

## ZONAS GRISES ENTRE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

*MARIELLA ANTOLA RODRÍGUEZ<sup>(1)</sup>*

*MARIELENA HOUGHTON SOTO<sup>(2)(3)</sup>*

### I. INTRODUCCIÓN

En el Perú se ha venido regulando la contratación indirecta de personal a través de dos figuras aparentemente bien diferenciadas: la intermediación laboral y la tercerización de servicios, esta última recientemente desarrollada a través de Ley N° 29245, el Decreto Legislativo N° 1038 y el Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

En este marco, el presente trabajo busca analizar las novedades que nos presenta la regulación de la figura de la tercerización, sin perder de vista lo ya dispuesto por las normas de intermediación laboral. Así, nuestro estudio se centrará en aquellos puntos en los cuales confluyen ambas figuras, para lo cual hemos identificado lo que llamaremos las zonas grises entre la tercerización y la intermediación laboral.

### II. GRAFICANDO EL PROBLEMA

A efectos de facilitar el análisis propuesto, hemos estimado pertinente empezar la tarea partiendo de un ejemplo. Supongamos que tenemos entre nuestros clientes a una empresa

- (1) Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunta de Docencia del Curso Derecho Laboral Especial y del Curso de Temas de Derecho Previsional y Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Miembro Del Estudio Gonzales & Asociados.*
- (2) Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de Docencia del Curso de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Miembro De ERNST & YOUNG.*
- (3) Las autoras agradecen el inestimable apoyo de Mónica Pizarro Díaz y Jean Carlo Serván Delgado.

dedicada a la extracción de minerales, la cual está iniciando sus actividades en la etapa de exploración. Nuestro cliente nos comenta que los pobladores de los terrenos aledaños a la mina no ven con buenos ojos la incursión de la empresa por lo que deciden oponerse a la exploración.

Frente a ello la empresa se ve en la necesidad de afianzar sus relaciones con la comunidad para lo cual decide implementar un departamento de relaciones comunitarias destinado a elaborar un Plan de Relaciones Comunitarias. De esa manera, se pretende afianzar las relaciones entre la empresa y las poblaciones, ayudando a gestionar los problemas sociales que enfrenta la compañía con las comunidades asentadas en las áreas de influencia.

Una vez tomada la decisión de crear dicho departamento, la empresa decide no utilizar su propio personal para llevar a cabo dichas actividades y resuelve encargarle la implementación y desarrollo de la nueva área a un tercero. Con este fin, contactan una empresa que brinda servicios de "Relaciones Comunitarias" y es especialista en el tratamiento de conflictos sociales, tan comunes en el desarrollo de la actividad minera. Ellas manejan un equipo de cinco personas, entre antropólogos, abogados y un ingeniero de minas. Cada uno de ellos cuenta con conocimientos especializados como el manejo de los dialectos, técnicas de adquisición de tierras y servidumbres, responsabilidad social, pasivos ambientales, entre otras. Todos ellos forman parte de la empresa que promete brindar una solución apropiada a las necesidades de la minera, y a las demandas de las poblaciones cercanas a la mina.

En estas circunstancias, el cliente se cuestiona qué tipo de contrato debe suscribir con el tercero si uno de intermediación laboral o uno de tercerización de servicios bajo lo dispuesto en las novísimas normas sobre la materia. En nuestra opinión, el análisis que debe realizarse para decidir la figura más adecuada que haga viable la contratación del tercero en el caso propuesto requiere responder a las siguientes cuestiones: ¿Las relaciones comunitarias califican como actividad principal? ¿Estamos ante servicios complementarios? ¿Podemos hablar de actividades altamente especializadas?

### III. MARCO TEÓRICO

Como se verá a continuación, el ámbito empresarial de nuestra sociedad admite una serie de supuestos que son calificados como intermediación de servicios especializados, intermediación laboral de servicios complementarios o tercerización. Sin embargo, en muchos de estos casos la realidad de estos supuestos puede encajar perfectamente en dos o, incluso, en los tres ámbitos antes referidos. Es precisamente esta intersección de figuras lo que genera las zonas grises entre la intermediación laboral y la tercerización de servicios.

Por tanto, antes de dar respuesta a las preguntas planteadas conviene detenernos en definir qué es tercerización y qué es intermediación laboral de servicios, puesto que nuestra legislación es complicada y puede llevar a serios errores.

### IV. ¿QUÉ SE DEBE ENTENDER POR INTERMEDIACIÓN LABORAL?

El punto de partida para definir a la intermediación de servicios es, sin lugar a dudas, la Ley N° 27626, la misma que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2002-TR. Es a través de estas normas que en el ordenamiento jurídico peruano se

entiende por intermediación aquel destaque de personal hacia la empresa usuaria a efectos de que ejecuten servicios temporales, complementarios o especializados, bajo la subordinación y dirección de esta.

Las normas sobre intermediación laboral establecen tres grandes supuestos en los cuales está permitido realizar actividades bajo esta figura:

- Actividades Temporales
- Actividades Complementarias
- Actividades Especializadas.

En primer lugar nos presentan a la Intermediación laboral de servicios temporales la cual solo procede para casos de ocasionalidad y suplencia, conlleva como límite máximo el 20% de los trabajadores que tienen vínculo laboral directo con la empresa usuaria, y se le está permitido el desarrollo de las actividades principales de la empresa.

En segundo lugar tenemos la intermediación laboral de servicios complementarios la cual está destinada a desarrollar actividades accesorias o no vinculadas al giro del negocio, es decir, a la actividad principal de la empresa, sin presentar límites cuantitativos siempre que cuente con autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de las funciones.

Finalmente, las normas sobre la materia nos permiten aplicar la Intermediación laboral de servicios especializados para desarrollar actividades auxiliares, secundarias o no vinculadas a la actividad principal, siempre que se exija un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados. De la misma manera, la intermediación laboral de actividades especializadas no está sujeta a límites, siempre que cuente con la autonomía técnica y responsabilidad de la que habla el artículo 6° de la Ley N° 27626.

Como bien lo indica Toyama, el término *intermediación laboral*, servirá para denominar aquellos supuestos en los cuales un tercero destaca exclusivamente mano de obra a una empresa usuaria para que preste servicios bajo la dirección y fiscalización de esta última<sup>(4)</sup>.

Debe observarse que la particularidad de esta figura es que pese a que la empresa usuaria tendrá el poder de dirigir a los trabajadores destacados, estos no son considerados sus trabajadores, de allí que esta modalidad de contratación sea considerada como indirecta<sup>(5)</sup>. Ahora bien, lo anterior deberá tenerse como la regla general en la intermediación laboral de servicios. No obstante, esta regla admite excepciones, las mismas que se ven circunscritas la intermediación laboral de labores complementarias o especializadas. En efecto, si bien se define la intermediación laboral a partir de la subordinación del personal destacado, puede observarse que solo en algunos casos esta pasará a manos de la empresa usuaria, mientras que en otros será la empresa que brinda los servicios de intermediación laboral la que conserve el poder de dirección sobre tales trabajadores.

(4) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La nueva regulación de la tercerización". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 176. Gaceta Jurídica. Lima, Julio 2008. p. 312.

(5) Al respecto, véase: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y Luis VINATEA RECOBA. "Guía Laboral: Guía legal de Problemas y soluciones laborales". Tercera Edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2007. p. 97.

Así, en el primer supuesto se mantiene la regla general que establece que el personal destacado se encuentra subordinado a la empresa usuaria, pese a que este permanece en la planilla de la empresa intermediadora. En cambio, en el segundo supuesto, propio de la intermediación de actividades complementarias o especializadas, es en donde la figura varía, puesto que el poder de dirección respecto del personal destacado se mantiene en la empresa de intermediación.

La justificación para ello es sencilla: no puede dotarse de un poder de dirección a la empresa usuaria respecto de una actividad complementaria o especializada, en la medida que es precisamente esa complementariedad o especialización lo que hace razonable la contratación de la empresa de intermediación, quien posee todo el conocimiento (y en ocasiones incluso las herramientas) – que no tiene la empresa usuaria – para ejecutar el servicio con mucha mayor eficiencia. En efecto, en palabras de Juan Carlos Cortés, *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 empresarias 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 empresa usuaria*<sup>(6)</sup>.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta aquí, en el presente trabajo, nos detendremos breve y únicamente en los supuestos de actividades complementarias y actividades especializadas, puesto que la colisión, intersección o zona gris que existe entre la intermediación laboral y la tercerización de servicios recae en ellos.

## V. INTERMEDIACIÓN LABORAL DE ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS

Tal como lo establece el Reglamento de la Ley de Intermediación, las actividades complementarias serán aquellas de la empresa usuaria que constituyan *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*<sup>(7)</sup>.

Bajo el criterio planteado por la norma antes referida, será actividad complementaria toda aquella que no sea actividad principal de la empresa, es decir, que no represente el giro propio del negocio y que a su vez, no resulte ser indispensable para el desarrollo de la actividad empresarial. En esa misma línea, la norma identifica una serie de ejemplos, de entre los cuales se consigna a la vigilancia, seguridad, reparaciones entre otras, los mismos que constituirían supuestos de actividades complementarias. Sobre esta base tendríamos que, por ejemplo, para el caso concreto del mantenimiento, este será considerado como una actividad complementaria (y por ende susceptible de ser intermediado de manera permanente), cuando se trate de un servicio sin el cual la Empresa podría continuar operando normalmente (aún

(6) CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos. "Las modificaciones reglamentarias en la intermediación laboral". Tomo 163. Gaceta Jurídica. Lima. Junio, 2007. p. 241.

(7) Así lo establece el artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, modificado mediante el Decreto Supremo N° 008-2007-TR.

cuando a la larga, su ausencia podría impedir el desarrollo de la actividad empresarial, lo que también podría ocurrir con la limpieza). En cambio, el mantenimiento será considerado una actividad principal (no susceptible de ser intermediada permanentemente), cuando su ausencia impida la operación normal de la empresa, como ocurriría con el mantenimiento preventivo que forma parte del plan operativo.

Sin embargo, como veremos más adelante, algunas de las actividades complementarias así diseñadas por la norma, podrían ser calificadas también como especializadas, llegando incluso a recaer en supuestos de tercerización.

## VI. INTERMEDIACIÓN LABORAL DE ACTIVIDADES ESPECIALIZADAS

De otro lado tenemos a las actividades especializadas. Este tipo de actividades implica o requieren una elevada y particular calificación con relación al giro de negocio de la usuaria. En ese sentido, la norma la define como *aquella auxiliar, secundaria o no vinculada a la actividad principal que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tal como el mantenimiento y saneamiento especializados*<sup>(8)</sup>.

Nada impide que una misma actividad recaiga en el supuesto de ser calificada como una actividad complementaria, y que a su vez sea también especializada, por lo cual bien podría ser intermediada bajo cualquiera de las dos modalidades anotadas. Empero, esta situación no generará mayores inconvenientes, toda vez que sea cual sea la modalidad de intermediación que se elija, las obligaciones de las partes y las garantías brindadas a los trabajadores destacados serán las mismas.

Debe tomarse en consideración que este tratamiento igualitario de una misma actividad como complementaria y especializada, debe ser entendida como que la primera es el grupo universal, mientras que la segunda es una especie de dicho conjunto. Por tanto, no es que una misma actividad se simultáneamente considerada como actividad complementaria y actividad especializada, sino que la actividad deberá ser calificada únicamente bajo uno de los dos grupos, aún cuando las actividades especializadas implicaran necesariamente a las actividades complementarias. No obstante, el problema se observa cuando esta misma actividad puede ser calificada como una actividad susceptible de ser tercerizada, como veremos en las siguientes líneas.

## VII. ¿QUÉ ES LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS?

El Reglamento de la Ley de Tercerización de servicios define a esta modalidad indirecta de contratación 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. De otro lado, tenemos que el artículo 2° de la Ley N° 29245, además de definir el concepto, nos plantea requisitos y elementos característicos de la tercerización de servicios, sin los cuales la figura se desnaturalizaría.

(8) Artículo 1 del Decreto Supremo N° 003-2007-TR.

Los requisitos que plantea la nueva normativa son copulativos, y en buena cuenta están destinados a resaltar la presencia de la completa autonomía de la empresa tercerizadora frente a la empresa principal respecto al desarrollo de la prestación. De esa manera, son requisitos la asunción de los servicios bajo la propia cuenta y riesgo de la empresa tercerizadora, contar con sus propios recursos financieros, técnicos y materiales, ser responsables por los resultados y, finalmente, que los trabajadores de la empresa tercerizadora queden bajo la exclusiva subordinación de esta, negándose la posibilidad de alguna manifestación del poder de dirección de la empresa principal en el desarrollo de la prestación.

Además, se incluyen como elementos característicos la pluralidad de clientes, contar con equipamiento, inversión de capital y recibir una retribución por la obra o servicio realizado. Con estas características y requisitos lo que hace la norma es más bien establecer un marco de regulación dentro del cual pueden presentarse distintos supuestos de tercerización, los cuales deberán ajustarse a los ya comentados.

Ahora bien, la externalización de una parte integral del proceso productivo de la empresa es lo que determina la esencia de la tercerización; externalización que pretende encargar a un tercero presuntamente especializado una rama de producción con el objetivo de lograr mayor eficiencia<sup>(9)</sup>. De lo anterior aparece que la tercerización de servicios es muy similar a la intermediación laboral. Empero, esto no parece correcto. Ello es así en la medida que la regulación que rige a la intermediación laboral limita el uso de esta figura a determinados supuestos que solo de forma excepcional –por razones de ocasionalidad o suplencia– implican a la actividad principal de la empresa.

Por el contrario, la tercerización de servicios se encuentra regulada únicamente en cuestiones de actividades principales. Es decir, si bien la reciente Ley N° 29245 no distingue entre qué actividades son susceptibles de tercerizar (principales, complementarias o especializadas), ello si es determinado por el Reglamento, puesto que en su artículo inicial dispone que tercerización será *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*.

Según puede verse, el Reglamento especifica que solo puede ser considerado como tercerización el encargo o delegación de actividades principales<sup>(10)</sup>. Esto quiere decir que cuando se ejecuten servicios u obras que no formen parte de la actividad principal de quien recibe el servicio, no estaremos ante un supuesto de tercerización regulado por la ley en referencia.

(9) Como bien lo señala César Puntriano, *La tercerización supone pues, que un tercero especialista se haga cargo de manera integral de una actividad que a la empresa cliente (principal) no le interesa llevar a cabo, pues tiene interés en concentrarse en su negocio principal (esencial)*. En: PUNTRIANO ROSAS, César. "Tercerización de servicios. Análisis de la anterior y actual legislación." En: Actualidad Jurídica. Tomo N° 175. Gaceta Jurídica. Lima. Junio, 2008. p. 23.

(10) Según se indica en el mismo Reglamento, el concepto de actividad principal que debe utilizarse es el mismo que se usa para los supuestos de intermediación laboral. Es decir: "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 el funcionamiento y desarrollo de la empresa".

Entonces, no es que la tercerización de actividades complementarias haya quedado descartada, sino que por el contrario, la reciente regulación que ha sido expedida no la concibe dentro de su ámbito de aplicación, lo que de ninguna forma puede entenderse como una prohibición a su aplicación. En otras palabras, antes de la entrada en vigencia del Reglamento de la Ley N° 29245, se concebía la posibilidad de tercerizar tanto actividades complementarias como principales, con la precisión de que ninguna de las dos se encontraba ciertamente normada.

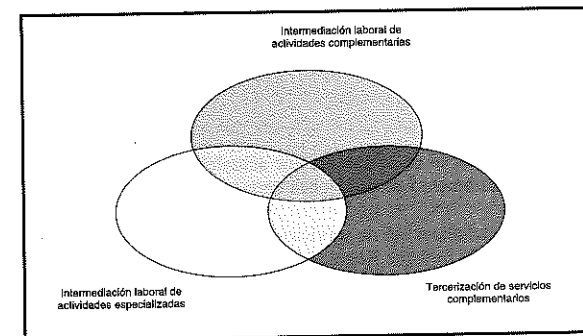
Es decir, en este contexto previo se entendía a la intermediación laboral como aquel destaque de personal, mientras que a la tercerización de servicios se concebía como la externalización de una parte integral del ciclo productivo de la empresa, en donde además, la empresa tercerizadora era quien ejecutaba el servicio por su propia cuenta y riesgo, con sus propios recursos y con absoluta dirección sobre el personal que ejecutaba la prestación. Sin embargo, esta distinción no fue siempre respetada, dado que en algunos casos era posible encontrar actividades tercerizadas que por sus especiales características encajaban mucho mejor en la figura de la intermediación.

Luego de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, se consolidó la regulación de la tercerización de actividades principales, puesto que así es establecido por la misma norma. Sin embargo, el ordenamiento no ha dispuesto en ninguna de sus leyes ya existentes u de las recientemente expedidas, que la tercerización de actividades complementarias se encuentre prohibida. Simplemente este sector no ha sido regulado.

Es más, si es posible tercerizar actividades principales, cuya protección debe ser aún mayor que cualquier otra actividad, ¿Qué impediría poder tercerizar actividades complementarias o especializadas? ¿Cuál sería el elemento determinante para no poder externalizar íntegramente una parte de las actividades complementarias o especializadas de la empresa? Evidentemente, la respuesta a ambas preguntas es negativa en la medida que no existe ni impedimento ni elemento determinante que prohíba la posibilidad de tercerizar actividades complementarias o especializadas, sino que – una vez más – este ámbito no se encuentra regulado.

#### IV. ZONAS GRISAS ENTRE LA INTERMEDIACIÓN Y LA TERCERIZACIÓN

De lo dicho anteriormente, tenemos que en efecto existen zonas grises entre la intermediación laboral y la tercerización de servicios, como se ilustra en el siguiente gráfico.



El esquema planteado nos muestra la existencia de diferentes zonas en donde se intersectan la intermediación laboral de actividades complementarias, especializadas y la tercerización de servicios.

### 1. Relaciones Comunitarias y Tipo de Actividad

Como bien fue ejemplificado al inicio del presente trabajo, las relaciones comunitarias se encuentran vinculadas a la actividad minera, por lo que podríamos decir que el desarrollo de estas es esencial para el funcionamiento de la empresa toda vez que sin ellas no podría llevar a cabo sus actividades de exploración, por lo que las relaciones comunitarias serían consideradas como parte de la actividad principal.

Sin embargo, siguiendo las definiciones que brindan las normas sobre intermediación laboral y tercerización de servicios, respecto de actividades principales, complementarias y especializadas, las relaciones comunitarias no encajarían en el supuesto de actividad principal de la empresa minera, sino que más bien constituye es una actividad complementaria y especializada, puesto que califica como auxiliar de la actividad principal, la misma que sin llegar a ser parte de ella (de la actividad principal) resulta ser esencial para el proceso productivo por su particular especialización, así como por la coyuntura social<sup>(11)</sup>.

### 2. Relaciones Comunitarias y Tipos de Contratación.

Como bien hemos señalado, ni la recientemente promulgada Ley de Tercerización ni su Reglamento excluyen la posibilidad de realizar actividades no principales a través de la figura de tercerización de servicios.

Es así que dentro de la lógica que hemos venido desarrollando, se ha puesto en evidencia que es permitido externalizar<sup>(12)</sup> servicios complementarios. En consecuencia, la actividad que desarrolla la empresa que brinda servicios de relaciones comunitarias a la minera es una de índole complementaria – y a su vez especializada – por lo que también sería legítimo aplicar la tercerización de servicios a este caso en específico. Evidentemente, en este último caso nos encontraremos fuera del ámbito de la regulación actual que rige a esta modalidad de contratación, no obstante esta situación no invalidará este tipo específico de vinculación.

A su vez, es posible calificar a las relaciones comunitarias como una actividad complementaria a la actividad minera, como también es posible calificarla como una rama especializada. Por tanto, el vínculo de intermediación podría caber tanto por actividades complementarias, así como por actividades especializadas. Por tanto, sería aplicable la figura de la intermediación laboral de servicios complementarios o de servicios especializados, ambos con autonomía técnica.

(11) Nos referimos a la coyuntura social en la medida que actualmente es imposible pensar en desarrollar la actividad minera sin un departamento de relaciones comunitarias, ya que esta sirve como nexo entre la empresa y las comunidades.

(12) Denominar a este tipo de externalización de servicios como “tercerización” implicaría entrar en severas confusiones, en la medida que la Ley que Regula los Servicios de Tercerización, así como el Decreto Legislativo que la precisa y su Reglamento, definen a esta modalidad indirecta de contratación como aquella externalización de actividades principales, no siendo así para actividades complementarias, aún cuando ello no se encuentra prohibido.

Dentro de nuestro ejemplo, las relaciones comunitarias se encontrarían en el centro de los tres círculos, pudiendo ser, indistintamente intermediación laboral de servicios complementarios, intermediación laboral de servicios especializados o tercerización de servicios complementarios.

### V. CONCLUSIONES

De acuerdo a la línea de razonamiento que hemos planteado a lo largo del presente trabajo, consideramos que es posible llegar –y reafirmar– las siguientes conclusiones:

- Existen zonas grises entre la intermediación laboral de servicios especializados, complementarios y la externalización (o tercerización) de servicios complementarios.
- No existe una prohibición legal que impida poder tercerizar servicios complementarios.
- A consecuencia de lo anterior una misma actividad podrá ser calificada dentro de cualquiera de los ámbitos antes referidos.
- No obstante, debe tenerse en consideración que no se trata de una elección indiferente de cual de las tres modalidades es posible emplear, puesto que deberá constar un análisis previo a efectos de determinar la pertinencia de una figura u otra.
- A su vez, se tendrá que tomar en cuenta que nuestra actual normativa acoge ciertos supuestos, que pueden encajar perfectamente en las zonas grises identificadas, calificándolos dentro de una modalidad de contratación indirecta específica, tal como es el caso de la vigilancia, seguridad, entre otras que son consideradas como supuestos de intermediación, aún cuando bien podrían ser actividades susceptibles de ser tercerizadas.