infiere podrían ocurrir.

Nos referimos a la facultad que otorgaba la norma a los trabajadores a, indistintamente recurrir a la Autoridad Administrativa de Trabajo o al Poder Judicial, para "... *impugnar la no renovación de un contrato* para perjudicar el ejercicio del derecho de libertad sindical, de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación, y *obtener*, si correspondiera, *su reposición* en el puesto de trabajo ...".

Esto realmente constituyó y constituye un exceso, pues como veremos más adelante la norma vigente simplemente se limitó a copiar este texto sin reparar en el dislate en que había incurrido.

En efecto, se crea una tremenda inseguridad jurídica pues la Autoridad Administrativa de Trabajo no está facultada para ordenar la reposición de un trabajador; no es juez, y en segundo lugar, porque ni la Autoridad Administrativa de Trabajo ni el juez pueden obligar a un empleador a prorrogar un contrato de trabajo a plazo fijo en la medida que objetivamente lo sea así, habida cuenta que de ser fraudulento o simulado estaríamos frente a un contrato a plazo indeterminado, porque violaría la norma constitucional que protege la libertad de contratación (artículo 2º, literal 14). Esta situación puede dar lugar a distorsiones como por ejemplo, que un trabajador contratado a plazo fijo por la empresa de servicios de tercerización sospeche que no se le va a renovar su contrato y decide organizar un sindicato, notifica de ello a su empleador y, cuando al vencimiento de su contrato no se le prorroga, sostenga que ello es consecuencia de haber hecho uso de su derecho a la libertad sindical y, con base a este argumento *impugne la no renovación* y pretenda obligar al empleador a renovar su contrato, lo cual constitucionalmente resulta inviable.

Debe tenerse en cuenta que los trabajadores contratados a plazo fijo conforme a ley, tienen todos los derechos individuales o colectivos que los contratados a plazo indeterminado, en tanto dure el plazo del contrato. Así, pueden afiliarse a un sindicato, ser elegidos para ser miembros de la junta directiva y representar a los trabajadores pero todo ello hasta la conclusión de su contrato. Así son las reglas en esta materia.

Se trata entonces de facultades absurdas pues ni la Autoridad de Trabajo ni el Juez, que no son parte en el contrato, pueden sustituir a una de las partes del mismo, en este caso al empleador para prorrogar el contrato (en qué condiciones, por cuánto tiempo, etc.: imposible).

2.4 Marco legal actual: Ley N° 29245 (24-6-2008), modificada por Decreto Legislativo N° 1038 (25-6-2008), Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR (11-9-2008)

El texto que ingresó al debate del Pleno del Congreso de la República y que dio lugar a la actual Ley N° 29245, de haber sido aprobada sin modificación alguna hubiera contenido una serie de rigideces e inconstitucionales que hubieran comprometido a la libertad de empresa, pues hubiera restringido las actividades empresariales más allá de los supuestos limitativos previstos por la Carta; e incluso, tal como estaba redactada, hubiera permitido que algún inspector o juez considerara que no cabía la tercerización de servicios tratándose de contratos de gerencia, pese a estar regulado por la Ley General de Sociedades, o los procesos de tercerización externa, es decir el verdadero outsourcing; o los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa; y las subcontratas; lo cual, de aprobarse en esos términos hubiera ocasionado todo un caos en el sistema empresarial, poniendo en riesgo miles de puestos de trabajo.

Felizmente en el debate y con la decidida intervención del Ministro de Trabajo se pudo enmendar en parte los dislates del proyecto, dando origen a la actual Ley N° 29245 en la que lamentablemente subsisten una serie de defectos que originaron que se introdujeran precisiones al día siguiente de su publicación, a través del Decreto Legislativo N° 1038. En efecto, el 24 de junio fue publicada la Ley N° 29245 y el 25 de junio se publicó el referido Decreto Legislativo. Que se recuerde, nunca una norma laboral dictada por el Congreso sufrió modificaciones, por cierto necesarias pero insuficientes, al día siguiente de su publicación.

Con fecha 12 de septiembre de 2008 se ha publicado su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que cumple la misma finalidad que el Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral: Hacer posible la correcta aplicación de la norma legal, muy mal estructurada, así como salvar, sin desnaturalizarla, algunas exigencias realmente impropias que contenía, como se verá más adelante.

Objeto de la Ley

Es objeto de la ley regular los casos en que procede la tercerización, los requisitos, derechos y obligaciones, así como las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalizan el uso de este método de vinculación empresarial (art. 1º). Este artículo repite el texto original que fue motivo de discusión en el Pleno del Congreso. Hubiera sido muy peligrosa su aplicación de no haberse introducido modificaciones al artículo 3º sobre los supuestos o casos que constituyen tercerización de servicios en el que, a modo de ejemplo ("*entre otros*"), se enumeran diversas posibilidades de tercerización.

Definición

El artículo 2º de la ley intenta dar una definición aunque insuficiente de *tercerización*, al señalar que "Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras ..." para luego referirse a los requisitos que deben cumplir estas empresas para ser consideradas como tales, lo que es un tema extraño a la propia definición.

Indudablemente que esta definición es insuficiente por cuanto debía contener algunos elementos importantes como el referido a que la tercerización de servicios comprende las

actividades principales de la empresa usuaria del servicio de tercerización, a fin de diferenciarla del concepto de intermediación laboral.

Es el Reglamento en su artículo 1°, sobre definiciones, que contempla una definición coherente sobre la materia al definirla como "... una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados, o integrados a la misma".

Lo ideal hubiera sido que la empresa denominada "principal" se le hubiera identificado como "usuaria" que es el término que se utiliza para la intermediación laboral y que, la OIT igualmente lo usa, como se ha visto anteriormente; y ello para hacer más entendible la propia definición de este tipo de vinculación empresarial que lo que hace es tercerizar actividades "principales".

Aparte de este comentario de índole semántico, es importante resaltar que la definición pone de manifiesto que la empresa usuaria de los servicios de tercerización puede tercerizar sus actividades principales a una pluralidad de empresas, de acuerdo a las decisiones que el dueño del negocio adopte sobre la mejor forma de conducirla y de lograr su objeto social; el otro comentario es que con esta definición la ley perdió la oportunidad de comprender en ella a los servicios complementarios, que como ya se ha mencionado están más cercanos a la figura de tercerización de servicios que a la intermediación laboral. Y así se previó en el proyecto que se sometió a discusión del Pleno. En este caso desafortunadamente, en el debate general se decidió la exclusión de los servicios complementarios como parte de la tercerización de servicios, que era lo técnico y propio.

Ámbito

La ley no ha definido el ámbito al que se aplica la norma sobre tercerización de servicios o servicios de tercerización, con lo cual existía la duda si, además de comprender a las empresas del sector privado, también lo hacía respecto de las entidades del Estado, que en la realidad de los hechos no solo recurre a las empresas de intermediación laboral sino que terceriza algunos de sus servicios principales con las restricciones que establece la Constitución y las leyes de desarrollo respectivas.

Antes de la expedición del Reglamento la respuesta a las posibilidades de que el Estado pudiera celebrar contratos de intermediación laboral y de tercerización de servicios, la encontramos en el artículo 71° de la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General referido al "Encargo de gestión" al que nos hemos referido anteriormente.

Sin embargo es el Reglamento en su artículo 2° el que se ha encargado de despejar toda duda sobre la materia, pues señala que "la tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia". En pocas palabras la ley bajo comentario no comprende en su ámbito al sector público, lo cual podría merecer algún tipo de cuestionamiento en la medida en que, por ejemplo, en el ámbito público que conocemos, no está prevista la solidaridad en el pago de los derechos y beneficios de los trabajadores desplazados, en este caso a la entidad pública, lo que coloca al Estado en una situación de privilegio respecto de las empresas privadas y, en un probable peligro a los trabajadores desplazados en caso que la empresa que presta el servicio de tercerización no cumpla con sus obligaciones laborales. Se requiere

entonces que el Estado sea muy estricto en este tipo de contrataciones y convenga con la empresa contratada su derecho a fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores con desplazamiento continuo.

Lo cierto entonces es que, conforme al Reglamento, la ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores se encuentren sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal "... siempre que se produzca con *desplazamiento continuo* de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas".

Una de las precisiones o modificaciones que introdujo el Decreto Legislativo N° 1038 a la ley fue precisamente el vinculado a que la tutela de la misma (arts. 4° a 9° de la ley) se dirija exclusivamente a los supuestos de tercerización con desplazamiento continuo de personal (artículo 2°), con lo cual la tercerización externa o outsourcing quedó excluida de esas normas.

En consonancia con el Decreto Legislativo, y yendo tal vez un poco más allá, la norma reglamentaria circunscribe la aplicación de la ley, en general, a los casos de tercerización con desplazamiento continuo de trabajadores, lo que significa que el verdadero outsourcing, es decir la tercerización sin desplazamiento continuo así como las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la ley, tal como lo establece el último párrafo del artículo 2° del Reglamento.

Aún cuando carece de trascendencia, lo cierto es que la ley en sus artículos 2° y 3° sobre lo que se entiende por tercerización y los requisitos que deben cumplir las empresas que prestan este servicio, así como los casos que constituyen tercerización de servicios, se refieren de manera general a todos los supuestos, incluido el outsourcing puro, es decir los procesos de tercerización externa.

Sin duda, la razón que debe haber llevado a quienes redactaron la norma reglamentaria no ha sido otra que centrar el objeto sustantivo de la tutela que persigue la ley, es decir la protección de los derechos de los trabajadores cuando se da el desplazamiento hacia la empresa usuaria o los centros de operación de esta última, en el entendido que tratándose de un outsourcing puro, tal tutela resulta innecesaria, por cuanto en la generalidad de los casos se trata de empresas debidamente constituidas que cuentan con pluralidad de clientes, lo que permite garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social, como cualquier otra empresa que actúa en el mercado.

A nuestro criterio la tutela debió extenderse a la tercerización externa de servicios (outsourcing) cuando no existe pluralidad de clientes, desde que tanto la outsourcing como sus trabajadores en el fondo son económicamente dependientes de la empresa principal, lo que sugiere la posibilidad de un mayor riesgo en caso de resolución del contrato de tercerización y un mayor peligro respecto del cumplimiento de los derechos y beneficios de los trabajadores de la empresa que presta el servicio de tercerización externa.

Requisitos

El artículo 2° de la ley al definir lo que se entiende por tercerización de servicios, establece que para que estos sean considerados como tales, la empresa que presta el servicio de tercerización debe cumplir los siguientes requisitos: (i) asumir los servicios prestados por

su cuenta y riesgo; (ii) contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; (iii) ser responsables por los resultados de sus actividades; y, (iv) que sus trabajadores se encuentren bajo su exclusiva subordinación.

Fernando Elías⁽⁴⁷⁾ al comentar estos requisitos señala lo siguiente: "El primer requisito significa que la empresa tercerizadora que debe desarrollar su actividad sobre la base de una estructura empresarial, realice la obra asumiendo las consecuencias del resultado, esto es, puede obtener una ganancia o pérdida, la que en este último caso podría inclusive afectar su subsistencia o la continuación de sus actividades... El segundo requisito está relacionado con la necesidad de que la actividad no se concrete única y exclusivamente a la ... *sola provisión de personal*, que a mérito de la definición que contiene la norma implicaría la existencia de un contratista que no tenga ningún elemento material para el desarrollo de la actividad contratada, y cuya nota característica sería ser una especie de *arrendador* de la fuerza laboral ajena, incurriendo así en un acto puro de explotación del trabajo humano, situación que el Derecho del Trabajo repudia. Indudablemente que la interpretación de lo señalado en el artículo plantea dificultades para determinar el alcance de lo que denomina *recursos financieros, técnicos o materiales propios*. El dispositivo no señala la magnitud o cuantía de los referidos recursos, lo que en última instancia deja el tema sujeto a la interpretación administrativa o judicial mediante la aplicación de un principio eficaz, pero sumamente subjetivo, como es el de *Primacía de la Realidad* lo que atenta contra la seguridad jurídica porque resulta imposible predecir lo que en última instancia podría ser el criterio interpretativo, subjetivo de cualquier autoridad... Lo que sí resulta claro es que uno de los elementos de la tercerización es que los trabajadores de la empresa tercerizadora ... estén bajo su exclusiva subordinación ... lo que significa que esta no puede ser compartida en ningún grado, ni siquiera el más mínimo, porque si fuera así dejaría de tener esta característica".

Respecto del requisito de contar con sus *propios* recursos financieros, técnicos o materiales, y específicamente respecto de los recursos materiales, el segundo párrafo del artículo 2° que se refiere a los elementos "característicos" que de acuerdo al Reglamento son simplemente indiciarios o coadyuvantes como sucedía con el artículo 4° de la Ley de Intermediación Laboral a que nos hemos referido anteriormente, solo se menciona como uno de esos elementos indiciarios que la empresa de tercerización *cuenta con equipamiento*, sin que se mencione que este debe ser propio.

El Reglamento considera que "se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquella" lo que significa que esos equipos se encuentran bajo su "gobierno o autoridad", es decir bajo su posesión, sea cual fuere el título, como por ejemplo arrendamiento, comodato, leasing, etc..

Y así lo ratifica el propio Reglamento cuando la segunda parte del artículo 4.3 señala que "cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral". El segundo supuesto sin

(47) Elías Mantero, Fernando. "Comentarios a la ley 29245 que regula los servicios de tercerización y al Decreto Legislativo N° 1038 que precisa sus alcances", Revista Actualidad Laboral, junio de 2008, pp. 7 y 8.

duda está referido a los casos en que determinados equipos son proporcionados por la empresa principal por resultar fundamentales o estratégicos y que no pueden estar supeditados a la presencia o no de la empresa que presta el servicio de tercerización, como por ejemplo en las minas con socavón, la locomoción interna, o el aire comprimido; o en determinadas entidades o empresas, el software.

Lo que sí es fundamental es que estos cuatro requisitos se deben cumplir de manera copulativa, es decir que la inexistencia de uno, cualquiera de ellos trae como consecuencia inevitable que se desvirtúe la tercerización. Así lo señala de manera expresa el artículo 3° del Reglamento.

Elementos característicos

El segundo párrafo del artículo 2° de la ley establece que constituyen elementos *característicos* de las empresas que prestan servicios de tercerización: (i) la pluralidad de clientes, otorgándose el plazo de un año para cumplir con esta característica; en casos excepcionales no se considera como elemento característico (D. Leg. 1038); (ii) contar con equipamiento; (iii) inversión de capital; y (iii) retribución por obra o servicio; y que en general en ningún caso se admite la sola provisión de personal.

Una de las principales e inmediatas críticas que concitó la publicación de la ley, fue que, a diferencia del artículo 4° de la Ley de Intermediación Laboral que establecía los supuestos de tercerización de servicios y los *elementos coadyuvantes* que ayudaban a identificar los mismos, la nueva ley sustituyó el término *coadyuvante* por *característico*. De acuerdo al Diccionario de la Academia Española, el término *característico* significa "perteneciente o relativo al carácter. Dicho de una cualidad: que da carácter o sirve para distinguir a alguien o algo de sus semejantes"⁽⁴⁸⁾; teniendo entre otros sinónimos: "esencial, innato, idiosincrásico, específico, intrínseco, personal, inherente, exclusivo, representativo, privativo, singular, inconfundible"⁽⁴⁹⁾. Para el lector de la norma, el cambio era sustantivo, pues significaba que de elemento *coadyuvante* pasaba a considerarse como un *requisito* adicional para calificar la existencia de la tercerización de servicios; y ello fundamentalmente creó una especial preocupación respecto a la pluralidad de clientes, pues al haberse convertido en requisito y haber perdido su calidad de elemento *coadyuvante* podría traer como consecuencia que entrada en vigencia la ley, las empresas que prestaban servicios de tercerización que no contaban con pluralidad de clientes, simplemente tenían que dejar de operar con la pérdida que ello suponía tanto para el empresario como para los trabajadores a su servicio.

Esta fue una de las razones que llevó a que de inmediato (al día siguiente) se publicara el Decreto Legislativo N° 1038 en el que se estableció, respecto de la pluralidad de clientes, que se otorgaba un plazo de un año a partir de la vigencia de la ley, para que las empresas que actualmente prestaban servicios a un solo cliente se adecuaran a la pluralidad de los mismos; estableciendo un plazo igual para las que recién se constituyan, computable desde el momento de su constitución; precisándose además, que en casos excepcionales y por razones objetivas y demostrables, la pluralidad de clientes puede no ser considerada como característica, delegando al Reglamento el desarrollo de esta excepción. (art. 2°).

(48) Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, tomo 3, España 2001, p. 301.

(49) Thesaurus Gran Sopena. "Sinónimos, Antónimos y asociación de ideas", Editorial Ramón Sopena S.A., Barcelona, España, 1990, p. 257.

El Reglamento de manera general ha introducido un contenido especial al término "característico" de la ley, distinto al semántico, pues establece que estos, a los cuales como sinónimo denomina *elementos propios*, constituyen tan solo *indicios*, que de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española significa "fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido"⁽⁵⁰⁾ y que tiene como sinónimos entre otros: "atisbo, síntoma, muestra, indicativo, sospecha, asomo, pista, huella, etc."⁽⁵¹⁾. De esta manera reglamentariamente se ha dado al término *característico* indebidamente previsto en la ley, el significado de *coadyuvante*, que tenía la norma precedente y que no había necesidad de modificar.

Pues bien, respecto de los casos de excepción a la *pluralidad de clientes*, el Reglamento en su artículo 4.2 señala que "no será un indicio a valorar", en los siguientes casos: (i) cuando el servicio objeto de tercerización solo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado, o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora; (ii) cuando, en base a la naturaleza del servicio u obra existan motivos atendibles para el establecimiento de pacto o de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora; y, (iii) cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa.

En cuanto al segundo supuesto debe tenerse en cuenta que quien va a establecer si existen motivos atendibles o no para establecer el pacto de exclusividad y con ello evitar la pluralidad de clientes, son las partes contratantes, es decir la empresa principal o usuaria y la que presta el servicio de tercerización, quienes tendrán que actuar en esta materia razonablemente, es decir que deberá consignarse en el contrato la causa objetiva que determina dicha exclusividad pues ante un conflicto, quien va a decidir es un tercero, es decir la Autoridad Administrativa de Trabajo a través de la inspección o el juez.

En lo que respecta a la inversión de capital, que es un indicio o característica, o elemento propio que coadyuva a establecer la calidad de empresa que presta servicios de tercerización, Fernando Elías comenta que "... es importante destacar que no se ha hecho ninguna referencia al quantum de la inversión, lo que la deja a la peligrosa interpretación individualizada por parte de la autoridad administrativa o judicial de trabajo", y en lo que se refiere a la característica, indicio o elemento propio de *retribución por obra o servicio*, Fernando Elías señala que esta referencia implica "... la contratación a todo costo, siendo permitida también la fijación de una lista o *tarifario* por los servicios que se presta, pero no por valor *hora hombre*, o criterio similar que transmitiría la impresión de una *simple provisión de personal*, que obviamente toma en cuenta el valor de la mano de obra, que en conjunción con otros elementos, determina el costo de la prestación de servicio, y que además tendrá que tomar en cuenta la eventual utilidad que toda relación económica persigue"⁽⁵²⁾.

Lo importante es que, estos indicios ayuden a establecer que existe autonomía empresarial, de parte de quien va a prestar el servicio de tercerización y que, dichos indicios o elementos propios deben ser evaluados en cada caso concreto "... considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de

(50) Diccionario de la Lengua Española, 22ª Edición, Tomo 6, España 2001, p. 858.

(51) Thesaurus Gran Sopena, "Sinónimos, Antónimos y Asociación de Ideas", Barcelona España 1990, p. 799.

(52) Elías Mantero, Fernando. Op. cit. p. 9.

actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora", es decir se requiere de un análisis completo, siendo importante resaltar el tipo de actividad económica, se entiende de la labor principal que va a tener a su cargo el servicio de tercerización, pues es distinta por ejemplo la actividad minera, que la actividad comercial, la agraria o la pesquera, lo cual pone de manifiesto la necesidad de especialización de los inspectores de trabajo a fin de que estén en capacidad de aplicar correctamente las facultades de inspección en sus visitas de investigación o comprobatorias del cumplimiento de las obligaciones laborales, y en específico de la correcta prestación del servicio de tercerización, pues el tipo de actividad principal que desarrolla la empresa usuaria, materia de la tercerización, definitivamente tiene especial importancia para los efectos de la fiscalización.

Casos de tercerización

El artículo 3º de la ley establece de modo meramente enunciativo algunos supuestos en los que se configura la tercerización de servicios cuando señala que "entre otros", constituye tercerización de servicios: (i) los contratos de gerencia, conforme a la Ley General de Sociedades; (ii) los contratos de obra; (iii) los procesos de tercerización externa; (iv) los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo; estableciéndose que las empresas que presten servicios de tercerización podrán subcontratar siempre y cuando el subcontratista cumpla con los requisitos establecidos en la ley (1era. Disp. Compl. y Final).

Adviértase entonces que, ni en la definición de tercerización de servicios, ni en los supuestos o casos de tercerización, ni en los requisitos para su prestación y tampoco en los elementos característicos, se establece algún tipo de limitación de las actividades principales que se pueden tercerizar por lo que, repetimos, que esa determinación, salvo norma lega basada en la Constitución que establezca lo contrario, es exclusiva del empresario que decide tercerizar parte de sus actividades principales, por lo que ni la Autoridad de Trabajo ni el juez tienen facultad para decidir sobre esta materia.

Desplazamiento de personal

Tal como lo hemos manifestado, por aplicación del Decreto Legislativo N° 1038 modificatorio de la ley y artículo 2º tercer párrafo del Reglamento, en interpretación contrario sensu, solo la tercerización con desplazamiento continuo de trabajadores a la empresa usuaria o centro de operaciones se encuentra comprendida en la misma, señalando en su artículo 6º que el desplazamiento continuo del trabajador es aquel realizado de forma regular entre la empresa tercerizadora y la empresa principal, configurándose la continuidad en cualquiera de los siguientes supuestos: (i) cuando el desplazamiento ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o, (ii) exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no dentro de un semestre.

Como siempre en estos casos la decisión del porcentaje de días u horas de desplazamiento constituye un acto arbitrario del legislador, quien seguramente basa su decisión en criterios de razonabilidad. Sin embargo hubiera sido interesante que de algún modo, a través de la parte considerativa del Decreto Supremo que reglamenta la ley o de la exposición de motivos del mismo, se hubiera puesto de manifiesto las razones que llevaron a esta decisión.

Contenido del contrato de servicios de tercerización

El artículo 4° de la ley (que es bastante oscuro en su redacción) se refiere a que los contratos, se entiende con la empresa usuaria o principal en virtud del cual ocurre desplazamiento de personal, no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización, lo que debe constar por escrito en el contrato de locación de servicios en el que además debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbito de la empresa principal se llevará a cabo.

Esto significa que la ley está estableciendo la formalidad de que este tipo de contratos de locación de servicios empresariales, deben constar por escrito y contener la indicada información.

El artículo 8° de la norma reglamentaria establece que dicha información propia de los contratos de locación de servicios entre las empresas contratantes “podrá ser incluido en los contratos de trabajo o transmitida a los trabajadores de la empresa tercerizadora mediante comunicación escrita”, lo que implicaría que, en la medida en que la ley no establece la obligación de las empresas que prestan servicios de tercerización con desplazamiento de, necesariamente suscribir contratos de trabajo con el personal que desplazan, lo que sí sucede en el caso de intermediación laboral, tal información también puede constar en el contrato de trabajo, en caso de suscribirse, o en una comunicación escrita dirigida a los trabajadores que van a ser desplazados a la empresa principal o al centro de operaciones de aquella, además de la información prevista en el artículo 6° de la ley, es decir: (i) la identidad de la empresa principal, incluyendo a estos efectos el nombre, denominación o razón social de esta, su domicilio y número de Registro Único del Contribuyente; las actividades que son objeto del contrato celebrado con la empresa principal, cuya ejecución se llevará a cabo en el centro de trabajo o de operaciones de la misma; y, (iii) el lugar donde se ejecutarán las actividades mencionadas en el numeral anterior.

Derecho a información

El artículo 6° de la ley establece que al iniciar la ejecución del contrato, se entiende entre la empresa principal y la que presta el servicio de tercerización, esta última tiene la obligación de informar por escrito a sus trabajadores que va a desplazar o a sus representantes (sindicato u otro tipo de representante), lo que se ha mencionado en el rubro anterior, lo cual resulta razonable. Lo que resulta absolutamente irrazonable e impropio de la ley es que igualmente está obligando a proporcionar dicha información “... a las organizaciones sindicales y a los trabajadores de la empresa principal”. La pregunta es ¿esta obligación a qué responde?, ¿qué bien se está tutelando?. Ninguno. Se trata de un despropósito de la norma, pues poco interesa a los trabajadores de la empresa principal o a su sindicato conocer que su empleador ha decidido contratar los servicios de una empresa de tercerización y como consecuencia de ello determinados trabajadores prestarán el servicio de tercerización en el local de la empresa o en sus centros de operaciones. Pongamos un ejemplo para graficar el absurdo de la ley. Una empresa con 5,000 trabajadores a nivel nacional, pues cuenta con sucursales y agencias en todo el territorio, decide tercerizar una actividad principal a cuyo efecto contrata los servicios de una empresa especializada que para cumplir con el contrato debe desplazar a 5 trabajadores. En cumplimiento de la ley, la empresa que va a prestar el servicio de tercerización estaría obligada a comunicar al sindicato o sindicatos existentes

en la empresa principal y también a cada uno de los 5,000 trabajadores a nivel nacional que está desplazando 5 trabajadores. Absurdo, amén de constituir un sobre costo irracional.

Felizmente el artículo 8° del Reglamento establece que esa obligación se cumple a través del empleador de la empresa principal debiendo informar de ello a la organización sindical o, en su defecto a los delegados que representen a sus trabajadores acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como las actividades que estos realizarán dentro de los 5 días siguientes al mes calendario en que se produjo el desplazamiento o dentro de las 24 horas de la solicitud que sea efectuada por parte de la organización sindical. De todos modos esta innecesaria disposición legal significa una pérdida de tiempo con el costo que eso implica ahora para la empresa principal o usuaria.

Desnaturalización

El artículo 5° de la ley establece que los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2° y 3° de la ley, es decir que las empresas que prestan servicios de tercerización no asuman los servicios por su cuenta y riesgo; que no cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, etc. (no entendiéndose la razón de la remisión al artículo 3° que no hace sino de manera enumerativa y no taxativa señalar los supuestos de tercerización de servicios), que tal incumplimiento implique una simple provisión de personal, origina que los trabajadores desplazados por la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal o usuaria, disponiéndose la cancelación del registro de la empresa que presta servicios de tercerización, sin perjuicio de las demás sanciones, por ejemplo multas administrativas.

El Reglamento, como no, aclara el contenido del artículo 5° de la ley, cuando señala que se produce la desnaturalización de la tercerización: (i) en caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2° y 3° de la ley y 4° del Reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora; es decir, si en los supuestos de actividades de tercerización contemplados en el artículo 3° de la ley, la empresa que presta el servicio de tercerización no cumple de manera copulativa con los requisitos previstos por la ley en la primera parte de su artículo 2° (artículo 3° del Reglamento), y si teniendo en cuenta el análisis razonado respecto del a existencia o no de los elementos propios o indiciarios (característicos), se llega a la conclusión de que la empresa que presta el servicio de tercerización carece de autonomía empresarial⁽⁵³⁾; (ii) cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal, lo cual es obvio, porque ya hemos dicho y el propio Reglamento en su artículo 3° lo establece que los cuatro requisitos se deben cumplir copulativamente, y que la inexistencia de uno cualquiera de ellos desvirtúa la tercerización, y uno de ellos es justamente que los trabajadores de la empresa tercerizadora estén bajo la subordinación de la empresa principal cuando de acuerdo

(53) Además, debe tenerse en cuenta que el artículo 4.4 del Reglamento, permite que tanto la empresa tercerizadora como la empresa principal pueden “... aportar otros elementos de juicio o indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de una simple provisión de personal, tales como la separación física y funcional de los trabajadores de una y otra empresa, la existencia de una organización autónoma de soporte a las actividades objeto de la tercerización, la tenencia y utilización por parte de la empresa tercerizadora de habilidades, experiencia, métodos, secretos industriales, certificaciones, calificaciones o, en general, activos intangibles volcados sobre la actividad objeto de tercerización, con las que no cuenta la empresa principal, y similares.

a ley lo deben estar respecto de su empleador que no es otro que la empresa que presta el servicio de tercerización; y, (iii) en caso que continué la prestación de servicios se entiende de tercerización transcurrido el plazo a que se refiere el último párrafo del artículo 9° del Reglamento, es decir cuando se cancela el registro de la empresa que presta el servicio de tercerización en cuyo caso la empresa principal dispone de 30 días calendario para efectuar la adecuación correspondiente lo que en pocas palabras significa resolver el contrato de tercerización.

Al igual que el artículo 5° de la ley, la norma reglamentaria establece que la desnaturalización de la tercerización trae como consecuencia que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado desde el momento en que se produjo el desplazamiento.

Ahora bien, ¿quién establece que se ha producido la desnaturalización? Sin duda puede ser la Autoridad Administrativa de Trabajo a través de su servicio de inspección, o el juez.

En el primer caso cabe precisar que la Autoridad Administrativa de Trabajo carece del poder coercitivo para lograr que se incorporen los trabajadores desplazados a la planilla de la empresa principal, ya que como lo veremos en el próximo Capítulo de esta Ponencia, constatada o verificada la infracción por el inspector y requerida la empresa principal para que incorpore a los trabajadores en su planilla en un plazo determinado, si no se cumple originará el inicio del proceso sancionador que, podrá concluir en el mejor de los casos con la imposición de una multa más no con la incorporación de los trabajadores a la planilla. Es el juez en el proceso correspondiente, bien sea en la ejecución de sentencia de un proceso contencioso administrativo que declare infundada dicha demanda y que en consecuencia queda firme lo resuelto en sede administrativa, o en un proceso ordinario laboral iniciado por el o los trabajadores interesados, que presentarán como prueba lo resuelto en sede administrativa que quedó firme sin cumplimiento por parte de la empresa principal.

Garantía de derechos laborales

El artículo 7° de la ley no ha hecho otra cosa que copiar y pegar el contenido del artículo 4 c del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, tal como quedó establecido por el Decreto Supremo N° 020-2007-TR, el que hemos analizado en su momento, con la crítica especial al dislate en que incurrió cuando faculta a los trabajadores a impugnar la no renovación de un contrato a plazo fijo, y obtener si correspondiera su reposición al puesto de trabajo, pudiendo ejercitar dichas acciones a su decisión en sede administrativa o jurisdiccional.

El Reglamento no ha podido hacer nada para remediar semejante error que solo puede ser materia de modificación legal o de inaplicación por el juez en uso de su obligación de control difuso a que se refiere el segundo párrafo el artículo 138° de la Constitución según el cual en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Registro

Otro de los absurdos que contiene la ley está contenido en su artículo 8° en el que se establece que "Para iniciar y desarrollar sus actividades, las empresas tercerizadoras se inscriben en un Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras a cargo de la Autoridad

Administrativa de Trabajo, en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución. La inscripción en el Registro se realiza ante la Autoridad Administrativa de Trabajo competente del lugar donde la empresa desarrolla sus actividades, quedando sujeta la vigencia de su autorización a la subsistencia de su registro".

Revisemos el cúmulo de inconstitucionalidades y dislates en que incurre la norma legal. En primer lugar se estaba refiriendo al universo de empresas que prestan servicios de tercerización, que son miles a nivel nacional, habida cuenta que la mayoría de la empresas no se constituyen par tener como objeto único principal prestar dicho servicio, porque la más de las veces ello depende del requerimiento que le haga otra empresa que haya decidido tercerizar parte de sus actividades principales por considerar que otra empresa en el mercado puede realizar tal servicio de manera más eficiente y a menor costo.

Entonces, con el texto original de la norma, miles de empresas en el país tendrían que supeditar su actividad a su inscripción en el Registro, y si este era denegado por un funcionario de tercera o cuarta categoría, sin que ello resulte peyorativo para el funcionario, entonces una empresa constituida de acuerdo a la Constitución y la ley y debidamente inscrita en los Registros Públicos, simplemente se vería impedida de llevar adelante con plena libertad su actividad empresarial.

La primera pregunta que surge es ¿cómo queda el Capítulo sobre Régimen Económico de la Constitución en que se garantiza la libertad de la iniciativa privada y por ende la libertad de empresa sin más limitación que sus actividades no sean lesivas a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas?

El Ministerio de Trabajo forma parte del Poder Ejecutivo y ya hemos visto en gobiernos dictatoriales o democráticos pero poco democráticos, en que los criterios políticos prevalecían en las decisiones del Ministerio, lo que hubiera podido traer como consecuencia que por una determinada posición política se pudiera negar el registro de una empresa y así por ejemplo, quebrarla.

De otro lado, una de las funciones que debe ser objeto de prioridad en el Ministerio de Trabajo es la función inspectiva, que pese a los avances que se han producido, estos son insuficientes; sin embargo, de haberse aplicado el texto original de esta norma hubiera obligado a que el Ministerio distraiga sus escasos recursos presupuestales, o de conseguir adicionales, a contratar personal para que se ocupe de este registro a nivel nacional, en vez de dedicar dichos recursos a fortalecer la actividad de inspección.

Tan mal se estructuró ese artículo que incluso se establece que las empresas tercerizadoras deben inscribirse en el Registro "en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución" ¿y qué sucede con las empresas que a la fecha de entrada en vigencia de la ley ya estaban constituidas y venían prestando servicios de tercerización?, ¿estarían obligadas al Registro?.

El Decreto Legislativo N° 1038, redujo el ámbito de aplicación de este registro a las empresas de tercerización con desplazamiento de sus trabajadores (artículo 2°) pero ello era a todas luces insuficiente.

El Reglamento, imaginativamente y a nuestro criterio sin desnaturalizar la ley, en su artículo 9° considera inscritas en el Registro creado por la ley, a las empresas que prestan el servicio de tercerización que cumplen con registrar el desplazamiento de su personal a

empresas principales en la planilla electrónica que se encuentra regulada por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR y sus normas modificatorias y complementarias con independencia de su fecha de constitución.

Esta es una forma inteligente en la que el Reglamento ha salvado los increíbles dislates en los que incurrió el Congreso de la República al legislar tan desafortunadamente la tercerización de servicios.

Es cierto, el Registro es absolutamente innecesario, toda vez que el Ministerio de Trabajo cuenta con información suficiente a través de las planillas electrónicas para poder planificar sus visitas de inspección a fin de comprobar si se cumplen o no con los requisitos que la ley establece para el funcionamiento de las empresas que prestan servicios de tercerización, que es lo que fundamentalmente interesa a la tutela de los derechos laborales de los trabajadores desplazados a la empresa principal o a su centro de operaciones para el cumplimiento del contrato de tercerización.

La norma reglamentaria contempla que cuando se verifique alguna de las causales de desnaturalización de la tercerización previstas en la ley y el Reglamento, la inspección del trabajo propone la cancelación del registro, además de la imputación de relaciones laborales a la empresa principal y la Autoridad Administrativa de Trabajo en el procedimiento administrativo sancionador, de proceder, declarará la cancelación del registro y las relaciones laborales existentes, en cuyo caso la empresa que prestaba el servicio de tercerización tendrá que dejar de operar aún cuando la norma no dice si totalmente o respecto únicamente de los servicios de tercerización que estaba brindando, a cuyo efecto reproducimos lo mencionado con anterioridad en lo que se refiere a las posibilidades que tiene la Autoridad de Trabajo de lograr la incorporación de los trabajadores desplazados en la planilla de la empresa principal.

Responsabilidad solidaria

El artículo 9° de la ley estableció que “La empresa principal que contrate la tercerización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora, es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengadas por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral”.

Este es uno de los dispositivos que originó más protestas por parte de los representantes empresariales, pues consideraron una exigencia innecesaria y extrema, pues ni siquiera en el supuesto de intermediación laboral la ley ha establecido, ab initio, la solidaridad, pues comienza con la fianza, y solo si esta no cubre los adeudos laborales, entonces procede la solidaridad. Además la solidaridad establecida en la ley comprendía, por su falta de especificación, no solo a los derechos establecidos por la ley, sino también aquellos provenientes de convenios colectivos, acuerdos individuales o decisiones unilaterales del empleador, de los trabajadores desplazados, lo cual resultaba irrazonable; todo ello sin perjuicio de considerar que inevitablemente se iban a producir incrementos en los costos, pues las empresas principales o usuarias se verían obligadas a solicitar fianzas a las empresas que les prestarían el servicio de tercerización a fin de evitar las consecuencias de la solidaridad, en caso de incumplimiento.

Afirmaron además que se pudo haber establecido otros mecanismos de control como paso previo a la solidaridad y solo en caso que dichos mecanismos no hubieran sido aplicados por la empresa principal o usuaria, entonces hubiera procedido aquella.

Lo cierto es que el Decreto Legislativo N° 1038, publicado al día siguiente de la ley, hizo eco parcial de los reclamos empresariales, restringiendo el ámbito de la solidaridad únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por *norma legal*, excluyendo a los de origen convencional o unilateral (art. 3°). Adicionalmente estableció un derecho ya previsto en el Código Civil según el cual la empresa principal obligada a asumir obligaciones de la tercerista, en razón de la solidaridad establecida, tiene derecho a repetición contra esta, y añade, lo que es una novedad, que “... adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra”. (art. 4°).

Si bien es cierto, la solidaridad es una institución que debe ser aplicada restrictivamente pues su aplicación supone que un tercero a la relación contractual, en este caso a la relación laboral entre trabajador y empresa que presta servicios de tercerización, puede ser demandada a elección del acreedor (trabajador) a fin de que honre la deuda de su deudor directo, no es menos cierto que en el ámbito laboral esta institución no es extraña, pues en el caso de construcción civil existe desde finales de los años 50 del siglo pasado entre el dueño de la construcción y el contratista encargado de ella, respecto del pago de los derechos y beneficios sociales de los trabajadores encargados de la construcción (Resolución Suprema N° 27 de 15 de marzo de 1958) y nadie la ha cuestionado, incluso sobre su vigencia, toda vez que se trata de una norma de rango inferior a la ley, por cuanto el artículo 1183° del Código Civil establece que solo la ley o el acuerdo establecen la solidaridad la que no se presume y cuando se refiere a la ley, debemos entender que se trata de una norma con jerarquía de ley y no una de menor rango, pues, como hemos manifestado, imponer a un tercero una obligación que no es consecuencia directa de una relación contractual, tiene carácter excepcional y por razones de seguridad jurídica solo una norma con rango de ley o un acuerdo expreso entre las partes contratantes pueden establecer la obligación solidaria. Por ello es que el Código Civil establece que ese tipo de obligación no se puede “presumir”, y por ello requiere de ley o acuerdo *expreso*. De otro lado, de la revisión de la Exposición de Motivos, antecedentes de dicha norma, doctrina, y jurisprudencia, nadie ha cuestionado o lucubrado acerca de que cuando el Código Civil establece que la obligación solidaria debe tener como fuente la Ley este concepto pueda entenderse o interpretarse de manera lata, es decir como cualquier norma *legal*, pues no cabe duda que si el convenio que instituye debe ser *expreso*, habida cuenta de la naturaleza excepcional de esta obligación, también lo es que solo la ley a que se refiere la Constitución, por las seguridades que brinda no solo su formulación sino también su aprobación, es la única que puede establecer una responsabilidad tan grave y excepcional como la solidaridad (Constitución arts. 51, 102° a 108° y 138°).

Además, por ejemplo en el sector minero existe la solidaridad entre el titular de la concesión minera y los contratistas respecto al cumplimiento de las normas sobre seguridad social y seguridad y salud en el empleo; y, como ya se ha mencionado en los supuestos de intermediación laboral la solidaridad se aplica si la fianza otorgada por la empresa intermediadora resulta insuficiente para cubrir los adeudos laborales.

En el fondo, lo que la ley persigue con el establecimiento de la solidaridad es que las empresas principales o usuarias de los servicios de tercerización pongan especial cuidado

cuando se vinculan con empresas que le van a prestar dichos servicios a fin de contratar aquellas que sean realmente formales y por ende cumplidoras de sus obligaciones en general y las laborales y de seguridad social en particular, pues al fin y al cabo lo que tutela la ley es el derecho de los trabajadores desplazados a fin de que no vean vulnerados los derechos antes mencionados.

Desde nuestro punto de vista, si bien el legislador pudo optar por medidas menos traumáticas para garantizar el cumplimiento oportuno de los derechos y beneficios sociales de los trabajadores desplazados, no es menos cierto que ya existe toda una experiencia sobre la materia que hace que las empresas adopten medidas como por ejemplo solicitar que, previo al pago de la retribución u honorario correspondiente, se acredite el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social.

El artículo 7° del Reglamento desarrolla el tema de la responsabilidad solidaria establecida en la ley y lo extiende, pues señala que esta responsabilidad alcanza no solo al empresario principal, sino al contratista y al subcontratista. Adviértase que la ley solo se refiere a la empresa principal y a la empresa tercerizadora, mas no a los subcontratistas que puede utilizar la empresa tercerizadora para cumplir los servicios de tercerización a favor de la empresa principal. Esta *ampliación* de la responsabilidad solidaria por una norma de jerarquía menor a la ley, podría ser cuestionada judicialmente porque ya hemos visto que la solidaridad, conforme al Código Civil solo puede ser establecida por acuerdo entre las partes o por ley.⁽⁵⁴⁾

(54) Sin embargo el cuestionamiento judicial podría no tener mayor eco en la Justicia Laboral, habida cuenta que en el Pleno Jurisdiccional Nacional de las Salas Laborales del año 2008 se ha acordado por unanimidad que, "existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183° del Código Civil, sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores."; es decir, el Pleno Jurisdiccional ha ido muchísimo más allá de lo establecido en el Código Civil, al que considera que no necesariamente, en el ámbito laboral es de plena aplicación supletoria; criterio que respetamos pero del cual discrepamos, pues con prescindencia de si la norma se encuentra recogida en el Código Civil, dada la naturaleza excepcional de la obligación solidaria, no es posible que un juez la presuma ahí donde la ley no la establece o no existe acuerdo expreso en tal sentido, porque ello genera inseguridad jurídica. Además, el Acuerdo es poco claro al referirse al supuesto de "... o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores", pues se puede interpretar válidamente que se trata de un caso ajeno a la vinculación económica o grupo de empresas. Han sido innumerables las resoluciones de las Salas Laborales que han establecido que la solidaridad no se presume y que han invocado el artículo 1183° del Código Civil (RTT de 9 de octubre de 1984, Expediente N° 3134-83 (S)) (De los Heros, Alfonso; Morales Corrales, Pedro. Editorial H&M Ediciones, Tomo I, p. 331); RSL de 29 de mayo de 2000, Expediente N° 1008-2000-BS (S); RSL de 29 de noviembre de 2000, Expediente N° 2680-2000-BE (S) (Revista Actualidad Laboral de marzo y septiembre de 2001, pp. 82 y 80, respectivamente); Casación 104-2001-LIMA de 4 de abril de 2001 (El Peruano de 31 de julio de 2001 p. 7505), aún cuando en el tema de vinculación económica desde antiguo la Justicia Laboral ha establecido la solidaridad sin que exista ley que la determina, sosteniendo que en el fondo no se trata de sociedades independientes y autónomas si se encuentran sometidas a una dirección y a un control económicos o financieros únicos. (RSL de 27 de abril de 1993, Expediente N° 729-92-BS) Manual de Jurisprudencia Laboral (De los Heros, Alfonso; Morales Corrales, Pedro. Editorial H&M Ediciones, Tomo II p. 559); incluso la RSL de 30 de diciembre de 2004, Expediente N° 4388-2004-BE-A sostiene que en este supuesto de vinculación empresarial la responsabilidad solidaria "...no se funda en lo establecido en el artículo 1183° del Código Civil, sino basada en el principio de primacía de la realidad de los hechos mas allá de las meras formalidades...", lo cual es bastante discutible, pues se estaría sosteniendo que se trata de una sola empresa, cuando realmente no lo es, desconociendo la autonomía empresarial reconocida y además regulada por el ordenamiento jurídico nacional. En estos casos lo que el Poder Judicial debe

La norma reglamentaria precisa además que las obligaciones laborales adeudadas, establecidas por norma legal, incluyen el pago de remuneraciones ordinarias y de los beneficios e indemnizaciones laborales previstas por ley, lo cual es correcto porque la ley se refiere de manera genérica a la solidaridad respecto de las *obligaciones laborales*, y una de ellas puede estar constituida por las indemnizaciones de naturaleza laboral como la de vacaciones por falta de descanso oportuno, o en el supuesto de despido arbitrario.

El tercer párrafo del artículo 7° del Reglamento determina que las obligaciones de previsión social incluyen las contribuciones y aportes que debe retener o pagar el empleador al seguro social de salud, o a un sistema pensionario, precisando que la extensión de la responsabilidad comprende a los incumplimientos que se produzcan durante el periodo de desplazamiento, señalando adicionalmente que la solidaridad en materia de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo se rige por lo dispuesto en el artículo 5° de las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, aprobada por el Decreto Supremo N° 003-98-SA (artículo 5°).

Cabría mencionar respecto de esta última solidaridad, que ha sido igualmente establecida por una norma de rango inferior a la ley, lo cual podría ser cuestionado en cada caso en particular en sede judicial.

Finalmente, la norma reglamentaria establece que el plazo de prescripción de la responsabilidad solidaria a cargo de la empresa principal de un año establecido en la ley, se computa a partir de la fecha en que ocurrió el fin del desplazamiento.

El Reglamento de esta manera califica dicho plazo como de prescripción, lo que fue omitido por la ley, que hizo pensar que podía tratarse de un plazo de caducidad.

III. ORIGEN, DESARROLLO Y FINALIZACION DE LAS ACTUACIONES INSPECTIVAS

Estudiados los dos grandes temas de esta Ponencia oficial: Aplicación del principio de primacía de la realidad y las dos modalidades contractuales de vinculación entre empresas, intermediación laboral y tercerización de actividades principales de la empresa usuaria, veamos ahora cómo es que el sistema de inspección del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo desarrolla sus actividades para, en su caso, aplicar el principio antes anotado y/o en el segundo caso fiscalizar el correcto desarrollo de los dos tipos de vinculación empresarial que hemos estudiado.

hacer y no lo hace, es ejercitar la facultad de iniciativa en la formulación de leyes que la Constitución le reconoce (artículo 107°) y no transitar por el camino fácil de emitir "criterios o acuerdos jurisdiccionales" para resolver lo que en este caso solo por ley o acuerdo expreso puede hacerse. El Pleno Jurisdiccional es consciente de la debilidad de lo acordado, pues seguidamente aprobaron "solicitar a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, para que en ejercicio de sus facultades presente una iniciativa legislativa respecto a la regulación de la solidaridad en materia laboral". Ojalá lo haga. El único antecedente que otorgaba facultad al juez de establecer la solidaridad estuvo constituido por el Proyecto de Código Civil de 1890 en cuyo artículo 1542° se contemplaba que "Son títulos constitutivos de solidaridad el contrato, el testamento y la *decisión judicial con fuerza de cosa juzgada*." (Mario Castillo Freyre y Felipe Osterling Parodi, Tratado de Obligaciones, Primera Parte Tomo III, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XVI PUC, Fondo Editorial 2001, p 200). Sin embargo no prosperó, lo que ratifica que los jueces carecen de facultad para crear, vía criterio, una obligación solidaria.

1. Aspectos Generales de la Ley General de Inspección del Trabajo

La Inspección del trabajo es un servicio público a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden socio laboral y de la seguridad social, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, orientar y asesorar técnicamente en dichas materias, todo ello de conformidad con el Convenio N° 81 de la Organización Internacional de Trabajo, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13284, de 15 de diciembre de 1959.

Se entiende por normas de orden sociolaboral al conjunto de normas jurídicas de carácter individual y colectivo referidas a la ordenación del trabajo y relaciones sindicales⁽⁵⁵⁾, prevención de riesgos laborales, empleo y migraciones, promoción del empleo y formación del trabajo, trabajo adolescente, prestaciones de salud y sistema provisional, trabajo de personas con discapacidad, y cualesquiera otras normas que tengan similar contenido.

Las actuaciones *inspectivas o de inspección*, son aquellas que antes eran denominadas *visitas de inspección*, y que de acuerdo al ordenamiento actual son diligencias previas al procedimiento sancionador, en materia sociolaboral, cuyo inicio y desarrollo se rige por lo dispuesto en las normas de Inspección del Trabajo, no siendo de aplicación las disposiciones del Procedimiento Administrativo General, contenidas en el Título II de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, salvo por expresa remisión a las mismas.

Las actuaciones inspectivas o de inspección son fundamentalmente de dos clases: (i) de investigación o comprobatorias, que tienen por objeto investigar o comprobar si se cumplen las disposiciones vigentes en materia socio-laboral y, en caso de contravención, adoptar las medidas que procedan a fin de garantizar o promover su cumplimiento; y, (ii) de consulta o asesoramiento técnico, que tienen por finalidad brindar orientación a empleadores y trabajadores, así como a las organizaciones sindicales o empresariales sobre el cumplimiento de las normas sociolaborales. Solo nos referiremos, por razón de lo que interesa a esta Ponencia al primer tipo de actuaciones.

Las actuaciones inspectivas de comprobación o investigatorias se desarrollan: (i) mediante visitas de inspección a los centros de trabajo sin necesidad de aviso previo, por uno o varios inspectores y podrá extenderse el tiempo necesario, que en principio no debiera demorar más de 30 días hábiles, salvo que la demora sea imputable al sujeto inspeccionado o cuando las circunstancias así lo aconsejen, (ii) requiriendo al empleador su comparecencia ante el inspector para aportar documentación o efectuar las aclaraciones pertinentes en la oficina pública que se señale, en cuyo caso el requerimiento se realizará por escrito o en alguna otra forma de notificación válida que regule la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo; y, (iii) mediante la verificación de datos o antecedentes que obran en las dependencias del Sector Público, a cuyo efecto la Inspección del Trabajo podrá acceder a dicha información, solicitar antecedentes o la información necesaria para comprobar el cumplimiento de las normas sociolaborales.

(55) Se entiende por ordenación del trabajo y relaciones sindicales a los derechos fundamentales en el trabajo, normas vinculadas a las relaciones individuales y colectivas, así como aquellas de protección, derechos y garantías de los representantes de los trabajadores en las empresas.

Cualquiera que sea la modalidad con que se inicien, estas actuaciones inspectivas podrán proseguirse o completarse sobre el mismo sujeto inspeccionado con la práctica de otra u otras formas de investigación.

2. Origen de las actuaciones inspectivas

Las actuaciones inspectivas en general son dispuestas de oficio, es decir, por decisión de la Autoridad Competente de Inspección, que no es otra que la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo, que tiene la atribución de ordenar de oficio las actuaciones inspectivas en todo el ámbito nacional, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a los Gobiernos Regionales, cuyos Directores, Subdirectores o Supervisores de la Inspección del Trabajo expedirán la correspondiente orden de inspección; no necesariamente como consecuencia directa de una denuncia. De ahí que la ley establece que "sin perjuicio de atender adecuadamente las denuncias y peticiones de actuación que se formulen, la actividad inspectiva responderá al principio de trabajo programado en aplicación de los planes y programas generales y regionales que se establezcan"⁽⁵⁶⁾. Esta es una diferencia respecto de lo que ocurría con la legislación precedente, específicamente con el Decreto Legislativo N° 910 en que expresamente se preveía la inspección especial o a pedido de parte (artículo 16°).

Lo que la ley vigente persigue es una mejor planificación de sus actividades inspectivas, de tal modo que sean eficientes en cuanto a sus resultados. Así por ejemplo, si a través de las denuncias recibidas se llega al convencimiento que los empleadores de una determinada rama de actividad, o en general, vienen incumpliendo sistemáticamente determinada norma, entonces podrá enderezar sus actuaciones o visitas inspectivas para revertir este incumplimiento.

Las actuaciones inspectivas de investigación o comprobatorias son consecuencia de una orden superior que puede ser originada por: (i) una orden de Autoridad Competente en Materia de Inspección de Trabajo, (ii) petición razonada de órganos judiciales u otros órganos del sector público, en las que se deberá determinar las actuaciones a realizarse y su finalidad, (iii) presentación de denuncia de cualquier administrado, por ejemplo trabajadores, organizaciones sindicales, empresarios y también organizaciones empresariales, en la medida que tienen la calidad de *administrados* a tenor de lo previsto por el artículo 50.1 de la Ley

(56) El Decreto Supremo N° 020-2007-TR de 19 de septiembre de 2007, amplió el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR referido a la tercerización de servicios, en el cual se explicitó los derechos que gozaban los trabajadores que prestan servicios en las empresas de tercerización, que son iguales a los que gozan los trabajadores que laboran en la empresa principal o usuaria. Sin embargo, en el artículo 4-C de dicha norma se señaló que los trabajadores pueden interponer denuncias ante la Autoridad Administrativa de Trabajo para solicitar la protección de sus derechos colectivos, a la indemnización por despido arbitrario, reposición por despido nulo y pago de remuneraciones devengadas, cuando corresponda. Asimismo para que se verifique la naturaleza de los contratos de trabajo sujeto a modalidad, o denunciar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio de derecho de libertad sindical y de la negociación colectiva, o la violación del principio de no discriminación, y obtener, si correspondiera, su reposición en el puesto de trabajo, su reconocimiento como trabajador de la empresa principal o usuaria. En esencia esta norma, si bien incide en la protección de los derechos colectivos, en la correcta contratación a fin de evitar la desnaturalización por el uso indebido de contratos modales y los ceses injustificados, consideramos que cualquier otra violación de derechos individuales, igualmente pueden ser materia de denuncias ante el Ministerio, las mismas que, en general, serán evaluadas por la Autoridad de Inspección a fin de programar, de oficio, las visitas de inspección. Esta norma como ya se ha manifestado ha sido repetida en el artículo 7° de la Ley N° 29245 actualmente vigente que regula los servicios de tercerización.

del Procedimiento Administrativo General, según el cual tienen dicha calidad la persona natural o jurídica que, cualquiera sea su calificación o situación procedimental, participa en el procedimiento administrativo. En este caso la denuncia deberá ser presentada por escrito conteniendo como mínimo el nombre del denunciante, el número de su documento de identidad, su domicilio, datos respecto de los cuales se guardará la debida reserva, se entiende a fin de evitar represalias contra el trabajador denunciante. Asimismo deberá efectuarse una descripción de los hechos denunciados como constitutivos de infracción, la fecha y el lugar en que se produjeron, los datos de identificación que se conozcan del sujeto supuestamente responsable así como aquellas otras circunstancias que se consideran relevantes para la investigación, (iv) por iniciativa del inspector cuando conozca de hechos que guarden relación con la orden recibida o sea contraria al ordenamiento jurídico, (v) decisión interna del Sistema de Inspección del Trabajo; y, (vi) por excepción cuando el Inspector de Trabajo tome conocimiento de la violación *flagrante* de normas socio laborales o de seguridad y salud en el trabajo, en cuyo caso actúa de oficio, a fin de obtener los medios de prueba cuya desaparición o modificación pudiera afectar el resultado de inspección. En este caso, dentro de las 48 horas siguientes, el Inspector de Trabajo deberá emitir un informe escrito dirigido al Director de Inspección Laboral, o quien haga sus veces, de las circunstancias y forma de la que tomó conocimiento de dicha violación flagrante, de los hechos, las actuaciones realizadas y materias comprendidas, solicitando la convalidación de lo actuado. Por el mérito del informe se procederá a emitir la orden de inspección, convalidando la inspección realizada. Para estos efectos, se entiende que los Inspectores de Trabajo se encuentran habilitados para realizar actuaciones inspectivas en días hábiles o inhábiles.

Este caso de excepción ha sido introducido por el Decreto Supremo N° 019-2007-TR, y no hace otra cosa que explicitar las facultades de los inspectores de entrar libremente y sin previa notificación a cualquier hora del día o de la noche, en todo establecimiento sujeto a inspección, tal como lo prevé el artículo 12° literal a) del Convenio N° 81 de la OIT. Es cierto que en situaciones normales la visita de inspección debe estar precedida de la respectiva orden; sin embargo este caso de excepción se justifica cuando se toma conocimiento de la existencia de una violación flagrante, de las normas sociolaborales o de seguridad y salud en el trabajo, es decir que está sucediendo en el momento en que se toma conocimiento de ella, a fin de obtener las pruebas que podrían desaparecer si no se interviene de inmediato y con cargo a regularizar la orden de inspección correspondiente.⁽⁵⁷⁾

3. Desarrollo de las actuaciones inspectivas

Las actuaciones de investigación o comprobatorias se llevarán a cabo, hasta su conclusión, por los mismos inspectores o equipo que las hubiere iniciado, salvo los supuestos de cese, traslado, enfermedad u otra causa justificada que será sustentada mediante resolución expedida por el directivo que emitió la orden de inspección, debiendo notificarse al sujeto inspeccionado y trabajadores afectados, de ser el caso.

(57) Muchas empresas han manifestado su inquietud sobre esta amplia facultad de los inspectores sobre todo cuando se trata de visitas de noche, o en caso no medie la orden correspondiente (supuesto de flagrancia), arguyendo razones de seguridad. El empleador para tal efecto tiene todo el derecho de solicitar al inspector que acredite dicha calidad, pudiendo también recurrir a la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo www.mintra.gob.pe, Sector Trabajo, Inspecciones laborales, donde aparece la relación de los auxiliares de inspección, inspectores y supervisores.

El Decreto Supremo N° 002-2007-TR de 16 de enero de 2007, establece que los empleadores deben permitir el ingreso al centro de trabajo en un tiempo que no exceda de 10 minutos desde que los servidores del Sistema de Inspección del Trabajo notifican su presencia para efectuar una actuación inspectiva. Vencido este plazo, sin que se produzca el ingreso de los servidores de la Inspección del Trabajo y, tratándose de una inspección originada por denuncia, se presumirán como verdaderos los hechos denunciados para efectos del inicio del procedimiento administrativo sancionador de ser el caso.

Además, cuando el empleador perturbe, retrase o impida el ejercicio de las funciones inspectivas, podrá ser sujeto de denuncia por delito contra la administración pública, sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan.

Esta medida legal ha sido adoptada como consecuencia de que algunos empleadores ante la presencia del inspector de trabajo demoran o impiden su ingreso, con el objetivo de lograr tiempo para cambiar las evidencias o arreglar todo, de tal manera de disminuir contingencias o minimizar riesgos.

Adviértase que la consecuencia de obstaculizar el ingreso del inspector trae ahora como resultado una presunción legal, que opera solo en los casos en que la inspección es originada por una denuncia, en cuyo caso se tendrá como verdaderos los hechos denunciados, dando inicio de inmediato al procedimiento sancionador, toda vez que el artículo 45° de la Ley establece que dicho procedimiento se inicia, no solo a mérito de actas de infracción por vulneración del ordenamiento jurídico sociolaboral, sino también en mérito de las actas de infracción a la labor inspectiva, que sería el caso que estamos comentando.

Téngase en cuenta también que cuando el inspector como consecuencia de sus visitas o actuaciones de investigación o comprobatorias llega a la convicción de que se ha producido alguna vulneración al ordenamiento sociolaboral, le da la oportunidad al empleador de subsanar o enmendar la infracción (medida de requerimiento), otorgándole un plazo prudencial para ello, lo que no sucede de ocurrir la obstrucción del ingreso del inspector al centro de trabajo en que, como ya hemos dicho, de frente se presume como verdaderos los hechos denunciados, dando inicio al procedimiento sancionador y solo en esa oportunidad el empleador o sujeto inspeccionado podrá hacer uso de su derecho de defensa y presentar los descargos que pudieran corresponder. Todo lo anterior sin perjuicio de las consecuencias penales a que nos hemos referido anteriormente, que se han explicitado pedagógicamente en la norma, a fin de que el sujeto inspeccionado tenga cabal conocimiento de lo que puede acarrearle su conducta de obstrucción a la actividad de inspección.

Estas actuaciones se llevarán a cabo hasta su conclusión por los mismos inspectores o equipos designados que las hubieren iniciado, salvo en los supuestos mencionados anteriormente, es decir si se produce el cese del inspector o es trasladado a otro puesto, o enferma, o se da alguna otra causa justificada debidamente sustentada mediante resolución expedida por el Directivo que emitió la orden de inspección.

Se entiende por causas justificadas que pueden originar el cambio del Inspector o del Grupo de Inspectores que tiene a su cargo la inspección: (i) demoras injustificadas en la conclusión de las actuaciones inspectivas, (ii) actuaciones que requieren de un determinado conocimiento especializado del cual carecen los inspectores inicialmente encargados, (iii)

error manifiesto en la aplicación de las normas y lineamientos que rigen la función inspectiva; y, (iv) concurrencia de algunas causales de abstención previstas por el artículo 88° de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

El Decreto Supremo N° 019-2007-TR, al modificar el texto original del artículo 10.1, introduce la obligación de que el cambio del inspector o de alguno de los componentes del grupo de inspección, debe sustentarse en resolución expresa. Ello va con la lógica de la norma en el sentido de que lo más eficiente en este tipo de actuaciones inspectivas es que sea el inspector o grupo de inspectores quienes deben intervenir desde el inicio hasta la culminación de la investigación, por cuanto ello les permitirá un mejor conocimiento de lo que es materia de la visita, evitándose dilaciones o reinicios de actuaciones en razón del cambio de los inspectores originales.

Las órdenes de inspección que emitan los directivos para efectos de llevar a cabo la actuación o visita inspectiva, debe constar por escrito, contener los datos de identificación de la inspección encomendada, es decir cuál es la materia de investigación o comprobación; el plazo para la actuación y su finalidad, la designación del inspector o equipo de inspección que tendrá a su cargo la investigación. Además, podrán referirse a un sujeto concreto o expedirse con carácter genérico a un conjunto indeterminado de sujetos, en aplicación de criterios objetivos como área geográfica, actividad económica, niveles de informalidad, o cualquier otro determinado por la autoridad competente en materia de inspección de trabajo.⁽⁵⁸⁾

Las órdenes de inspección serán objeto de registro y se identificarán anualmente con una sola secuencia numérica, dando lugar a la apertura del correspondiente expediente de inspección.

El Decreto Supremo N° 019-2007-TR que modifica el artículo 11° del Reglamento de Inspección establece que, de advertirse que en la orden de inspección existe error en la identificación del sujeto inspeccionado, o error en el domicilio del lugar o centro de trabajo u otro dato y/o error material, o fuese necesario realizar actuaciones inspectivas en otros lugares o centros de trabajo del mismo empleador o sujeto inspeccionado, los inspectores deberán emitir el informe al Directivo que expidió la orden, se entiende para que enmiende el error, sin perjuicio de lo cual los inspectores encargados realizarán las visitas inspectivas necesarias para cumplir con la finalidad de la inspección.

En cumplimiento de las órdenes de inspección recibidas, los inspectores designados llevan a cabo las actuaciones de investigación o comprobación, las mismas que deben realizarse en el plazo que se señale en cada caso concreto, sin que con carácter general puedan dilatarse por más de (30) treinta días hábiles, salvo que la dilación sea por causa imputable al sujeto inspeccionado, o cuando sea necesario, o las circunstancias así lo aconsejen, en cuyo caso podrá prorrogarse dicho plazo.

En cada actuación que se practique se dejará constancia escrita de las diligencias de investigación llevadas a cabo,

(58) Ley, artículo 13°, Reglamento artículo 11.1 (ver formatos de las órdenes de inspección en la página web del Ministerio de Trabajo www.mintra.gob.pe).

Con carácter general y siempre que no se perjudique la investigación de los hechos objeto de inspección, las actuaciones de investigación mediante visita a los centros o lugares de trabajo, se realizarán en presencia del sujeto inspeccionado o su representante, y de los trabajadores o de las organizaciones sindicales que los representen, o de los representantes de los trabajadores. De no encontrarse en el centro o lugar de trabajo, las actuaciones se realizarán sin la presencia de los mismos, no afectando dicha circunstancia el resultado y validez de la investigación.

Finalizadas las actuaciones o visitas inspectivas de investigación o comprobatorias, de no advertirse infracciones susceptibles de adoptar medidas inspectivas, los inspectores emiten el correspondiente informe. Por el contrario de advertir incumplimientos o infracciones, los inspectores de trabajo adoptarán las medidas inspectivas de advertencia y requerimiento para garantizar el cumplimiento de las normas objeto de fiscalización, emitiendo un informe sobre las actuaciones realizadas y sus resultados.

Las medidas de advertencia y requerimiento no son susceptibles de impugnación, lo que se entiende sin perjuicio del derecho de defensa del interesado en el procedimiento sancionador.

Esta norma es muy importante porque a diferencia de lo que ocurría anteriormente, la visita de inspección con la legislación vigente, no se frustrará por la ausencia de los representantes del empleador y/o de los trabajadores. En efecto, anteriormente bastaba que el empleador o su representante no estuviera presente para que se señalara nueva fecha para la diligencia, dando pie a que el empleador modificara todo el escenario y minimizara incumplimientos que se habrían hecho evidentes de haberse realizado la inspección en la primera oportunidad.

Las medidas de advertencia y requerimiento se dictan cuando se comprueba la existencia de una infracción a las normas sociolaborales, en cuyo caso se requerirá por escrito, en la forma y modelo oficial aprobado, para que el sujeto responsable en un plazo determinado adopte las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las mismas.

Las medidas de requerimiento son órdenes dictadas por la Inspección del Trabajo para el cumplimiento de las indicadas normas. Pueden consistir en ordenar al empleador, que en relación con un trabajador, siempre que se fundamente en el incumplimiento de la normatividad legal vigente, se le registre en planillas, por ejemplo en aplicación del principio de primacía de la realidad, o en caso de establecerse la desnaturalización de la intermediación laboral o de la tercerización de servicios; se abonen las remuneraciones y beneficios laborales pendientes de pago, se establezca que el contrato de trabajo sujeto a modalidad es a plazo indeterminado; y, la continuidad del trabajador cuando corresponda.

Asimismo, la inspección del trabajo podrá requerir se garantice el pago de las obligaciones de los trabajadores, si se verifica que la empresa no cuenta con recursos financieros suficientes para hacerse cargo de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores.

En materia de prevención de riesgos laborales, se requerirán las modificaciones necesarias, montajes o métodos de trabajo para garantizar la salud y seguridad de los trabajadores, o de ser el caso dispondrá la paralización o prohibición inmediata de trabajos o tareas que los puedan poner en riesgo.

Lo expuesto en los tres párrafos anteriores constituyen modificaciones introducidas por el Decreto Supremo N° 019-2007-TR, que tiene por objeto que el empleador conozca con claridad las atribuciones de las que goza la Autoridad de Inspección y por ende los riesgos que corren por incumplir la normatividad laboral. En cuanto a la posibilidad de dictar una medida de requerimiento para que el empleador que se encuentra en situación de liquidez garantice el pago de las acreencias laborales, consideramos que si bien se trata de una buena intención, en la práctica resultará difícil, aunque no imposible, que consiga un tercero preste garantías a un empleador que se encuentra en dicha situación.

En los casos de infracciones al ordenamiento jurídico sociolaboral, cualquiera que sea la materia a la que afecten, se requerirá al sujeto responsable de su comisión, la adopción en un plazo determinado, que debe ser razonable, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas.

La Autoridad Inspectiva podrá ordenar el seguimiento y control del cumplimiento del requerimiento mediante visita de inspección, comparecencia o verificación de datos para la comprobación de su cumplimiento.

Estas normas son de la mayor importancia, por cuanto hacen evidente que la labor inspectiva no es necesariamente policíaca, de sanción inmediata, si no que permite que, detectada la infracción, esta sea remediada en un plazo determinado, que la Autoridad Inspectiva debe establecer razonablemente atendiendo a la magnitud de la misma; que es al fin y al cabo lo que persigue el servicio de inspección, es decir, el cabal cumplimiento de las normas sociolaborales.

Si pese al plazo otorgado el empleador persiste en el incumplimiento, entonces se emitirá el acta de infracción que corresponda para el inicio del procedimiento sancionador, las mismas que se extenderán en el formato oficial y con los requisitos que se terminan en las normas reguladoras del procedimiento sancionador, debiendo contener como mínimo información respecto de: (i) identificación de sujeto o sujetos inspeccionados, (ii) medios de investigación utilizados, (iii) hechos constatados, (iv) conclusiones, detallando en su caso las infracciones apreciadas y las medidas inspectivas adoptadas, (v) identificación del inspector o inspectores de trabajo que intervinieron; y, (vi) fecha de emisión del informe.

Asimismo, las actas de infracción por obstrucción a la labor inspectiva, se extenderán en el formato oficial aprobado por la Autoridad Inspectiva de Trabajo.

4. Directivas sobre inspección vinculada a la intermediación laboral y tercerización de servicios

Con fecha 28 de septiembre de 2007 se expidieron las Directivas 002 y 003-2007/MTPE/2/11.4 por la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo, la primera se titula "Directiva Nacional Para La Ejecución del Programa Nacional de Fiscalización de las Unidades de Producción de las Empresas", y la segunda Lineamientos Para la Obtención de Información y Verificación de Empresas Contratistas y Subcontratistas en el Desarrollo de Inspecciones del Trabajo a Nivel Nacional".

Directiva 002

Esta Directiva comprende en especial los siguientes aspectos:

- a. **Ámbito del programa**, que a su vez se refiere al ámbito empresarial indicándose

que debe ejecutarse las unidades de producción de empresas en las que confluyan trabajadores de la empresa titular o principal, así como trabajadores de contratistas o subcontratistas encargadas de parte de la actividad principal se entiende de la principal o proceso productivo. Por la terminología utilizada en esta Directiva uno se puede percatar que está pensada en la actividad minera, aún cuando tiene carácter general.

En cuanto al ámbito material o de derechos a tutelar, se menciona a la libertad sindical en las Unidades de Producción en cuyo caso se establece que la fiscalización o inspección tiene por objeto garantizar los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, así como supervisar que, tratándose de los servicios de tercerización, el desplazamiento de trabajadores a las empresas usuarias o principales no implique una simple provisión de personal, pues estaríamos frente a una de las causales de desnaturalización de la tercerización de servicios.

En cuanto al método que debe seguir la inspección tratándose de la garantía de libertad sindical, el inspector respecto del derecho de sindicación, verificará: (i) el número y nómina de trabajadores que prestan servicios en la Unidad de Producción, se entiende trabajadores directos o desplazados por otras empresas que prestan servicios de tercerización; (ii) el tiempo de servicio y la condición contractual de los trabajadores; (iii) los antecedentes laborales de los trabajadores en relación con las empresas anteriores de estos. Este es un aspecto importante porque podría suceder que un mismo trabajador ha venido realizando la misma labor pero a través de distintas empresas que prestan servicios de tercerización, lo cual en sí mismo no necesariamente constituye una irregularidad sino en todo caso un elemento a tenerse en cuenta para profundizar las investigaciones. Así por ejemplo esta situación no es rara en unidades mineras muy alejadas en que pueden resolverse los contratos con las empresas contratistas y las nuevas que las sustituyen contraten a su vez a los trabajadores por ejemplo del lugar, que venían prestando servicios al anterior contratista. Lo que en el fondo interesa es que la empresa que presta el servicio de tercerización, en este caso la contratista minera sea una verdadera empresa, es decir que cumpla con los requisitos establecidos por la ley para dicha actividad; (iv) identificación de las empresas que confluyen en la unidad de producción y sus trabajadores; (v) número de organizaciones sindicales existentes en la unidad de producción, así como la nómina de los afiliados; (vi) situación contractual y situación laboral de los dirigentes sindicales, verificándose la incidencia de los despidos producidos a nivel de dirigentes sindicales y trabajadores sindicalizados en los, cuando menos, dos ejercicios anteriores a la verificación, constatándose igualmente la incidencia de despidos de trabajadores no sindicalizados, se entiende, a efectos de realizar la comparación correspondiente y así establecer si existe una incidencia especial de despidos en el supuesto de trabajadores sindicalizados y determinar con ello si existe o no una conducta antisindical por parte del o los empleadores; y, (vii) verificación o constatación de la existencia de órdenes a fin de establecer si la empresa de tercerización o contratista tiene a su personal bajo su exclusiva subordinación o si esta es compartida con la empresa principal o usuaria, en cuyo caso podría desnaturalizarse la tercerización de servicios. La Directiva entiende como subordinación no solo a la dirección, supervisión y sanción de los trabajadores sino también la realización de actos orientados a limitar el ejercicio del derecho de sindicación.

En cuanto al derecho de negociación colectiva, la inspección debe verificar el curso que han seguido estas así como la conducta asumida por el empleador y las empresas que destacan o desplazan personal a la Unidad de Producción, estén o no dentro del ámbito de negociación colectiva. En este aspecto por ejemplo podría ser materia de la constatación si a los trabajadores no sujetos a negociación colectiva perciben mejores condiciones remunerativas o cuentan con mejores condiciones de trabajo, aún cuando establecer que si ello ocurre podría implicar una conducta antisindical, resultaría una conclusión cuando menos opinable.

Finalmente en cuanto al derecho de huelga, la inspección tendría que verificar la conducta de la empresa principal así como las terceras ante una situación de huelga, así como si existen actos de injerencia o represalia por el empleador y si en el caso de una huelga se sustituye a los trabajadores que se encuentran acatando dicha medida. Respecto de la actividad inspectiva sobre esta materia consideramos que existe error en la Directiva cuando se establece que el inspector debe “evaluar” si existen actos de injerencia o represalia, toda vez que la función que deben cumplir los inspectores es la de comprobación o constatación (LGIT arts. 13° tercer párrafo, 16° segundo párrafo, 45° b, 46° a; Rgto. artículos 7° a, 7° 2, 13° 1, 17° 2 c, entre otros). El término evaluar significa “señalar el valor de algo; estimar, apreciar, calcular el valor de algo”⁽⁵⁹⁾, en tanto que el término “constatar” significa “comprobar un hecho, establecer su veracidad, dar constancia de él”⁽⁶⁰⁾. En consecuencia no es competencia de la inspección efectuar evaluaciones, sino, exclusivamente dar cuenta de los hechos constatados, y cómo es que han sido constatados o comprobados. De otro lado en lo que respecta a la prohibición de sustitución de trabajadores en huelga, debe tenerse en cuenta que dicha prohibición opera siempre y cuando la huelga sea legal, no si es ilegal porque estaríamos frente a una paralización sin respaldo de la Constitución y la Ley.

- b. En cuanto a la prohibición de la simple provisión de trabajadores, tratándose de una tercerización de servicios, los inspectores deben evaluar si la empresa que presta dicho servicio cuenta con autonomía empresarial, es decir si: (i) presta sus servicios por su cuenta y riesgo, que la Directiva conceptúa como que si realiza sus actividades “sin contar con la dirección específica de las otras empresas de la unidad productiva”; (ii) si cuenta con recursos propios, financieros, técnicos y materiales. De hecho se constata un primer error porque tanto el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, tal como quedó modificado por el Decreto Supremo N° 020-2007-TR como la actual ley, se refiere a recursos “... técnicos o materiales”, no y. Se indica sobre este aspecto que las empresas que prestan el servicio de tercerización desplazando trabajadores debe ser propietaria de los bienes que utiliza para prestar el servicio, permitiéndose el uso excepcional de bienes de terceros “... que no son de la empresa principal o de alguna empresa vinculada”. Este aspecto de la Directiva tendrá que ser materia de modificación a fin de adecuarse a las normas vigentes toda vez que si bien la ley habla de *propios* recursos financieros técnicos y materiales; como elementos indiciarios de la autonomía empresarial, señala la propia ley, que simplemente cuente *con equipamiento*, sin especificar de que deben ser propios, lo

(59) Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo Segunda Edición, Tomo V, p. 685.

(60) Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo Segunda Edición, Tomo III, p. 427.

que es desarrollado por la norma reglamentaria en el artículo 4.3 según el cual “se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos que utilizan los trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquella”, señalando además que “cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral” (véanse nuestros comentarios al artículo 4° del Reglamento); (iii) existe responsabilidad por el resultado de las actividades; (iv) se pague directamente la remuneración y beneficios sociales a sus trabajadores desplazados; (v) los trabajadores se encuentren bajo su exclusiva subordinación, señalándose como carencia de este requisito la existencia de situaciones como la forma de retribución de la obra o servicio que evidencie que se trata de una simple provisión de personal, como por ejemplo si la retribución del contrato civil o mercantil se determina simplemente en función del número de trabajadores desplazados, lo que podría llevar a concluir que se está frente a un supuesto de intermediación laboral prohibido; (vi) igualmente ocurriría si se constata que la dirección o fiscalización de los trabajadores desplazados no se encuentra a cargo de sus empleadores; y, (vii) respecto de la pluralidad de clientes tendrá que verificarse lo que ocurre en el presente o la situación del pasado a fin de establecer que se trata de una actividad empresarial genuina que tiene por objeto captar clientes. Este es un aspecto de la Directiva que tendrá que adecuarse tanto a la ley como al Decreto Legislativo y norma reglamentaria vigentes. (véanse nuestros comentarios efectuados anteriormente).

De comprobarse que existe autonomía empresarial por parte de las empresas que prestan servicios de tercerización, entonces la inspección debe verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales.

Directiva 003

Esta Directiva que se refiere preferentemente a la inspección en supuestos de tercerización de servicios por lo que, consecuentemente, se tendrá que tener en cuenta de manera conjunta con la Directiva anterior. Tiene por objeto: (i) fiscalizar el cumplimiento por parte de la empresa principal o usuaria los requisitos formales y sustanciales previstos en la Ley de Intermediación Laboral y su Reglamento, en los supuestos de concretarse una vinculación de esa naturaleza, es decir intermediación laboral; (ii) en los casos de tercerización o subcontratación de servicios, se debe verificar si se cumplen con los elementos exigidos por la norma (se tiene que actualizar esta Directiva de acuerdo con la legislación vigente). En esta parte de la Directiva se señala que “si el inspector del trabajo constata que no se han cumplido *con todos* los requisitos previstos en dicho artículo, en aplicación del principio de primacía de la realidad ... concluirá que se ha simulado la condición de empresa contratista o subcontratista, y, por lo tanto entenderá que los supuestos trabajadores de la empresa contratista o subcontratista, desde el inicio de la prestación de sus servicios mantienen vínculos de naturaleza laboral con la empresa usuaria, expidiendo la medida inspectiva correspondiente”. Consideramos que tal norma era equívoca pues el artículo 4° del Rgto. de la Ley de Intermediación Laboral, a nuestro criterio no podía ser interpretado en ese sentido sino en el mismo sentido en que la norma vigente lo establece, nos referimos al artículo 3° del Reglamento en que expresamente se señala que “para efectos de la Ley,

los cuatro requisitos señalados en el primer párrafo del artículo 2º de la misma son copulativos. La inexistencia de uno, cualquiera de ellos, desvirtúa la tercerización". Entonces esta Directiva debe actualizarse.

5. Finalización de las actuaciones inspectivas

Finalizadas las actuaciones de investigación o comprobatorias, los inspectores actuantes emitirán el informe interno sobre las actuaciones realizadas y sus resultados. Asimismo se emitirá informe por escrito dirigido a las autoridades, órganos y personas solicitantes cuando las actuaciones tengan su origen en una orden emitida por las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, o de los órganos de la administración pública competentes en materia de inspección del trabajo, u otros órganos del Sector Público o de cualquier órgano jurisdiccional; o que provenga de una denuncia o a petición de los empleadores y los trabajadores. En todo caso deberá respetarse el deber de confidencialidad; y, en acatamiento del deber del secreto profesional, no se informará sobre el resultado de las actuaciones a los denunciados que no puedan tener la condición de interesados en el procedimiento sancionador.

Si como consecuencia de haberse dispuesto una medida inspectiva y efectuada la verificación correspondiente se comprueba el cumplimiento de la misma, se procederá a decretar el cierre del expediente.⁽⁶¹⁾

El cierre del expediente será dispuesto, bajo responsabilidad por los supervisores, inspectores o directivos que disponga la Autoridad Central del Sistema de Inspección del Trabajo, según sea el caso, siempre que la inspección hubiese cumplido su finalidad, salvo que concurran circunstancias que imposibiliten la actuación de la inspección, por presentarse la comisión de infracciones a la labor inspectiva que pongan en peligro la salud y el bienestar de los inspectores. En este último caso, de ser pertinente, se deberá remitir copia certificada de lo actuado al Procurador Público del Sector para que proceda a interponer la denuncia penal correspondiente ante el Ministerio Público.

Finalmente el cumplimiento total de los requerimientos efectuados como consecuencia de las actuaciones inspectivas motiva el cierre del expediente y la elaboración del informe respectivo sin que se extienda acta de infracción.⁽⁶²⁾

V. CONCLUSIONES

1. Primacía de la realidad

1. El Derecho del Trabajo tiene su razón de ser en la protección normativa que proporciona a la parte más débil de la relación contractual: el trabajador, de tal modo de evitar o cuando menos suavizar o limitar las imposiciones exageradas o abusivas que pueda plantear el empleador al inicio de la relación laboral y/o durante su ejecución. En consecuencia la tuición propia de esta rama del derecho corresponde en esencia a la ley, en su sentido lato, siendo las autoridades administrativas y judiciales, de acuerdo a su competencia, los operadores de dicha tuición normativa.

(61) Reglamento, artículo 17.5

(62) Reglamento, artículos 17.7 y 17.8

2. El principio de primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos (Américo Plá Rodríguez). Indudablemente este principio tiene sustento en el principio protector.
3. El escenario de la inspección laboral en nuestro país cambió dramáticamente desde el Decreto Legislativo N° 910 que entró en vigencia el 1º de julio de 2001, pues, anteriormente a él, desde la perspectiva de los trabajadores muchas veces resultó frustrante. Bastaba que se argumentara que determinada actuación inspectiva suponía la aplicación del principio de primacía de la realidad, como por ejemplo, que un contrato de locación de servicios ocultara una verdadera relación laboral o que se tratara de una materia controvertible, para que el inspector se tuviera que inhibir, expidiendo en el mejor de los casos copia de lo constatado, para que el trabajador, con base a este documento planteara su demanda ante el juez para que este resolviera finalmente. Es decir, se podía tener el derecho pero hacerlo valer resultaba muy difícil, trayendo como consecuencia una situación de desprotección de la parte más débil del contrato de trabajo.
4. La incorporación expresa de la aplicación del principio de primacía de la realidad por el Decreto Legislativo N° 910 ha permitido, desde su vigencia en sede administrativa, determinar la existencia de un contrato de trabajo ahí donde evidentemente se simule uno de naturaleza civil (locación de servicios o de obra), o mercantil (comisión mercantil o prestación de servicios a través de una empresa pantalla), para cuyo efecto se establecieron una serie de presunciones; sin perjuicio de la aplicación de este principio a otros numerosos supuestos.
5. Desde la vigencia del Decreto Legislativo N° 910, sucede entonces exactamente lo contrario: si el empleador no está de acuerdo en la forma que la autoridad de inspección aplica el principio de primacía de la realidad, tendrá derecho de apelar en sede administrativa y luego, de ser el caso, buscar se revise lo resuelto en dicha sede, a través del juez, vía Proceso Contencioso Administrativo. Es decir, la tuición al trabajador desde la vigencia del Decreto Legislativo N° 910, es más efectiva.
6. A diferencia de lo que ocurrió con el Decreto Legislativo N° 910, la Ley General de Inspección del Trabajo N° 28806, vigente desde el 17 de octubre de 2006, no contempla presunciones para la aplicación de este principio que tengan como finalidad establecer la existencia de un contrato de trabajo, lo que significa una aplicación irrestricta del mismo.
7. La aplicación del principio de primacía de la realidad demanda de parte de los inspectores una adecuada capacitación, a fin de evitar excesos, y además, resulta fundamental que dicha aplicación se sustente en los hechos constatados y verificados, y no en criterios subjetivos.
8. Como un medio para controlar los excesos en que vendría incurriendo la Autoridad de Inspección, según denuncias de connotados laboristas y de revistas especializadas, resulta de especial importancia la publicidad de las resoluciones que emita como consecuencia de las inspecciones que realiza a fin de que se sometan al escrutinio público y a la crítica de los especialistas, en atención a la norma constitucional según la cual es derecho de toda persona formular análisis críticos de las resoluciones

y sentencias judiciales, precepto que se extiende al ámbito administrativo, según interpretación del Tribunal Constitucional.

9. De acuerdo a las investigaciones realizadas, el principio de primacía de la realidad se viene utilizando en la inspección de trabajo casi exclusivamente para establecer la existencia del contrato de trabajo, lo que resulta insuficiente y preocupante, habida cuenta que existen innumerables supuestos en los que se debe aplicar dicho principio.

Intermediación laboral

10. En el Perú, el primer antecedente sobre lo que hoy conocemos como intermediación laboral estuvo constituido por el Decreto Ley N° 22126 de 21 de marzo de 1978, dictado en la época del Presidente Morales Bermúdez sobre estabilidad laboral, en cuyo artículo 27° se prohibió la prestación de servicios en empleos permanentes por personal pagado por empleador distinto, excepto en los casos de servicios de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, eventos temporales y otros análogos.
11. En la década del 90 se produjo una importante reforma laboral en nuestro país que tuvo por objeto no solo modernizar la legislación laboral pre-existente concentrándolas en un número reducido de leyes para facilitar su manejo y comprensión, sino también flexibilizar las rigideces en que se habían incurrido a partir de la década del 70, impropias de un mundo que había entrado a una etapa de apertura ilimitada de mercados (globalización) y de una competencia igualmente sin límites, que obliga a que las empresas se encuentren en la posibilidad de adecuarse rápidamente a las necesidades del mercado para no sucumbir, con la pérdida que ello significa de puestos de trabajo.

Para ello, el Decreto Legislativo N° 728, proporcionó a los empresarios o posibles empleadores una amplia gama de posibilidades de contratación, tanto de manera directa como indirecta. Respecto de esta última, en el Título VI se reguló la actividad de las denominadas "Empresas Especiales", las cuales fueron de dos tipos: (i) "Empresas de Servicios Temporales"; y, (ii) "Empresas de Servicios Complementarios".

Las Empresas de Servicios Temporales se podían constituir bajo los requisitos establecidos en la ley con el objeto de desplazar personal a la empresa usuaria para prestar cualquiera de los servicios previstos para los contratos sujetos a modalidad, teniendo como límite que no más del 20% del total de la planilla de la empresa usuaria podía ser destacada por este tipo de empresas.

Se permitió además que las Cooperativas de Trabajadores, podían prestar este tipo de servicios a las empresas usuarias destacando socios trabajadores, siempre que en conjunto con las Empresas de Servicios Temporales no superaran el límite antes indicado; pero, a diferencia de la Empresa de Servicios Temporales, las Cooperativas de Trabajadores podían también desplazar socios trabajadores para prestar servicios *principales* y *permanentes* de la empresa usuaria.

Lamentablemente muchos empleadores no comprendieron los alcances de la reforma y tanto ellos como las Empresas de Servicios Temporales que se crearon y muchas de las Cooperativas de Trabajadores que surgieron de inmediato desvirtuaron el objetivo de esta legislación flexible, a tales niveles que muchas de las Empresas de Servicios Temporales que sabían que solo podían destacar personal para prestar

servicios temporales desplazaron a trabajadores para prestar servicios principales y permanentes, contando con la anuencia y aceptación de las empresas usuarias y aprovechándose ambos de las carencias de la inspección laboral.

Hubo pues, y hay que decirlo con toda claridad, una grave irresponsabilidad empresarial y también una dejadez imperdonable por parte del Ejecutivo al no dotar al Ministerio de Trabajo de los recursos necesarios a fin de que cuente con un cuerpo inspectivo sólido y bien capacitado que garantice el cumplimiento de las normas laborales.

13. La intermediación laboral de servicios temporales conforme a la Ley vigente N° 27626 de 14 de diciembre de 2001, consiste en el destaque de trabajadores a la empresa usuaria a fin de que cumplan labores exclusivamente de naturaleza ocasional (distintas a las actividades habituales del centro de trabajo), o de suplencia, bajo la dirección y supervisión de la empresa usuaria.

La intermediación laboral de servicios complementarios, vigente, es aquella actividad 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.

Las empresas que prestan este tipo de intermediación deben asumir plena autonomía técnica y ser responsables del desarrollo de sus actividades. La intermediación de servicios complementarios de alta especialización, pero de carácter auxiliar, secundario o no vinculado a la actividad principal, exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos, o particularmente calificados, tales como el mantenimiento y saneamiento especializados, para cuyo efecto destaca su personal a una empresa usuaria, en la que esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado.

14. Desde un punto de vista estrictamente técnico la ley vigente no debió incorporar como empresas de intermediación laboral a las empresas de servicios complementarios ordinarios o especializados, toda vez que la doctrina y la propia OIT consideran que la verdadera intermediación laboral es aquella que se limita a proporcionar personal a la empresa usuaria encontrándose dicho personal bajo la dirección y supervisión directa de esta última y no de su empleador, a quien solo le queda el atributo de aplicar la facultad sancionadora.

Tercerización de servicios

15. El objeto de la ley es regular los casos en que procede la tercerización, los requisitos, derechos y obligaciones, así como las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalizan el uso de este método de vinculación empresarial.
16. El *outsourcing* puro, o *verdadero outsourcing*, es la tercerización de servicios principales que realiza una empresa (usuaria o principal) que contrata a otra que presta el servicio de tercerización, sin desplazamiento de trabajadores a la empresa contratante de dichos servicios.

17. A nivel de la OIT no existe un pronunciamiento definitivo sobre el tema, es decir, no se ha aprobado convenio alguno. El intento de hacerlo en la 86ª Reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo celebrada en Ginebra en Junio de 1998 no prosperó por falta de consenso.
18. La reciente Ley N° 29245 de 23 de junio de 2008, establece que constituyen tercerización de servicios, *entre otros*, los contratos de gerencia, conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa (*outsourcing*), los contratos que tiene por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo, siendo una modalidad de la tercerización de servicios la subcontratación cuando las empresas que presten servicios de tercerización subcontraten, siempre y cuando la subcontratista cumpla con los requisitos establecidos en la ley.
19. Es el Reglamento en su artículo 1º, sobre definiciones, que contempla una definición coherente sobre la materia al definirla como "... una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados, o integrados a la misma".
20. La ley no ha definido el ámbito al que se aplica la norma sobre tercerización de servicios o servicios de tercerización, con lo cual existía la duda si, además de comprender a las empresas del sector privado, también lo hacía respecto de las entidades del Estado, que en la realidad de los hechos no solo recurre a las empresas de intermediación laboral sino que terceriza algunos de sus servicios principales con las restricciones que establece la Constitución y las leyes de desarrollo respectivas. Sin embargo es el Reglamento el que se ha encargado de despejar toda duda sobre este tema, pues señala que "la tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia".
21. En consecuencia, conforme al Reglamento, la ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores se encuentren sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con *desplazamiento continuo* de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.
22. De la revisión efectuada de la doctrina, fundamentalmente nacional, se puede advertir, que se pretende limitar al *outsourcing* o tercerización de servicios a las *actividades principales pero periféricas o auxiliares de la empresa principal o usuaria*, indicándose de manera genérica que las actividades *nucleares* quedan reservadas para ser ejecutadas directamente por la empresa principal o usuaria. En otros términos esta doctrina estaría sosteniendo que las actividades esenciales no podrían ser tercerizadas.
23. Dicha doctrina ha tenido impacto en algunos pronunciamientos emitidos por el Poder Judicial, aún cuando, felizmente no existe criterio uniforme, pues en otros pronunciamientos se ha respetado el marco normativo que no establece limitaciones a la tercerización de actividades principales.
24. En consecuencia, salvo que la ley basada en norma constitucional establezca de manera expresa limitaciones a la tercerización por la naturaleza de las actividades que se

- desarrollan, la decisión de tercerizar total o parcialmente las actividades productivas o de servicios depende del dueño del negocio, quien obviamente retendrá aquella actividad que considere importante a sus intereses, toda vez que si no reservara alguna es porque dejó de ser dueño del negocio; pero la actividad que retiene para sí responde única y exclusivamente a su decisión subjetiva y no puede ser impuesta ni determinada, dentro del marco constitucional y legal vigentes, ni por la ley ni por la Autoridad Administrativa de Trabajo y tampoco por decisión jurisdiccional. Así lo debería establecer la Corte suprema de la República en resolución con carecer vinculante a fin de otorgar la seguridad jurídica que requiere el desarrollo de las actividades de las empresas que tienen este tipo de vinculación.
25. El artículo 9º de la ley estableció que "La empresa principal que contrate la tercerización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora, es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengadas por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral". Lo cierto es que el Decreto Legislativo N° 1038, publicado al día siguiente de la ley, hizo eco parcial de los reclamos empresariales, restringiendo el ámbito de la solidaridad únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por *norma legal*, excluyendo a los de origen convencional o unilateral (art. 3º).
 26. La solidaridad entre las empresas principales o usuarias de los servicios de tercerización y estas últimas, lo que persigue es que las primeras pongan especial cuidado cuando se vinculan con empresas que le van a prestar tales servicios a fin de contratar aquellas que sean realmente formales y por ende cumplidoras de sus obligaciones en general y las laborales y de seguridad social en particular, pues al fin y al cabo lo que tutela la ley es el derecho de los trabajadores desplazados a fin de que no vean vulnerados los derechos antes mencionados.
 27. El artículo 7º del Reglamento desarrolla el tema de la responsabilidad solidaria establecida en la ley y lo extiende, pues señala que esta responsabilidad alcanza no solo al empresario principal, sino al contratista y al subcontratista. Adviértase que la ley solo se refiere a la empresa principal y a la empresa tercerizadora, mas no a los subcontratistas que puede utilizar la empresa tercerizadora para cumplir los servicios de tercerización a favor de la empresa principal. Esta *ampliación* de la responsabilidad solidaria por una norma de jerarquía menor a la ley, podría ser cuestionada judicialmente porque ya hemos visto que la solidaridad solo puede ser establecida por acuerdo expreso entre las partes o por ley.
- Actuaciones inspectivas**
28. La Inspección del trabajo es un servicio público a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden socio laboral y de la seguridad social, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, orientar y asesorar técnicamente en dichas materias, todo ello de conformidad con el Convenio N° 81 de la Organización Internacional de Trabajo, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13284, de 15 de diciembre de 1959.

- 29 Con fecha 28 de septiembre de 2007 se expidieron las directivas N° 002 y 003-2007/MTPE/2/11.4 por la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo, la primera se titula "Directiva Nacional para la Ejecución del Programa Nacional de Fiscalización de las Unidades de Producción de las Empresas" y la segunda "Lineamientos para la Obtención de Información y Verificación de Empresas Contratistas y Subcontratistas en el Desarrollo de Inspecciones del Trabajo a Nivel Nacional", las mismas que deberían unificarse y actualizarse teniendo en cuenta las nuevas disposiciones dictadas sobre la materia. Igualmente se debe actualizar el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo en estas materias.

Octubre 2008

ALCANCES Y LÍMITES DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO. LOS CRITERIOS PARA EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN EL PERÚ

FERNANDO GARCÍA GRANARA⁽¹⁾

1. PRESENTACIÓN

El análisis de los alcances y límites de la inspección requiere de un enfoque integral de los diferentes factores que inciden en su funcionamiento y efectividad. Entre otros, la base normativa de su institucionalidad (estructura, funciones, procedimiento y sanciones), la gestión administrativa de la organización y los recursos asignados, un estatuto que brinde seguridad al personal de la inspección, la actuación de los inspectores de trabajo en la aplicación de la legislación, la generación de una jurisprudencia administrativa que brinde información y previsibilidad acerca de los criterios de la inspección y una cooperación interinstitucional en la que puedan participar los actores sociales.⁽²⁾

- (1) Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Técnico Principal del Proyecto de Fortalecimiento del Servicio Civil de la Inspección del Trabajo para Honduras y El Salvador de la Organización Internacional del Trabajo. Las opiniones vertidas en el presente documento son de naturaleza personal y no comprometen a la OIT.
- (2) "El establecimiento de una cooperación interinstitucional y de una colaboración multilateral es inherente a la propia noción de sistema de administración. Conforme al planteamiento sistémico de toda función que apunte a lograr un todo que sea mayor que la suma de sus partes, la eficacia de la inspección dependerá en buena medida de su capacidad para funcionar en interacción con el entorno socioeconómico en cuyo seno se ejerce". **CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO**. 95° Reunión. 2006. **Inspección del Trabajo**. Ginebra. 2006. página 57. No obstante, existe una separación de funciones en la Administración Pública, que marca una diferencia de objetivos y de actuación incluso con los interlocutores sociales.