

De esta forma, cuando la Constitución manda a los poderes públicos para que garanticen y fomenten los derechos colectivos de los trabajadores no hace otra cosa que obligar a las instituciones del Estado a hacer efectiva la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga. Los obliga a remover todos los obstáculos, de índole práctica y jurídica, para que los trabajadores consigan defender sus intereses y derechos. Por eso, el legislador peruano está en la obligación de superar las formalidades que contienen los conceptos de personalidad jurídica y contractualismo bilateral con el fin de implementar niveles de representación y negociación de trabajadores donde se planteen conflictos a solucionar. Solo por esta vía, creo, que se podrá permitir que los trabajadores de la contratista puedan defender sus intereses directamente con la empresa principal que en muchos casos es quien toma en última instancia las decisiones de organización del trabajo, en cuanto la contratista solo se dedica a cumplir sus órdenes. Dirán los trabajadores: ¿para qué hablar con los payasos, si necesito hablar con el dueño del circo?.

Lima, 27 de Septiembre de 2008

LOS DERECHOS LABORALES EN LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA⁽¹⁾

LUZ PACHECO ZERGA

El fenómeno de la subcontratación laboral, como consecuencia de la descentralización productiva ha sido analizado frecuentemente por la doctrina académica tanto en nuestro país⁽²⁾ como en el extranjero⁽³⁾.

- (1) Luz Pacheco Zerga. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora Principal e Investigadora de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Chiclayo). Profesora Invitada del Master de Relaciones Laborales de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).
- (2) Cito solo algunos estudios: ARCE ORTIZ, Elmer, *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*, Lima, Palestra & Facultad de Derecho de la PUC, 2006, SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO, "La descentralización productiva:" en *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez* (Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004), TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones de Derecho Laboral*, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, "Intermediación laboral: regulación y sus relaciones con la tercerización" en *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez* (Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004), VILLAVICENCIO, Alfredo, "La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: El caso de la intermediación," *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Cuaderno de Trabajo. OIT*, 2000 2000, VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo / BALBÍN TORRES, Edgar, "Intermediación y Tercerización, labores principales y complementarias: Precisiones conceptuales, de naturaleza y alcances," *Revista de Trabajo* (2007).
- (3) Cfr. CRUZ VILLALÓN, Jesús, "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales," *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, no. 13 (1994), CRUZ VILLALÓN, Jesús, *La descentralización productiva en España. Su impacto sobre las relaciones laborales*. (La Revista CTECS, 2007 [ubicado el 6.X.2008]); obtenido en <http://www.ctescat.net/scripts/larevista/article.asp?cat=6&art=617>, MENÉNDEZ CALVO, Remedios, "La descentralización productiva como modelo emergente de flexiseguridad," *Relaciones Laborales*, no. 15-16 (2007), MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, "Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico laboral," *Relaciones Laborales. La Ley*, no. 7 (2001), VALDÉS DAL-RE, Fernando, "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo,"

En todos esos estudios, de una manera o de otra, se ha puesto de manifiesto el peligro de convertir estos mecanismos de flexibilidad, eficiencia y competitividad empresarial, en unos de “encubrimiento de la existencia de relaciones de trabajo en régimen de dependencia en provecho de la empresa principal”⁽⁴⁾.

Lamentablemente la actual regulación de la intermediación laboral y de la tercerización sigue siendo insuficiente para neutralizar esta amenaza. La normativa de la intermediación laboral, tal como se puso de manifiesto al poco tiempo de la promulgación de la Ley 27626, es tan solo un “amago”, que bien merece el calificativo de “desregulación”, no solo por las deficiencias en materia de responsabilidad solidaria, sino también por haber dejado a la autonomía de las partes —que equivale a decir, en manos del empresario más fuerte— el pacto de condiciones que afectan directamente los derechos laborales⁽⁵⁾.

Una crítica similar merece la regulación del outsourcing⁽⁶⁾, en la que el Reglamento de la Ley 29245 y del Dec. Leg. 1038, esto es, el D.S. 006-2008-TR, recientemente publicado⁽⁷⁾, ha desvirtuado algunos de los elementos característicos de la tercerización, al rebajar la exigencia respecto a los indicios de autonomía empresarial, como son el que los equipos sean de propiedad de la empresa tercerizadora y/o que no exista pluralidad de clientes (art. 4 del Reglamento), que deben ser cuidadosamente evaluados para poder revertir las situaciones de abuso reiteradamente denunciadas por los medios de comunicación. Sin embargo, es necesario reconocer que se ha dado un paso importante al establecer la responsabilidad solidaria entre la empresa principal y las contratistas y subcontratistas, respecto a los adeudos laborales y los de previsión social (art. 7), pero —a la vez— deja fuera del ámbito de la Ley los servicios de Tercerización que no impliquen un desplazamiento continuo de personal (art. 2)⁽⁸⁾.

Las dificultades para una adecuada regulación jurídico-laboral de estas dos instituciones jurídicas, obedece a que la descentralización productiva⁽⁹⁾ trae consigo una “masiva sustitución de relaciones de trabajo dependiente prestado de forma directa y regular por formas externas de vinculación con terceros, basadas por lo general en la coordinación

de tareas o funciones, para la misma actividad productiva”⁽¹⁰⁾. Resulta evidente que este fenómeno “repercute de forma directa e inmediata sobre todo el conjunto del sistema de relaciones laborales, en sus muy diversas vertientes, con un impacto transversal sobre la práctica totalidad de las instituciones jurídico-laborales tradicionales”⁽¹¹⁾. La consecuencia es doble: por una parte, la “flexibilización” de las normas laborales y por otra, su huida, en aras de promover mayor inversión y niveles competitivos. Esta huida significa tanto “la existencia de prestaciones de trabajo y relaciones de producción que escapan del Derecho del Trabajo, como el hecho de que las propias reglas del Derecho del Trabajo permiten esa no aplicación a aquellas relaciones”⁽¹²⁾.

En este proceso, no se puede olvidar que la vocación del Derecho del Trabajo no es crear un “espacio privilegiado e hiperprotegido para una minoría de personas, abarcado poco y apretando mucho, sino asegurar unos niveles de protección adecuados para todos los que bien de su trabajo, y para ello ha de buscar un equilibrio pragmático entre el nivel de protección y el ámbito de esa protección”⁽¹³⁾. Para conseguirlo es necesario que “el Derecho del Trabajo deje de ser huidizo, y asuma su responsabilidad reguladora en todo el conjunto del mercado de trabajo, evitando la diabólica alternativa entre los que algunos llaman un sector superprotegido e hipoproductivo y un nivel hipoprotegido y superproductivo”⁽¹⁴⁾.

Esta tarea prudencial encuentra luces claras en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC) y del Poder Judicial sobre estas instituciones. Luego de revisar todas las sentencias publicadas por el TC en su página Web en los últimos diez años sobre la Intermediación Laboral —no existe ningún caso de tercerización—, y los del Poder Judicial, a través del sistema SPIJ, presentamos una sistematización de esos pronunciamientos, que aún cuando son muy pocos, constituyen referentes obligados en la tarea hermenéutica de jueces, abogados, empresarios y trabajadores, así como en la legislativa del Congreso.

I. LA LICITUD Y EL ORDEN PÚBLICO EN LA INTERMEDIACIÓN LABORAL⁽¹⁵⁾

Al entrar en vigencia la Ley 27626 un grupo de empresas de servicios especiales (*services*) y de cooperativas de trabajadores, presentaron una acción de amparo contra el Congreso de la República y el Ministerio de Trabajo, solicitando: a) la inaplicación para ellas de las disposiciones de la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N.º 27626, que exigía la adecuación de esas empresas a la nueva normativa; b) que se respetasen los términos de los contratos celebrados con las empresas usuarias con anterioridad a la vigencia de la norma cuestionada; c) que las entidades demandadas o cualquier otra autoridad se abstuvieran de exigirles a ellas o a sus clientes, las empresas usuarias, la adecuación de los contratos suscritos con anterioridad a la vigencia de la norma

Relaciones Laborales, no. 20 (2001). MONEREO PÉREZ, José Luis / ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial, Colección práctica de Derecho social*, Granada, Comares, 2002, PEDRAJAS MORENO, Abdón, “Relaciones de carácter interempresarial: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa” en *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, ed. coordinación de Juan M. Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco (Valencia: tirant lo blanch, 1999).

(4) SANGUINETI RAYMOND, “La descentralización productiva:” 413.

(5) Cfr. ARCE ORTIZ, *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*, 9-10.

(6) Sobre la insuficiencia de las definiciones del Reglamento, con particular referencia a las actividades empresariales que pueden ser externalizadas, ver AELE, “Tercerización,” *Análisis Laboral*, no. 375 (2008): 18-25, RODRÍGUEZ GARCÍA, Fernando, “Comentarios al Reglamento de la Ley de Tercerización,” *Soluciones Laborales*, no. 9 (2008): 18-25.

(7) 12.IX.2008.

(8) Una crítica ponderada a los puntos oscuros y/o *extra legem* del Reglamento se encuentra en AELE, “Tercerización,” 18-25.

(9) Se entiende por descentralización productiva “aquella forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud de la cual una empresa —que denominaremos empresa principal— decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales —que llamaremos empresas auxiliares—, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo”. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales,” 6.

(10) SANGUINETI RAYMOND, “La descentralización productiva:” 412.

(11) CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales,” 5.

(12) RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel, “La huida del Derecho del Trabajo,” *Relaciones Laborales. La Ley* Tomo I, (1992): 85.

(13) *Ibidem*.

(14) *Ibidem*: 88.

(15) Exp. N.º 2670-2002-AA/TC-LIMA, Sentencia del 30.I.2004. En el fundamento jurídico (f.j.) 4 reproduce los argumentos del Exp. N.º 2670-2002-AA/TC. Si no se indica otra cosa, las citas textuales de este apartado corresponden a esta sentencia.

cuya inaplicación solicitaban. La razón por la que solicitaban esa inaplicación era por la vulneración de sus “derechos constitucionales a la contratación, a la inmutabilidad de los términos contractuales y a la libertad de empresa”.

El análisis que realiza el Colegiado es muy importante porque recuerda el carácter teleológico del orden jurídico, que se ordena a la defensa de la dignidad humana, cuando hace referencia a la necesidad de “una lectura sistemática de la Constitución”. En consecuencia, el derecho de contratar –a que se refiere el art. 62– debe ser concordado con el inciso 14 del art. 2 del mismo texto constitucional. Por tanto, el derecho de contratar no es ilimitado, sino que se encuentra condicionado por los límites explícitos e implícitos señalados en la Constitución. Los límites explícitos son “la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público”. Y los implícitos, “las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos”.

En consecuencia, se debe tener en cuenta que las disposiciones de la Ley 27626 tienen como objetivo “revertir el uso indiscriminado que se ha venido haciendo de determinadas modalidades contractuales en desmedro de lo que deben representar verdaderos contratos de trabajo”. El Tribunal no duda en desenmascarar la práctica ilícita de las empresas recurrentes de incorporar modalidades sustitutorias a los contratos de trabajo, es decir, “típicos contratos de naturaleza civil”, en los que en lugar de garantizar todos y cada uno de los derechos laborales, se distorsionaban esos derechos o no se les garantizaba suficientemente. En consecuencia, los contratos celebrados entre los trabajadores y las empresas de servicios, así como entre estas y las empresas usuarias carecían del objetivo de licitud implícito en el art. 62 de la Constitución, “a lo que se suma el hecho de facilitar que derechos que se consideran constitucionalmente adquiridos e irrenunciables, puedan verse vaciados de contenido”. Asimismo, declara que al haber comprobado estas prácticas ilícitas de “las cooperativas recurrentes y las empresas usuarias, el Estado no solo tenía la facultad, sino el deber de intervenir creando una normativa que resultara compatible con los derechos laborales del trabajador”.

Por tanto, estos criterios dejan sin fundamento la pretensión de exonerar del requisito de acreditar un capital social suscrito y pagado no menor a cuarenta y cinco (45) UIT (art. 14 de la Ley 27626 concordado con el art. 7 del Reglamento) a las empresas constituidas antes de la promulgación de esta norma por considerar que se trataría de una aplicación retroactiva de la ley⁽¹⁶⁾. Por el contrario, la exigencia de acreditar ese capital mínimo no puede ser una exigencia solo para las nuevas empresas sino para todas, porque de lo contrario se afectaría el principio de no discriminación y la esencia de la normativa de Intermediación Laboral. Por tanto, el requisito de acreditar ese monto de capital para obtener la renovación del Registro respectivo no constituye una extralimitación reglamentaria, sino –más bien– la consecuencia lógica y coherente de los argumentos antes desarrollados.

(16) Cfr. AELE, *Compendio Laboral*, Lima, AELE, 2008, 544.

II. LA NO PROCEDENCIA DEL RECURSO DE AMPARO INTERPUESTO POR TRABAJADORES DE EMPRESAS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL QUE ALEGUEN LA EXISTENCIA DE VÍNCULO LABORAL CON LA EMPRESA USUARIA DE SUS SERVICIOS⁽¹⁷⁾

El Tribunal Constitucional ha declarado en diversos pronunciamientos que, de acuerdo a los criterios de procedencia establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la Sentencia del Exp. 0206-2005-PA, de fecha 22.XII.2005, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y el artículo 5º, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, no es procedente el amparo cuando el demandante alegue tener vínculo laboral con la empresa emplazada y esta lo niegue aduciendo que los servicios fueron prestados “a través de diversas empresas, en la modalidad de intermediación laboral” (f.j. 1). La razón esgrimida por el Tribunal es que en estos casos “existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado” (f.j. 3).

En consecuencia, estos litigios deben ser resueltos por los jueces laborales, quienes deberán adaptar esas demandas al proceso laboral que corresponda según la Ley N.º 26636. Asimismo, deberán observar los principios laborales que se hubiesen establecido en la jurisprudencia laboral del Poder Judicial y en los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que el Tribunal ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales, con particular referencia al f.j. 38 de la Sentencia del TC correspondiente al Exp. 0206-2005-PA/TC.

Otra sentencia importante es la que emitió el Tribunal a raíz de un recurso de amparo interpuesto por un socio cooperativista contra su Cooperativa, al haber recibido una notificación de esta, comunicándole la finalización de su destaque en la empresa usuaria. El demandante califica ese acto como despido arbitrario y pide la reposición en la empresa usuaria. El TC considera que la demanda debe declararse infundada⁽¹⁸⁾, por dos razones: a) porque la ausencia de etapa probatoria impide dilucidar “qué tipo de relación hubo entre el demandante y la emplazada: “de “trabajador subordinado”, de “socio trabajador” o de “socio cooperativista” y, consecuentemente si la comunicación recibida constituye o no un despido arbitrario”⁽¹⁹⁾. Y, b) porque si el demandante afirma que el vínculo jurídico era con la Cooperativa, ordenar a esta que lo reponga en un puesto de trabajo que pertenece a la empresa usuaria, constituye “un imposible jurídico, porque no se puede obligar a la “empresa usuaria” que reincorpore a una persona con la que no tiene vínculo laboral y que se desempeñaba como “destacado”⁽²⁰⁾.

(17) Exp. N.º 6134-2006-PA/TC, Sentencia del 29.IX.2006. Si no se indica otra cosa, las citas textuales corresponden a esta sentencia. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal en los Expedientes 00030-2006-PA/TC, 16.V.2006; 00036-2006-PA/TC, 16.V.2006.

(18) Exp. N.º 1857-2004-AA/TC, Sentencia del 8.XI.2005. Si no se indica otra cosa, las citas textuales corresponden al texto de esta sentencia, que se apoya en los votos singulares: de los Magistrados Revoredo Marsano, García Toma, y Landa Arroyo. Además se consigna el voto singular concurrente de los Magistrados Alva Orlandini y Gonzáles Ojeda, que proponían se declarase fundada la demanda.

(19) Voto Singular de Revoredo Marsano, fs.js. 7-8.

(20) Voto Singular de Revoredo Marsano, f.j. 9.

III. LA TIPIFICACIÓN DEL OBJETO DE LA TERCERIZACIÓN⁽²¹⁾

La Tercera Sala Laboral Especializada de Lima ha determinado que el objeto de la tercerización no es “una prestación personal de los trabajadores del contratista”, sino más bien, la satisfacción del “requerimiento de un bien determinado o servicios especializados”⁽²²⁾. Por tanto, la relación debe ser entre empresas y no entre la empresa principal y el trabajador designado por su empleadora para prestar servicios con desplazamiento continuo. En consecuencia, la Tercerización exige una subordinación exclusiva respecto a la empresa que ofrece la tercerización y excluyente respecto a la empresa principal.

En consecuencia, lo fundamental no es dónde se prestan los servicios, sino *cómo* se prestan. De allí que sea un grave error que el D. S. 006-2008 TR pretender dejar fuera del ámbito de protección social aquellas tercerizaciones que no impliquen desplazamiento continuo (art. 2) porque también en estos casos pueden vulnerarse los derechos laborales, como podremos apreciar en el siguiente apartado.

IV. UN REPASO A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

La cesión de mano de obra fue considerada una actividad ilícita en España, de acuerdo al Convenio 96 de la OIT, que prohibía la intermediación laboral de las agencias privadas de empleo con fines de lucrativos hasta hace pocas décadas. Sin embargo, la expansión de nuevas formas de producción, fruto de los avances tecnológicos, ha forzado su reconocimiento jurídico. Los últimos países europeos en autorizar la cesión temporal de trabajadores por medio de empresas especiales han sido España y Suecia, que lo han hecho en la década de los noventa. En la actualidad, todos los países de la Unión Europea regulan esta forma de trabajo como un medio de proporcionar empleo calificado y polivalente, bajo la guía y el control del Estado.

La proscripción del reclutamiento y contratación de personal para cederlo o prestarlo temporalmente a un empresario, cualquiera que fuere el título del tráfico de mano de obra, como la utilización de los servicios de dicho personal sin su incorporación a la empresa en la que realmente presta sus servicios, tiene una larga tradición en el Derecho español, al igual que en el Perú. La diferencia es que en ese país, la solidez de las relaciones colectivas ha logrado mejores condiciones económicas y de trabajo, así como una vigilancia en la utilización de la intermediación o de la tercerización. De este modo, cuando se infringe alguna de estas disposiciones los trabajadores cuentan con más medios económicos para entablar juicios, a fin que se les reconozcan sus derechos fundamentales y laborales.

En el Perú, en cambio, la jurisprudencia es escasa. De la revisión de las sentencias publicadas en los últimos diez años, solo hemos podido rescatar las que figuran en las páginas anteriores, pero la precarización de condiciones es admitida en los diversos estudios sobre la materia⁽²³⁾. Por eso, los lineamientos de la jurisprudencia de los Tribunales españoles en

(21) Exp. No 3000-06-IDL/S, Sentencia de la Tercera Sala Laboral Especializada de Lima.

(22) Sexto Considerando.

(23) Cfr., por todos, SANGUINETI RAYMOND, “La descentralización productiva.” 409-424, VILLAVICENCIO, “La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: El caso de la intermediación,” 81-106.

esta materia nos serán de utilidad, ya que nuestros Ordenamientos están inspirados por los mismos principios, aún cuando nuestra regulación sea mucho más escasa y, en ocasiones, en lugar de regular, más bien “desregula”⁽²⁴⁾.

En términos generales puede afirmarse que la licitud de la tercerización y también de la intermediación depende del vínculo negocial que exista entre el empresario prestamista de mano de obra y el prestatario. Cuando ese vínculo responde a un auténtico contrato de “puesta a disposición” (equivalente al contrato de locación de servicios de nuestro Derecho), “la actividad económica consistente en ceder temporal y directamente las utilidades derivadas del trabajo por cuenta ajena obtiene cobijo jurídico”⁽²⁵⁾. En cambio, cuando la cesión se instrumenta a través de la técnica de la simulación, formalizando un negocio jurídico que persigue dotar de apariencia de licitud la actividad prohibida, esta no obtiene protección jurídica.

De allí que la labor esencial de los jueces consista en reconocer, en cada caso concreto, si la facilitación de trabajadores entre cedente y cesionario consiste en un mero suministro de trabajadores o sea en realidad una descentralización productiva lícita⁽²⁶⁾. Esta tarea no resulta fácil porque mientras hace diez años, era relativamente sencillo detectar jurídicamente las llamadas “pseudo contrataciones”, hoy en día no lo es tanto, porque cada vez es más frecuente encontrar que la descentralización productiva afecta la práctica totalidad de las áreas de la actividad de muchas empresas. Asimismo, la aparición de empresas que tienen por objeto social ofrecer a otras empresas una prestación integral de servicios, tanto de los más clásicos, como es la atención a clientes, como de los más novedosos, como serían los aspectos informáticos, “han deconstruido buena parte de esa líneas de demarcación, ensanchando a veces sus recíprocas zonas de influencia y difuminando en otras sus instituciones de referencia”⁽²⁷⁾.

Por tanto, a la vista del desarrollo de estas modalidades de actuación empresarial nuestro país no puede ir contra las reglas del desarrollo económico, prohibiendo estos sistemas, pero sí puede mejorar normativamente la cobertura social y, a la vez, capacitar a los magistrados para que puedan distinguir en los casos concretos los abusos del derecho, que se aprecian en la precarización de los derechos laborales.

En esta tarea los Tribunales españoles han elaborado dos grandes teorías⁽²⁸⁾, que pueden servirnos de pauta. La primera, es que “la relación real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponde, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo –cuando la regulación profesional vigente del empresario formal es menos beneficiosa para el trabajadora que la que rige en el ámbito del empresario real– o la disminución de las garantías cuando aparecen emplea-

(24) Cfr., por todos, la crítica realizada por ARCE ORTIZ, *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*, 5-6.

(25) VALDÉS DAL-RE, Fernando, “La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia,” *Relaciones Laborales*, no. 12 (2007):2-3.

(26) Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 14 septiembre 2002, f.j. 5º.

(27) VALDÉS DAL-RE, “La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia,” 4.

(28) *Ibidem.*: 4 y ss. Las reflexiones que siguen a continuación se apoyan en la investigación y conclusiones de este autor.

dores ficticios insolventes⁽²⁹⁾. En esta primera orientación jurisprudencial, se trata de discernir si el cesionario de personal se mueve en el plano de la simulación organizativa, por tanto, carece de recursos y medios propios porque su propósito económico queda circunscrito al suministro de mano de obra. Por tanto, la empresa contratista debe ser capaz de acreditar que cuenta con "patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables"⁽³⁰⁾ o que "tiene patrimonio propio, domicilio social igualmente propio, una organización empresarial con servicios periféricos y centrales, así como un equipo de mandos intermedios"⁽³¹⁾. En definitiva, el primer punto para determinar la licitud de la intermediación y tercerización laborales consiste en determinar cuál era el empresario real y cuál, el aparente⁽³²⁾.

Sin embargo, para que se configure la licitud no es suficiente con acreditar que el contratista es el *empresario real*, además, tiene que probar que es el *empresario efectivo*⁽³³⁾. La razón estriba en que puede haber cesión ilícita "aún tratándose de dos empresas reales, si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de esta y, mucho más, si trabaja, en realidad, exclusivamente en esta"⁽³⁴⁾. Por tanto, la simulación puede existir "al margen de la realidad o solvencia de las empresas"⁽³⁵⁾. En consecuencia, hoy en día no basta con ser el empresario real, además este ha de ser quien gestione y dirija la actividad, asuma el riesgo del negocio o preste servicios a empresas distintas⁽³⁶⁾.

Hoy en día, el elemento determinante para discernir la licitud es que se aprecie que la entidad contratista pone en juego su organización en la actividad contratada⁽³⁷⁾. Por eso, para los Tribunales laborales españoles la cesión ilícita se configura cuando la empresa principal facilita los locales para la ubicación del personal del contratista, ejecutando simultáneamente las labores de control y supervisión de la actividad de los trabajadores de esta⁽³⁸⁾. La empresa contratista no puede reducir su labor a la contratación de personal o la puesta a disposición de elementos marginales, sino que tiene que aportar elementos esenciales o sustanciales, como puede ser el equipo informático⁽³⁹⁾ o los métodos de trabajo⁽⁴⁰⁾.

Insistimos, por tanto, en que la intermediación, en el caso de actividades complementarias o de alta especialización, así como la tercerización serán conformes a derecho cuando las empresas proveedoras de personal tengan la autonomía que corresponde a un *empresario real* y, además, demuestren que son el *empresario efectivo*. Por eso, la doctrina judicial califica como ilegal la práctica de los directivos de la empresa principal que constituyen una

(29) STS 17 enero de 2002, f.j. 4º.

(30) STS 17 enero 1991, f.j. 5º.

(31) STS 17 febrero 1993, f.j. 5º. En el mismo sentido se expresan las SSTS 7 marzo y 12 septiembre de 1988 y otras muchas.

(32) VALDÉS DAL-RE, "La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia," 5.

(33) Cfr. *Ibidem.*: 6.

(34) STS 16 febrero 1989, f.j. 3º.

(35) STS 16 febrero 1989, f.j. 5º.

(36) Cfr. SSTS 17 julio 11 octubre de 1993 y 12 diciembre de 1997.

(37) Cfr. SSTS 24 septiembre 2001: 20 mayo 2002 y 16 de junio 2003, entre otras muchas.

(38) STS 16 junio 2003.

(39) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) País Vasco 22 octubre de 2002

(40) STSJ Madrid 25 enero 2002.

sociedad *ad hoc* con la que se contrata de inmediato la realización de determinados servicios con los medios e instrumentos de la principal y bajo su control y supervisión⁽⁴¹⁾.

En esta tarea los indicios "no son elementos de la noción de «cesión ilegal», sino pistas o señales sobre la posible existencia o inexistencia de la misma. De ahí la necesidad -reiteradamente expresada por los tribunales laborales- de examinar con el debido detenimiento los hechos concurrentes en cada caso enjuiciado (como por ejemplo, relaciones entre el trabajador y las empresas que figuran como comitentes y contratistas, derechos y obligaciones procedentes del contrato, en fin, circunstancias que rodean la prestación de servicios) y, a la vista de este singular material fáctico, extraer la oportuna conclusión. Y de ahí, igualmente, que la calificación final sea el resultado no de un dato único o aislado sino de una valoración y ponderación de conjunto de los elementos de hecho que convergen en el caso"⁽⁴²⁾. Desde esta óptica se entiende que el art. 3º del D.S. 006-2009-80-TR establezca que los cuatro requisitos establecidos en el art. 2º de la Ley 29245 para que se configure la tercerización son copulativos y que la valoración sea conjunta y, a la vez, diferenciada, de acuerdo al caso concreto (art. 3º). La ausencia de alguno de estos requisitos desnaturaliza la vinculación jurídica del trabajador con la empresa comitente o contratista, al punto de configurarse una relación laboral entre este y la empresa principal desde el momento en que tiene lugar el desplazamiento (art. 5º).

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

Ha quedado suficientemente demostrado a la luz de la jurisprudencia nacional y extranjera que la intermediación laboral y la tercerización pueden ser utilizadas fraudulentamente en perjuicio del trabajador. Por tanto, el Derecho del Trabajo no puede ser *huidizo*, como decíamos al empezar estas consideraciones, porque de hacerlo renunciaría a defender la dignidad de quien trabaja para otro, porque esas simulaciones afectan derechos fundamentales y lo que es más grave, constituyen una instrumentalización de seres humanos con fines productivos, que no tiene en cuenta los proyectos personales de los trabajadores⁽⁴³⁾. Este proyecto personal es, y conviene que sea, compatible con los intereses del empresario, pero no tienen que identificarse con todos y cada uno de ellos. Las nuevas tendencias en el gobierno de personas en las organizaciones, confirman esta afirmación, puesto que se orientan al fortalecimiento de las relaciones personales. Para lograrlo, se motiva a los trabajadores para que se adhieran a los objetivos y valores de la organización, participando de una *moral de equipo* y de una *cultura de empresa*. Pero no es posible lograr esta identificación organizacional si la empresa abusa de su posición de dominio y no tiene en cuenta los objetivos y valores de sus trabajadores. Un adecuado gobierno en la empresa lleva a reconciliar lo económico con lo social, dando primacía a los aspectos auténticamente humanos de las relaciones que origina el contrato de trabajo⁽⁴⁴⁾.

(41) STSJ Asturias 12 diciembre 2003; STSJ Galicia 28 marzo 2003 y STSJ País Vasco 16 septiembre 2003.

(42) VALDÉS DAL-RE, "La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia," 7-8.

(43) Todo trabajo incorpora un proyecto de desarrollo personal. Cfr. ALONSO OLEA, Manuel / CASAS BAAMONDE, Mª Emilia, *Derecho del Trabajo*, 23ª rev. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2005, 45-47.

(44) Sobre la motivación del trabajador y su influencia en los resultados económicos de la empresa ver FERREIRO, Pablo / ALCÁZAR, Manuel, *Gobierno de personas en la empresa*, Lima, Universidad de Piura, 2001. En el mismo sentido opina, aportando datos especializados, MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La*

Por eso, resulta fundamental superar tanto el *do ut facias* contractual propio de la mentalidad mercantilista, como la irreductible contraposición de intereses que preconiza el marxismo. El trabajo es un medio fundamental para lograr la plenitud humana y, por eso, se encuentra directamente relacionado con la dignidad de la persona. De allí que la *función* de una empresa sea la creación de riqueza, pero su *misión*, desborda este nivel primario. La jurisprudencia laboral española ha desarrollado esta cuestión al afirmar que la empresa un "instituto jurídico con vocación de permanencia", diferente a "las personas que en ella se integran", para aportar "sus conocimientos, sus esfuerzos o su capital"⁽⁴⁵⁾. En la empresa el valor superior que "se debe salvaguardar como el más alto de todos" es el "de la dignidad del hombre que trabaja"⁽⁴⁶⁾.

En consecuencia, para determinar la licitud o ilicitud de una cesión de personal es necesario valorar razonadamente las circunstancias en las que se desenvuelven las prestaciones de intermediación laboral o tercerización. En esta tarea, los Magistrados han de tener en cuenta que las obligaciones empresariales deben estar guiadas por el principio de buena fe, que se vulnera cuando no existe autonomía real y efectiva en las empresas intermediadoras o contratistas. En estos casos, la necesidad moral o económica lleva a los trabajadores a aceptar condiciones precarias con la esperanza de mejorar su situación en algún momento. Por eso, la utilización fraudulenta de mano de obra en provecho propio constituye una afrenta a la dignidad humana.

Los sesenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como ideario común de la humanidad, nos permiten recordar que el Derecho es un sistema de paz en el que las libertades aparecen mutuamente ajustadas y no son "campos de arbitrariedad mutuamente excluyentes"⁽⁴⁷⁾. Este ajuste, viene exigido por la igual dignidad, es decir por el recto ejercicio de la razón y de la conciencia, que obligan a un comportamiento fraternal (art. 2). En consecuencia, se impone un *mutuo reconocimiento*, propio de la *coexistencia*⁽⁴⁸⁾, que supere el individualismo insolidario, en el que solo cabe la yuxtaposición de derechos⁽⁴⁹⁾.

El Derecho, al estar fundamentado en la dignidad humana "no es nunca mera afirmación de la existencia propia, sino también asunción (mutuamente condicionante y potenciadora) de la existencia ajena"⁽⁵⁰⁾. El "otro" no es una *amenaza* sino un *horizonte de posibilidades* para el ejercicio de mis derechos. Por eso, es necesario superar una concepción vertical de los derechos, en la que el sometimiento sea consecuencia de la fuerza. Es necesario, en cambio, abrirse "a la comunicación horizontal o «paridad ontológica»", en la que se acoge al otro, ya que "los derechos sin deberes encierran una expulsión del «otro»", y los deberes sin derechos una aplastante dominación del más fuerte⁽⁵¹⁾.

buena fe en el Derecho del Trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001, 24.

(45) STSE 9 marzo de 1987.

(46) STS de 26 abril 1988. Se pronuncian en el mismo sentido las SSTS de 20 de marzo, 3 y 19 de diciembre de 1985; 20, 25 y 27 de enero de 1988.

(47) OLLERO, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 162.

(48) Cfr. COTTA, Sergio, *El Derecho en la existencia humana*, Trans. Ismael Peidro Pastor, Pamplona, EUNSA, 1987, 45 y ss.

(49) Cfr. OLLERO, *Derechos humanos y metodología jurídica*, 155.

(50) *Ibidem*.

(51) Cfr. *Ibidem*. Desarrollando el pensamiento de Cotta, Ollero precisa que "la comunicación humana excluye

La coherencia con estos planteamientos exige superar el reduccionismo mercantilista y marxista en la concepción del contrato de trabajo y de las relaciones laborales. Por eso, parece más acorde con la naturaleza del contrato de trabajo concebirlo como uno de cambio, con elementos personales, patrimoniales y normativos. Al celebrarlo el trabajador se obliga a la prestación personal y subordinada de sus servicios por un cierto tiempo, a cambio de los cuales el empresario asume obligaciones constitucionales, legales y convencionales, en las que tienen particular relevancia el pago de la remuneración y el actuar de buena fe. De este modo se establece una conexión de negocios —el del empresario con el del trabajador— con un fin común: el de la empresa⁽⁵²⁾.

Esta visión del contrato nos abre a un mutuo reconocimiento y exige que la actividad empresarial se fundamente en el deber de buena fe, que es la expresión positiva del respeto a la dignidad humana. Estos principios en cuanto son fundamento del Orden jurídico, permiten orientar su interpretación, servir como base a la labor integradora en caso de lagunas o para determinar una norma de conducta y, eventualmente establecen los límites en ciertas formas de ejercicio de los derechos⁽⁵³⁾.

Y este es el camino que tenemos que seguir legisladores, jueces, abogados, empresarios y trabajadores, si queremos conseguir que la intermediación laboral y la tercerización sean mecanismos de progreso social y no solo de utilidad económica para los propietarios de los medios de producción.

una proyección ilimitada del individuo, que lo haría inhumano, y exige una dimensión de «mutua acogida», que supere una burda yuxtaposición para abrirse a la «coexistencia». OLLERO, *Derechos humanos y metodología jurídica*, 155.

(52) Para un desarrollo de este tema remito a lo publicado en PACHECO ZERGA, Luz, "La naturaleza jurídica del contrato de trabajo: la conexión de negocios del empresario y del trabajador" en *Libro Homenaje al Dr. Luis Aparicio Valdez* (Lima: SPDTSS & Grijley, 2008), 211-244.

(53) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, 87-94.