ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

CARLOS CADILLO ANGELES

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, la tercerización o subcontratación de servicios es una figura jurídica de importancia que permite a las empresas descentralizar o segmentar sus etapas productivas a un tercero, por razones de especialización, costos, responsabilidades, entre otras. Sin embargo, hasta el 2007, no existieron reglas específicas que permitan la continuidad de la tercerización de servicios, pero con la necesaria protección para la relación laboral y los derechos de los trabajadores involucrados.

Si bien la tercerización de servicios estuvo regulada por el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR (publicado el 28 de abril de 2002), Reglamento de la Ley que regula la actividades de las empresas especiales de servicios y las cooperativas de trabajadores (Ley N° 27626); recién con la incorporación de los artículos 4°-A, 4°-B y 4°-C que introdujo el Decreto Supremo N° 020-2007-TR (publicado el 20 de setiembre de 2007), existió una clara decisión para proteger a los trabajadores.

En esta tendencia proteccionista, ha sido aprobado el nuevo régimen de tercerización de servicios, conformado por la Ley N° 29245 (Ley que regula los servicios de tercerización) -publicada el 24 de junio de 2008- (en adelante, "la Ley"), el Decreto Legislativo N° 1038 (que precisa los alcances de la Ley N° 29245) -publicado el 25 de junio de 2008- (en

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Abogado Asociado de Miranda & Amado Abogados.

adelante, "el Decreto Legislativo")⁽²⁾ y el Decreto Supremo N° 006-2008-TR (Reglamento de ambas leyes) -publicado el 12 de setiembre de 2008- (en adelante, "el Reglamento"). Sin embargo, el ámbito de aplicación de dicho régimen se ha reducido con la dación de cada una de estas normas, a lo cual nos dedicaremos a continuación.

II. MARCO SUPRANACIONAL

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no existe convenio que regule la tercerización de servicios; a diferencia de la intermediación laboral o subcontratación de personal que sí está reconocida y tratada en el Convenio 181 de 1997, Convenio sobre las agencias de empleo privadas⁽³⁾, y en la Recomendación 188, sobre las agencias de empleo privadas (1997).⁽⁴⁾

En el caso de la tercerización de servicios solo existe la Recomendación 198, sobre la relación de trabajo (2006). Esta recomendación -que no tiene carácter vinculante para el Perú- establece que cada país debe tener una política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo; la cual, por lo menos, debería incluir lo siguiente:

- a) Orientación para determinar una relación de trabajo (por la presencia de subordinación, elementos típicos del contrato de trabajo, entre otros criterios).
- b) Luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas en el caso, por ejemplo, de acuerdos empresariales que ocultan la relación laboral del trabajador a fin de privarlo de protección y derechos. No se distingue entre los acuerdos empresariales ni el tipo de actividades objeto de los mismos, abarcando las actividades principales, complementarias, ordinarias y esporádicas de la empresa que contrata los servicios de otra.
- c) Adoptar normas aplicables a todas las formas contractuales, de modo que los trabajadores tengan protección y gocen de sus derechos. Dichas normas deben fijar a los responsables.

De esta manera, a nivel internacional solo exista una recomendación referida a la tercerización de servicios que pide a cada país regular los contratos -civiles o mercantiles-(mediante los cuales se forma la tercerización de servicios), estableciendo los supuestos

(2) La validez del Decreto Legislativo es sumamente cuestionada ya que se aprobó como parte de las facultades legislativas otorgadas por el Congreso al Poder Ejecutivo para la implementación del TLC suscrito entre EE.UU. y el Perú; sin embargo, es evidente que las precisiones a la Ley de Tercerización que dio el Decreto Legislativo, no se encuentran comprendidas dentro de los alcances de la delegación legislativa.

(3) El Convenio 181 establece que resulta aplicable a las agencias de empleo que ponen trabajadores a disposición de una tercera persona ("empresa usuaria"), que determina sus tareas y supervise su ejecución. Lo relevante es que señala que cada país debe regular las medidas necesarias para que los trabajadores gocen de los derechos laborales y de seguridad social, incluyendo la responsabilidad entre las agencias de empleo y las empresas usuarias. Dicho convenio no ha sido suscrito y ratificado por el Perú, por lo que no tiene carácter vinculante para nuestro país; aunque ha sido seguido al crear la Ley Nº 27626 y su Reglamento.

(4) La Recomendación 188 invoca a cada país a regular a las agencias de empleo, considerando sanciones y prohibiciones. Además, señala que los trabajadores deben tener contrato de trabajo que especifique sus condiciones de empleo, antes del inicio de la actividad; y, prohibe el destaque de trabajadores para reemplazar trabajadores en huelga. La recomendación no tiene carácter vinculante para el Perú, pero esos criterios forman parte de la Ley Nº 27626 y su Reglamento.

de desnaturalización así como la responsabilidad de las empresas vinculadas con dicha contratación, frente al incumplimiento de las obligaciones laborales.

ANTECEDENTE NORMATIVO Y SUS MEJORAS

La tercerización de servicios se reguló mediante el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR. Según este, no constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193° de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas; siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Además, según dicha norma, podían ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades, la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.

Ahora bien, la citada norma estableció un listado de los supuestos de tercerización de servicios, sin limitar el tipo de actividad que se podía tercerizar. Sin embargo, quedaban dudas acerca de si ese listado era taxativo, si el encargo al tercero podía abarcar actividades principales, complementarias, ordinarias y esporádicas, si dicho encargo admitía la ejecución del servicio dentro del centro de trabajo de la empresa contratante, si las condiciones eran requisitos constitutivos, si la contratista debía tener la titularidad (propietaria o arrendataria) -necesariamente- de todos los bienes y materiales, cuál era la función de los elementos coadyuvantes, entre otras.

Con el tiempo la posición frente a esas dudas se tornó flexible; así, por ejemplo, se interpretó que la tercerización abarcaba el encargo de cualquier actividad, siempre que se cumplían con las condiciones señaladas por el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, a no ser que se tratara de un caso de intermediación laboral; y que, cuando resultaba justificado, la tercerización podía ejecutarse dentro de las instalaciones de la empresa contratante, pudiendo la empresa de servicios contar con equipamiento y materiales arrendados o cedidos, dependiendo de las circunstancias.

Cabe mencionar que resultaba ilógico que, en el caso de la tercerización de servicios, los trabajadores desplazados que se dedicaban a la actividad principal de la empresa contratante carecían de protección laboral; mientras que, en la intermediación laboral, los trabajadores destacados para realizar actividades complementarias (incluyendo las especializadas), gozan de la protección laboral regulada por la Ley N° 27626, que fija requisitos y restricciones para la intermediación laboral, la emisión de carta fianza en garantía del pago de obligaciones laborales por parte de la empresa de servicios, establece los supuestos de desnaturalización, la solidaridad en el pago de las obligaciones laborales no cubiertos con la fianza, entre otros aspectos. Como resulta evidente, para las empresas resultaba más conveniente utilizar la tercerización de servicios que la intermediación laboral, porque en el primer caso la protección laboral era incipiente, sin "obstáculos normativos".

Después de más de cuatro años, el Decreto Supremo Nº 020-2007-TR, tuvo como propósito mejorar la regulación de la tercerización de servicios incorporando los artículos 4-A, 4-B y 4-C al Decreto Supremo Nº 003-2002-TR; los cuales han sido seguidos en el

nuevo régimen de tercerización de servicios. Mediante estos artículos, principalmente, se estableció lo siguiente:

- Desplazamiento de trabajadores: Se plasmó normativamente que la tercerización de servicios puede realizarse con desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, siempre que no se afecte los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores.
- Deber de información: La tercerización con desplazamiento de trabajadores debe constar por escrito, especificando la actividad empresarial a ejecutar y las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal en que se realiza.
- Solvencia económica: Las empresas que desplazan personal deben contar con recursos económicos suficientes para garantizar el pago de obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados.
- Desnaturalización: La contratación que incumpla el artículo 4° del Decreto Supremo Nº 003-2002-TR, o que suponía una simple provisión de personal, originaba que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal.

Nótese, entonces, que con el Decreto 020-2007-TR se reconoció la posibilidad de desplazar personal de la contratista a las instalaciones de la empresa principal (de manera similar a la intermediación laboral), prohibiendo su uso ilícito o fraudulento (la simple provisión de personal), estableciendo los casos de desnaturalización (sobre lo cual quedo claro que los requisitos que señala el artículo 4 del Decreto Supremo 003-2002-TR eran copulativos, pero no se definió la naturaleza de los elementos coadyuvantes) y un mínimo derecho de información.

El deber de información estaba dirigido a mejorar la labor de los inspectores de trabajo, pues así detectan fácilmente la localización de los trabajadores desplazados a fin de verificar las actividades que realizan, la forma en que lo hacen, entrevistarlos, etc. Ciertamente resulta difícil pensar que dicha información podía ser conocida por los trabajadores de las contratistas (lo cual les permitiría conocer la empresa a la cual podrían reclamar sus derechos laborales), si es que no existe la obligación de incorporar la información en los contratos de trabajo o por otra vía.

Así, rescatamos que al no existir diferencia entre los supuestos de tercerización de servicios, se regulaba a todos por actividades principales, complementarias, ordinarias o esporádicas de la empresa principal, salvo los casos de intermediación laboral que se debían regular por sus propias normas.

Sin duda la incorporación de los artículos que regulan la tercerización de servicios es importante dado que establecen los casos de desnaturalización y existe un mínimo derecho de información, conforme a lo que establece al Recomendación 198 de la OIT; no obstante, debía mejorarse, quedando pendiente sobre todo las reglas de responsabilidad entre las empresas involucradas frente al incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de la contratista, en el caso del uso lícito de la tercerización de servicios.

NUEVO RÉGIMEN DE LA TERCERIZACIÓN DE SERVICOS

El contenido del artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR y de los artículos incorporados por el Decreto Supremo N° 020-2007-TR, forman parte del nuevo régimen de tercerización de servicios, pero mejorados (respecto al deber de información y a los supuestos de desnaturalización), y -principalmente- se ha agregado la inscripción de la contratista en un registro especial, los supuestos de desnaturalización, así como la responsabilidad solidaria entre la empresa principal, contratista y subcontratista frente al incumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad sociales de los trabajadores desplazados. No obstante, en el presente trabajo centraremos el análisis al ámbito de aplicación del nuevo régimen de la tercerización de servicios.

1. Ámbito de aplicación

Según el artículo 3° de la Ley constituyen casos de tercerización de servicios los contratos de gerencia, conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de otra empresa, entre otros. Además, el artículo 2° de la Ley establece que la tercerización es la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, sean responsables de los resultados de sus actividades, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. (5)

Nótese tres aspectos: (i) los casos de tercerización que se mencionan son enunciativos (no se establece una lista cerrada); (ii) se menciona expresamente el caso de la tercerización externa como regido por la ley; y, (iii) no existe restricción entre las actividades que se pueden encargar al tercero, abarcando aquellas que sean principales, complementarias, ordinarias o esporádicas de la contratante.

No obstante, el destaque de trabajadores para que realicen servicios complementarios o especializados, bajo la figura de la intermediación laboral de servicios complementarios o especializados, deberá regularse por la Ley N° 27626 y el Decreto Supremo N° 003-2002-TR. Por eso, el artículo 1° del Reglamento, al definir la "simple provisión de personal" señala que:

"Es la cesión de trabajadores, la cual es considerada como ilícita, con excepción del destaque de trabajadores que se encuentra regulado en la Ley N° 27626, su Reglamento (...). No constituyen una simple provisión de personal, el desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora que se realiza en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, la tercerización sin desplazamiento continuo, el encargo integral a terceros de actividades complementarias, ni las provisiones de obras y servicios sin tercerización."

Además, el artículo 1° del Reglamento aclara que la empresa tercerizadora o contratista puede estar a cargo de una o más partes del proceso productivo, pues indica que la

⁽⁵⁾ Se reiteran los requisitos señalados por el artículo 4º del Decreto Supremo Nº 003-2002-TR, pero se agrega la responsabilidad en el resultado de las actividades.

empresa principal "(...) encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una empresa tercerizadora."

2. Exclusiones

El artículo 2º del Reglamento limitó el ámbito de aplicación de la Ley al establecer que comprende a las empresas cuyos trabajadores estén 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. El artículo 6º del Reglamento señala que existe desplazamiento continuo de personal cuando: a) el desplazamiento ocurra por lo menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o, b) exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

Además, el artículo 2º del Reglamento establece expresamente que la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la referida ley. En cuanto a la tercerización de servicios en el sector público señala que se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia. (6) (7)

(6) En la exposición de motivos del proyecto del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, insuficientemente, se trató de justificar la exclusión de la tercerización de servicios en las entidades del sector público, porque "(...) el artículo 45° de la Constitución Política del Perú establece que "el poder del Estado emana del pueblo, Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen". En ese sentido, resulta pertinente que la tercerización de las funciones que son llevadas a cabo por las entidades del Estado sea regulada por las normas del Derecho Administrativo, como un modo de asegurar que el ejercicio del poder que es atribuido a los referidos organismos se ajuste a las limitaciones constitucionales y legales vigentes, así como a los alcances del interés general."

En un caso similar a este último, compartimos lo indicado por Arce acerca que: "Resulta absurdo, además de ilegal, la exclusión del ámbito subjetivo de la responsabilidad solidaria que impone la primera disposición final y transitoria del Decreto Supremo 003-2002-TR, Reglamento de la Ley 27626. (...). (...) El artículo 25 de la Ley 27626 impone el principio de responsabilidad solidaria sin recurrir a otros requisitos que el de existir un empresario principal que actúa como organizador del trabajo, un negocio jurídico que consista en el encargo a una contratista de servicios complementarios o especializados y que tales servicios se presten en el lugar de funcionamiento de la empresa principal. No hay más requisitos y, además, la Ley en ningún momento establece excepción alguna. En todo caso, si se quiso excluir a la administración pública del régimen de solidaridad, debió hacerse en el mismo texto de la Ley y no en la norma reglamentaria. Como se sabe, el reglamento no puede transgredir ni desnaturalizar la ley. (...) Me parece que si el problema son los recursos de la administración, las normas presupuestales deberían prohibir el recurso a la subcontratación por organismos públicos. Y ello, en la medida que el recurso a la subcontratación no es esencial para la marcha de una empresa o del organismo público. Como se ha dicho, la subcontratación es necesaria para modernizar las capacidades de gestión de recursos en el mundo actual, pero su inexistencia no paraliza la actividad empresarial ni mucho menos. Los organismos públicos podrían contratar directamente a sus vigilantes o a su personal de limpieza por poner dos ejemplos. Solo de este modo, se tutelan los fondos públicos y al mismo tiempo se evitan situaciones de riesgo para los derechos laborales de los trabajadores de la empresa de servicios. Lo que no se puede hacer es extraer del ámbito de la responsabilidad solidaria a los organismos públicos, dejando a los trabajadores desprotegidos frente a eventuales incumplimientos de la empresa de servicios. Ello, sin lugar a dudas, vulnera el principio de igualdad y el mandato de no discriminación reconocidos en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución." ARCE ORTIZ, Elmer. "Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú". Lima, Palestra, 2006, pp. 61-62. En este mismo sentido, vid. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias". Derecho & Sociedad Nº 30. Lima, PUCP, p. 101.

Algunos de los artículos de la Ley tienen como propósito regular únicamente la tercerización con desplazamiento de personal y, además, el artículo 2° del Decreto Legislativo precisó que los artículos 4° al 9° de la Ley (sobre inscripción de la contratista en un registro especial, el deber de información a los trabajadores, la responsabilidad de la empresa principal frente al pago de los derechos y beneficios laborales, y la desnaturalización) son aplicables a las tercerizaciones con desplazamiento continuo de personal -en los términos indicados-; excluyendo expresamente a la tercerización sin desplazamiento o a la que se haga de forma eventual o esporádica.

Sin embargo, la Ley fijó requisitos e indicios generales (artículo 2°) para todo tipo de tercerización de servicios (artículo 3°); por ejemplo, la tercerización externa, cualquier supuesto de tercerización con desplazamiento de personal sin que importe la temporalidad del desplazamiento, a la tercerización de servicios contratada por las entidades del sector público, entre otros. Además, la Ley y el Decreto Legislativo no restringieron su aplicación a la tercerización de las actividades principales de la empresa contratante. Por el contrario, tal como lo mencionamos líneas arriba, el artículo 2° de la Ley define la tercerización de servicios como la contratación de empresas que desarrollan actividades especializadas u obras, siempre que cumplan con los requisitos de la tercerización de servicios. Por ello, Toyama ha manifestado que:

"(...) la ley no limita los alcances de la tercerización en relación con la actividad de la empresa principal. Así, a diferencia de la intermediación laboral, es posible que la tercerización -cuya actividad está limitada a aquellas de carácter complementario, accesorio y temporal- pueda darse respecto de actividades principales como complementarias y de actividades temporales o permanentes.

(...).. Nosotros estimamos que las normas no han limitado el uso de la tercerización a las actividades complementarias y periféricas o de mero soporte; en realidad, dependerá de la forma como libremente se ejerce la libertad de empresa para delinear el uso de la tercerización de las actividades complementarias o principales."(8)

En tal sentido, concluimos que el Reglamento es ilegal en tanto restringe el ámbito de aplicación de la Ley, excluyendo determinados supuestos de tercerización de servicios comprendidos en esta⁽⁹⁾; por tanto, se infringe el inciso 8 del artículo 118° de la Constitución, según el cual el Presidente de la República puede ejercer la potestad de reglamentar las leyes, dictando decretos y resoluciones, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.

Es cierto que, en principio, se puede pensar que la tercerización de servicios con desplazamiento continuo de personal, tiene mayor relevancia en tanto este está en contacto directo con la empresa principal, lo cual puede conducir en la realidad a un caso de simple provisión de personal; pero, precisamente para ello se regula la desnaturalización de la tercerización de servicios. Y, bajo esta lógica es cuestionable que el Decreto Legislativo

³⁾ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La nueva regulación de la tercerización". Soluciones Laborales Nº 7. Lima, Gaceta Jurídica, p. 8.

⁽⁹⁾ En similar opinión, Herrera indica que "(...) ni la ley ni el Decreto Legislativo excluyeron al outsourcing del ámbito de aplicación de Ley, lo que puede tener visos de ilegalidad." También señala que "La Ley no excluye al sector público de su regulación, por lo que el Reglamento establece pautas contrarias a la Ley, siendo ilegal." HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. "Reglamentan Ley de Tercerización". Lex Data Laboral № 010-2008. Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna Victoria Abogados. Lima, setiembre 2008.

otorgue relevancia solo a la tercerización con desplazamiento continuo de personal y que el Reglamento lo restrinja al encargo de actividades principales, cuando los mismos inconvenientes pueden surgir en la tercerización con desplazamiento eventual o esporádico o en el encargo de servicios complementarios, respectivamente.

Sin embargo, se olvida que en el uso lícito de la tercerización de servicios, es decir, aquella que cumple con los requisitos legales y no encubre una simple provisión de personal (que no figure dentro de alguno de los supuestos de desnaturalización); también merece establecer la protección para el personal de la contratista con el objetivo de lograr la continuidad de las relaciones de mercado. En efecto, en el fenómeno de "adelgazamiento" o "segmentación" de las empresas⁽¹⁰⁾, mediante el cual las empresas desconcentran sus actividades a terceros, debe existir algún tipo de responsabilidad entre ambas partes en el caso que los terceros incumplan con sus obligaciones laborales; de esta manera, las empresas pueden optar por los contratos civiles o mercantiles para tercerizar sus actividades, pero existiendo protección para los trabajadores de la contratista involucrados, que –finalmente– realizan parte de la actividad productiva de las empresas principales.⁽¹¹⁾

Por tanto, nos parece desacertado que el Decreto Legislativo solo establezca protección laboral a los trabajadores desplazados continuamente; y, además de ilegal, nos parece inadecuado que el Reglamento restrinja aún más dicha protección y, peor aún, ni siquiera permita la aplicación de los requisitos e indicios comprendidos en el artículo 2° de la Ley, para todo supuesto de tercerización de servicios.

En consecuencia, creemos que es necesario que por ley se corrijan esos errores estableciendo que los requisitos e indicios son aplicables a todo supuesto de tercerización, que se evaluarán en cada caso para determinar la autonomía empresarial entre la empresa tercerizadora y la empresa principal. Solo así se establecerá dicha autonomía; evitándose que los trabajadores de la contratista presten los servicios en el local de la empresa principal, pero con los recursos materiales o inversión que proporcione esta o bajo subordinación a distancia de la empresa principal.

Asimismo, la modificación debería señalar que la Ley abarca a cualquier desplazamiento sin importar la duración, a fin que se apliquen las reglas específicas para dicho supuesto, sobre inscripción en el registro especial, deberes de información, supuestos de desnaturalización y solidaridad frente al incumplimiento de obligaciones laborales y de seguridad social. Incluso debería considerarse la posibilidad de que estas reglas abarquen a cualquier caso de tercerización, aunque se realice sin desplazamiento de personal por tres razones: (i) los trabajadores de la contratista participan del proceso productivo de la empresa principal; (ii) esta está en mejor posición de controlar que las contratistas cumplan con sus deberes laborales (sin dejar de lado la importancia de las inspecciones laborales); y, (iii) siguiendo la Recomendación 198, debe existir protección laboral para las distintas formas de contratación empresarial.

(11) ARCE ORTIZ, Elmer. Op. Cit., p. 21.

Con el Decreto Legislativo y el Reglamento se ha dejado un vacío a parte de los supuestos de tercerización de servicios. Resulta fácil advertir que las empresas tenderán a mantener relaciones de tercerización de servicios externas, o sin desplazamiento continuo u esporádico, a fin que no se les aplique el nuevo régimen de la tercerización de servicios que les establece requisitos, deberes de información, supuestos de desnaturalización y responsabilidades.

3. ¿Qué comprende la tercerización de actividades principales?

Como lo indicamos, el artículo 2° del Reglamento restringe el ámbito de aplicación de la Ley a las empresas 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. En otras definiciones que señala el artículo 1° del Reglamento, también se puede apreciar el propósito de regular solo la tercerización con desplazamiento continuo de personal para realizar parte de las actividades principales de la empresa principal o contratante. (12)

En la exposición de motivos, del proyecto del Reglamento se indicó que:

"(...). La razón de ello -de limitar el ámbito de aplicación de la Ley al encargo de actividades principales de la contratante-, es que las prestaciones de servicios con la intervención de terceros que se encuentren referidas a las actividades complementarias y de alta especialización están comprendidas dentro del ámbito de la Ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores. Teniendo en cuenta que dicha norma no ha sido derogada, se deduce que la tercerización que se encuentra regulada por la Ley N° 29245 y por el Decreto Legislativo N° 1038 es la correspondiente a las actividades principales de la empresa principal (...)."

Por ello, el artículo 1° del Reglamento señala que el destaque de trabajadores mediante la intermediación laboral de servicios complementarios o especializados⁽¹³⁾ se regula por la Ley N° 27626 y el Decreto Supremo N° 003-2002-TR, agregando que el encargo integral a terceros de actividades complementarias no constituyen una simple provisión de personal. Esta regulación es acertada porque dichos supuestos de intermediación laboral son verdaderos casos de tercerización interna o con desplazamiento de trabajadores⁽¹⁴⁾, por cuatro motivos:

(13) Cabe indicar que, de acuerdo al artículo 1º del Decreto Supremo Nº 003-2002-TR, se considera como actividad especializada, aquella complementaria (accesoria, secundaria o no vinculada) a la actividad principal de la empresa usuaria, que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tal como el mantenimiento y saneamiento especializados.

(14) En este mismo sentido, vid. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico". Ius et veritas N° 29. Lima, PUCP, 2004, pp. 149-150; y, TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias". Op. Cit., p. 98.

⁽¹⁰⁾ Como señala Toyama, "(...) las organizaciones empresariales han migrad de una estructura vertical o piramidal—que suponía el control de todas la etapas productivas y las relaciones autonómas entre empresas- a una organización de "red" que importa relaciones horizontales con una fragmentación de los ciclos productivos y vinculaciones de las empresas a niveles de coordinación y articulación." En: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La nueva regulación de la tercerización". Op. Cit., p. 6.

⁽¹²⁾ Según el artículo 1° del Reglamento, se define empresa principal como la "Empresa que encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una empresa tercerizadora"; empresa tercerizadora como "Empresa que lleva a cabo el servicio u obra contratado por la empresa principal, a través de sus propios trabajadores, quienes se encuentran bajo su exclusiva subordinación. (...)"; y, 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 obras o servicios vinoulados o integrados a la misma."

- (i) Se entiende por intermediación laboral la simple provisión de personal que se pone a disposición de la empresa usuaria para que esta lo dirija; y, por tercerización de servicios, el encargo de una parte integral del proceso productivo—sin distinción entre las actividades que se encargan— a un tercero para que lo realice con su propia organización productiva.⁽¹⁵⁾
- (ii) El artículo 6° de la Ley N° 27626 establece que el límite de 20% de trabajadores destacados mediante la intermediación de servicios temporales, no será aplicable a los servicios complementarios o especializados, siempre y cuando la empresa de servicios o cooperativa asuma plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades; es decir, se reconoce la autonomía empresarial (técnica, material y económica) de la empresa de servicios y que la intermediación de servicios complementarios o especializados no supone la simple provisión de mano de obra.
- (iii)El artículo 11° de la Ley N° 27626 señala que la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados; es decir, no existe simple provisión de personal.
- (iv) Según el artículo 1º del Decreto Supremo Nº 003-2002-TR, en la intermediación laboral de servicios complementarios o especializados, la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado; con lo cual se ratifica que se tratan de servicios integrales que no suponen la simple provisión de mano de obra a disposición de la empresa usuaria.

En consecuencia, bajo el nuevo régimen de tercerización de servicios con desplazamiento continuo de personal, abarca al encargo de actividades principales de la contratante; pero, aquellas que sean actividades complementarias o especializadas, se regirán por la Ley N° 27626 y el Decreto Supremo N° 003-2002-TR. Así, siendo los dos casos de tercerización de servicios, la regulación laboral es distinta sin que exista ninguna justificación para ello; lo cual se debió evitar. Es más, en el caso de la intermediación laboral de servicios complementarios o especializados, existe mayor protección laboral (lo que, en cambio, no ocurre para el desplazamiento de trabajadores por la empresa tercerizadora, quienes sí se dedican a las actividades principales de la contratante), dado que la empresa de servicios o cooperativa debe contar con capital mínimo, debe registrar el contrato suscrito con la empresa usuaria, debe otorgar una fianza de cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social, existen prohibiciones y limitaciones, entre otros aspectos. (16)

(16) En este sentido, vid. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La nueva regulación de la tercerización". Op. Cit., p. 6.

Para entender lo que se debe considerar como actividad principal, el artículo 1° del Reglamento se remite a la definición del artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, según el cual:

"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."

Además, para establecer los alcances de la actividad principal, también será importante considerar la definición de actividad complementaria que ofrece el artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, de esta forma:

"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."

Al respecto, Toyama señala que:

"(...) las actividades complementarias deben ser periféricas, que no forman parte de la actividad principal o estratégica de la empresa usuaria ni tampoco de las actividades de soporte, a tal punto que la regla interpretativa debe ser la actividad principal y la excepción complementaria. (...)

SI bien la normativa reseña algunos ejemplos de las actividades complementarias (limpieza, seguridad, vigilancia, reparaciones y mensajería externa), no necesariamente estos deben ser tomados como los únicos -por ejemplo, además de las citas legales, las actividades realizadas por jardineros o fotocopistas- ni tampoco como que siempre califican como tales -por ejemplo, en una empresa de vigilancia, los vigilantes no pueden ser contratados por una empresa de servicios complementarios-.

La actividad complementaria debe ser analizada de modo casuístico, no puede realizarse una afirmación genérica. Pero, en el proceso de identificación de las actividades complementarias debe tenerse en cuenta que la regla del ordenamiento es la contratación directa por sobre la indirecta (intermediación laboral) y ello implica que la interpretación sobre los alcances de "las actividades complementarias" deba ser restrictiva y limitada a casos concretos."(17)

En este mismo sentido, para determinar las actividades que forman parte de la actividad principal de la empresa contratante (o principal) que podrán ser materia de la tercerización de servicios, se deberá seguir como regla que todas lo son; y, por excepción, serán actividades complementarias, las periféricas a la actividad principal que, de una interpretación restrictiva

⁽¹⁵⁾ Según Toyama: "Mientras que la intermediación laboral importa una mera cesión o destaque de trabajadores para que estos laboren bajo la dirección de la empresa usuaria, en tanto que existe un reparto de facultades empresariales entre la empresa usuaria y la empresa de servicios especiales, de tal manera que representa una excepción al principio de no interposición que importa la relación directa que debería existir entre el empleador y trabajador; en la tercerización se presta un servicio integral y suficiente (se ha dicho que la empresa debe contar con una estructura productiva y organizativa autónoma, independiente, suficiente y adecuada para desarrollar determinada actividad) y los trabajadores prestan servicios bajo la dirección de la empresa contratista, sin que se configure una distribución de los poderes del empleador." TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Loc. Cit., p. 92.

⁽¹⁷⁾ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias". Op. Cit., p. 97.

y limitada, no afecten la continuidad de la actividad principal de la empresa contratante, entre las que se encuentran los servicios de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza, entre otros que se deberán analizar en cada caso concreto.⁽¹⁸⁾

Por tanto, siguiendo dicha pauta de interpretación, la tercerización de servicios con desplazamiento de personal para encargo de actividades principales de la empresa contratante, tiene alcances más amplios en los cuales regirán la Ley y el Reglamento. Además, los encargos de actividades complementarias o especializadas con destaque de trabajadores (reguladas como supuestos de intermediación laboral de servicios complementarios y especializados) no quedan sin regulación, sino se les deberá aplicar la Ley N° 27626 y el Decreto Supremo N° 003-2002-TR.

IV. APUNTES FINALES

Como se puede apreciar, la Ley reguló los requisitos e indicios aplicables a todo supuesto de tercerización de servicios; con el Decreto Legislativo, se precisó que la protección laboral rige solo para la tercerización de servicios con desplazamiento de personal; y, el Reglamento ha restringido el íntegro de la Ley a estos últimos casos, siendo esto último ilegal.

Creemos que es importante que la ley laboral reconozca la validez de los contratos empresariales de tipo civil y comercial, pero sorprende que los alcances de su protección siempre tiendan a ser restringidos. Por ello, sería conveniente que se evalúe la unificación de reglas entre la intermediación laboral de servicios complementarios y especializados y la tercerización con desplazamiento de trabajadores sin importar la temporalidad de desplazamiento. Además, trate de abarcar a todo supuesto de tercerización de servicios -al menos, estableciendo protección laboral mínima-, incluyendo aquellos que contratan los organismos del sector público, que es siempre el espacio para los trabajadores precarios (en materia de inspección laboral, contratación laboral, intermediación laboral y, ahora, tercerización de servicios).

TERCERIZACION DE SERVICIOS: Expresion legal de una manera eficiente de hacer empresa

CARLOS CORNEJO VARGAS

I. INTRODUCCION

Hace ya varias décadas que quedó atrás el modelo "fordista" de organización empresarial, el cual fue desplazado por el modelo "taylorista"; y que se utilizara el anglicismo "outsourcing" para hacer referencia a la contratación de empresas especializadas en la prestación de servicios de informática.

Ciertamente, ha pasado algún tiempo desde que se abandonó el esquema de organización empresarial en el que todos quienes prestaban servicios para una empresa eran trabajadores de la misma, y es que no podía ser de otro modo, pues la necesidad de las empresas de ser cada vez más competitivas y de poder enfrentar mejor las exigencias del mercado, las obligó a concentrarse en la ejecución de las actividades principales, e incluso en las distintivas.

También ha pasado algún tiempo desde que a principios de los años noventa, los empresarios norteamericanos utilizaran el término "outsourcing" para referirse al encargo a empresas especializadas de diversos tipos de servicios informáticos, y desde que varios años después el referido término fuera también utilizado para identificar la cesión a terceras empresas de otros servicios diferentes a los informáticos que permitieran la concentración en las actividades principales. Fue así que, a partir del proceso expansivo del término "outsourcing", la doctrina y experiencia española nos informa que se vio la necesidad de abandonar el citado anglicismo y de acuñar un término y una expresión propia en idioma castellano. Dicho término fue el de "externalización" y la expresión fue la de "descentralización productiva".

En este sentido, podemos afirmar que ha existido una transición del "outsourcing" a la "descentralización productiva" y a la "tercerización de servicios", aunque debe reconocerse que

⁽¹⁸⁾ Al respecto, debemos mencionar dos criterios distintos al nuestro. El primero considera que la Ley abarca el encargo de actividades principales y secundarias, de la siguiente manera: "(...) llama nuestra atención que el texto del Reglamento delimite el ámbito de aplicación solo a aquellas empresas que tercerizan su actividad principal, cuando la definición esbozada en el artículo 1 del mismo Reglamento señala que la provisión de obras o servicios puede darse sobre actividades vinculadas o integradas a esta, entiendase actividades principales y secundarias. Consideramos que para no desvirtuar lo dispuesto en la Ley, la imprecisión del artículo 2 debe ser interpretada de manera integral y considerarse que la tercerización puede darse respecto de las actividades principales y secundarias, como por ejemplo, limpieza, vigilancia, entre otras." (COMENTARIOS AL REGLAMENTO DE LA LEY DE TERCERIZACIÓN. Informe Especial. Soluciones Laborales Nº 9. Lima, Gaceta Jurídica, p. 11.). Por otra parte, el segundo señala que la tercerización de servicios excluida de los alcances del artículo 2º del Reglamento, incluyendo el encargo de actividades complementarias, no se regulan por la Ley: "(...) estas formas de tercerización u obras o servicios sin tercerización serán reguladas por el Código Civil a través de los contratos de prestación de servicios (locación, obra, suministro, entre otros) y legislación especial eventualmente aplicable. Así, lo ratifica el artículo 2 del Reglamento cuando expresamente indica que se encuentran fuera del ámbito de la Ley." HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. Op. Cit.