

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).

(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, entendiéndose 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 N° 9. Lima, Gaceta Jurídica, p. 11.). Por otra parte, el segundo señala que la tercerización de servicios excluida de los alcances del artículo 2° 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.

TERCERIZACION DE SERVICIOS: Expresión 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

para quienes no tienen formación jurídica no es fácil distinguir la diferencia entre "outsourcing" y "descentralización productiva", lo que explica porque es común que los expertos en estrategia managerial utilicen el término "outsourcing" y que los abogados utilicen el término "descentralización productiva" o cualquier otro de sus sinónimos.

II. ALCANCES CONCEPTUALES

1. La descentralización productiva ha sido definida por diversos autores. Entre ellos podemos mencionar al destacado laborista español Miguel Rodríguez Piñero, quien afirma que la descentralización productiva es una "(...) forma de organización de la actividad empresarial en virtud de la cual una empresa -que denominaremos 'empresa principal'- decide no realizar directamente ciertas actividades, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales -que llamaremos 'empresas auxiliares'- con quienes establece a tal efecto contratos de variado tipo, civiles o mercantiles" ⁽¹⁾ (sic).
2. Ahora bien, teniendo en cuenta que la principal característica de la "descentralización productiva" es la contratación de un tercero, a quien se le encarga la ejecución de un servicio determinado, se ha construido el término de "tercerización de servicios".
3. De conformidad con lo expuesto, podemos afirmar que los términos "descentralización productiva" y "tercerización de servicios" son sinónimos, pues refieren a la misma forma de organización empresarial.
4. Teniendo en cuenta que la descentralización productiva es una forma de organización empresarial que apunta a externalizar y encargar a un tercero la ejecución de algunas actividades que antes eran ejecutadas por la propia empresa, es necesario preguntarnos ¿qué tipo de actividades son las que pueden externalizarse? y ¿qué tipo de actividades son las que no pueden o no deben externalizarse?
5. Para responder a las interrogantes planteadas es necesario no perder de vista que la "descentralización productiva" es una forma de organización empresarial que autoriza a encargar a terceras empresas la ejecución de ciertos labores; y que permiten a una empresa concentrarse en la ejecución de sus actividades principales y, además, distintivas, esto es, en aquellas en cuya ejecución tiene una ventaja comparativa respecto de sus competidores.
6. En este sentido, resulta de singular importancia determinar qué se entiende y cómo identificar a las "actividades distintivas".
7. Respecto de lo primero se señala que son "actividades distintivas" las que siendo ordinarias y permanentes, además, corresponden a la actividades principales de la empresa o a su "core business".
8. Respecto de lo segundo, cabe mencionar que la doctrina más especializada considera que son características de las "actividades distintivas" las siguientes:

(1) Rodríguez Piñero, Miguel. *Interposición y trabajo en contratos a través de la jurisprudencia*. En, Estudios en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón. Madrid, 1980. Pág. 69.

- (i) Son un conjunto de habilidades y conocimientos, no productos y funciones;
- (ii) Son flexibles, de largo plazo y adaptables a las nuevas condiciones;
- (iii) Son limitadas en número;
- (iv) Son fuentes únicas de manejo en la cadena de valor;
- (v) Son áreas de dominio exclusivo de la organización;
- (vi) Son importantes para los consumidores en el largo plazo; y
- (vii) Son parte constitutiva de los sistemas de organización.

8.1 Con relación a la primera característica cabe señalar que al ser un conjunto de habilidades y conocimientos, las actividades distintivas permiten al empresario reconocer que en la gestión de su negocio, existen actividades que le dan mayor distintividad y ventaja sostenible sobre sus competidores, las cuales le permiten posicionarse de mejor manera en el mercado.

Los referidos conocimientos y habilidades le permiten a la empresa ofrecer mejores bienes y/o servicios, los cuales pueden verse traducidos en tarifas más económicas y en la mejor calidad de productos. Entonces, siguiendo a Ben Schneider, podemos señalar que se pueden considerar actividades distintivas aquellas que tienen como base un tipo de conocimiento específico y único⁽²⁾.

8.2 Con relación a la segunda característica cabe señalar que para identificar las "actividades distintivas" una empresa siempre debe tener en cuenta el carácter contingente del mercado, pues de otra manera no podrá responder a las necesidades actuales de sus consumidores y de sus potenciales clientes. Por ello, el reto de toda empresa será "(...) desarrollar, conscientemente, habilidades en áreas que el consumidor continuará valorando en el tiempo" (sic)⁽³⁾ y evitar concentrarse de manera inflexible en formatos o técnicas de trabajo que no guardan relación con las necesidades del consumidor.

8.3 Con relación a la tercera característica cabe señalar que a mayor actividad o mayor dispersión del trabajo, será menor la capacidad de una empresa para poder competir de manera eficiente y menor la calidad del producto o servicio que brinde a sus consumidores⁽⁴⁾, por lo que resulta indispensable que las actividades no distintivas sean realizadas por un tercero que esté en mejores condiciones de poder desarrollarlas y que, por su parte, las "actividades distintivas" sean solo unas cuantas en las cuales la empresa pueda concentrarse y mostrar su ventaja competitiva. Por ello, las "actividades distintivas" siempre deben ser limitadas en número.

Con relación a la cuarta característica cabe señalar que sobre la premisa de que en todo mercado existen imperfecciones y sectores donde no han sido desarrollados plenamente los conocimientos científicos e intelectuales, es estratégico que las em-

(2) Schneider, Ben. *Outsourcing. La herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios*. Grupo Editorial Norma. Colombia, 2004. Pág. 59.

(3) Ibid. Pág. 60.

(4) Ibid. Pág. 61.

presas aprovechen las referidas debilidades del mercado para posicionarse en él, por ejemplo, invirtiendo recursos intelectuales que le permitan convertirse en la única empresa calificada para llevar a cabo una actividad en particular y, en consecuencia, obtener un beneficio económico mayor que sus competidores.

- 8.5 Con relación a la quinta característica cabe señalar que ella se refiere a la necesidad de las empresas de desarrollar aquellas actividades que resultan ser importantes para el cliente, pues a partir de ellas podrá obtenerse una ventaja que se traduzca en la preferencia del consumidor y sirva para posicionar a la empresa en un mercado cada vez más competitivo. Lo anterior implica que una empresa debe ofrecer un servicio o producto más acorde a las necesidades del cliente, del que puede dar otra empresa de la competencia.

Con relación a la sexta característica cabe señalar que las empresas deben destinar al menos una habilidad distintiva hacia la comprensión de los intereses de sus clientes y de qué mejor manera se puede ofrecer el servicio que este espera recibir. Así, partiendo de un análisis en el funcionamiento de las cadenas de valor de los clientes se podrá determinar en qué ámbito debe especializarse una empresa para poder brindar un buen producto y/o servicio⁽⁵⁾.

- 8.7 Con relación a la séptima característica cabe señalar que si la empresa desea que sus habilidades sean sostenibles, es necesario que dedique sus esfuerzos a crear los medios por los cuales dichas habilidades pasen a depender de la organización misma y no de unos cuantos ejecutivos talentosos, puesto que la salida de estos últimos podría ocasionar una disminución del éxito que posee la empresa. Estas habilidades distintivas deben ser interiorizadas por los sistemas de la organización, lo que exige que los ejecutivos las desarrollen a conciencia y atesoren el conocimiento adquirido, de manera tal que este no salga de la organización y pueda filtrarse en la competencia⁽⁶⁾.

9. En suma, podemos afirmar que de la correcta identificación de las actividades distintivas y de su eficiente ejecución depende que la "descentralización productiva" o "tercerización de servicios", como forma de organización empresarial, sea exitosa.

III. FUNCIONES Y DISFUNCIONES DE LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

1. La opinión de la doctrina es unánime en reconocer que la "tercerización de servicios" es la técnica managerial que más éxito y protagonismo ha tenido en el mundo empresarial desde la década de los noventa, sobre todo en el mercado norteamericano y recientemente en el europeo. La misma doctrina reconoce que dicho éxito y protagonismo se debe principalmente a la función económica que cumple la tercerización de servicios. Siendo específicos cabe precisar que parte de la doctrina española sostiene que son dos (2) las funciones que cumple esta particular forma de organización empresarial.

(5) Ibid. Págs. 62 y 63.

(6) Ibid. Pág. 63.

- 1.1 La primera, la de ser un "(...) mecanismo hábil para hacer frente a una situación coyuntural caracterizada por un mercado cada vez más complejo debido básicamente, al vertiginoso avance de la tecnología, es decir, de los sistemas de comunicación y de información en un marco en el que la economía se ha globalizado y las empresas están sometidas a una situación de hipercompetitividad" (sic)⁽⁷⁾.

En el mismo sentido, los expertos en técnicas manageriales afirman que "(...) las empresas que externalizan determinadas competencias suelen obtener (...) eficacia, pues las funciones realizadas por las empresas externas suelen practicarse con mejores resultados, ya que dichas empresas suelen ser expertas en el campo para el que se las contrata (...)" (sic)⁽⁸⁾. En suma, la primera de las ventajas que ofrece la tercerización de servicios es la concentración en las actividades distintivas, y la posibilidad de encargar a "terceros" la ejecución de todas las demás actividades, lo que estratégica y no tácticamente lleva a una empresa a la especialización y, por ende, a ser más competitiva.

- 1.2 La segunda, la de ser "(...) una técnica con capacidad para actuar tanto ante la necesidad de sanear la empresa (...), como ante la de obtener el tamaño empresarial para crecer empresarialmente y con ello lograr una mayor y mejor racionalización de la producción (...)" (sic)⁽⁹⁾.

Como en el caso anterior, los expertos en técnicas manageriales afirman que "(...) las empresas que externalizan determinadas competencias suelen obtener (...) mayor rentabilidad, pues los costos de externalizar un proceso son inferiores a los que supone que la empresa misma lleve a cabo ese proceso" (sic)⁽¹⁰⁾. De acuerdo con lo anterior, si esta forma de organización permite a las empresas encontrar el tamaño ideal para poder empezar a crecer o para seguir creciendo, y para encontrar al mejor y más barato socio estratégico, qué duda cabe de que se trata de un mecanismo para lograr la mayor rentabilidad posible.

2. No obstante lo anterior, lo cual revela las grandes ventajas económicas que tiene el recurrir a la tercerización de servicios, es preciso señalar que la misma no está ajena a disfuncionalidades económicas. En efecto, esta forma de organización empresarial que tan buenos resultados ha producido y cuyas ventajas y bondades han sido mayoritaria y casi unánimemente reconocidas, no siempre conduce a buenos resultados. Así pues, para evitar análisis sesgados consideramos necesario apuntar que "(...) no es extraño encontrar (...) listados de inconvenientes o posibles problemas que también se muestran casi inherentes a la descentralización productiva y que deben tenerse en cuenta no solo en un análisis teórico (...) sino, sobre todo, en el momento de configurar esta estrategia empresarial ante un objetivo determinado" (sic)⁽¹¹⁾.
3. En tal sentido, se señala que el intento ciego de reducir los costos empresariales sin un estudio técnico que justifique la externalización de determinadas actividades es

(7) Salvador del Rey Guanter y Manuel Luque Parra. *Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral*. Revista Relaciones Laborales. Nº 20, 1999.

(8) Schneider, Ben. Ob. Cit. Pág. 37.

(9) Salvador del Rey Guanter y Manuel Luque Parra. Ob.Cit.

(10) Schneider, Ben. Ob. Cit. Pág. 37.

(11) Salvador del Rey Guanter y Manuel Luque Parra. Ob.Cit.

la principal causa de las disfuncionalidades económicas de la tercerización de servicios.

Al respecto, la doctrina señala que muchas veces la decisión de externalizar actividades es consecuencia de una aproximación táctica y no estratégica, toda vez que la mayoría de las veces dichas decisiones responden a una voluntad de reducir o controlar los costos empresariales sin que exista un verdadero proyecto empresarial que abarque un conjunto de medidas organizacionales que no se reduzcan a la mera decisión de externalizar un servicio o una fase del ciclo productivo.

4. Entre las dificultades o disfunciones económicas, se ha identificado como la principal de ellas, a la pérdida de control que se experimenta respecto del producto o proceso que se externaliza, lo que implica poner en riesgo "el nivel de calidad" y "el grado de satisfacción del cliente".

Teniendo en cuenta que la tercerización de servicios implica, supone y exige el encargo integral a un tercero de una parte del proceso productivo y/o de algunas de las actividades principales de la empresa, es posible que el nivel de calidad y, por ende, la satisfacción del cliente se resientan.

Ciertamente. Si el esquema descrito precedentemente impide que la "empresa cliente" pueda dirigir -aunque no fiscalizar- la prestación del servicio contratado, a pesar de las coordinaciones que puedan realizarse con la "empresa especializada" y de la supuesta alianza estratégica que se establece entre las referidas empresas, el riesgo antes mencionado es real, existe y puede materializarse.

5. Otra de las disfuncionalidades económicas identificadas es la pérdida del control de la información, pues la externalización implica transmitir información hacia fuera de la empresa, la cual escapa a cualquier tipo de control.

Normalmente, cuando una empresa decide externalizar alguna de sus actividades principales, teóricamente, lo hace después de haber identificado dentro de aquellas (*actividades principales*) las actividades distintivas de las que no lo son y, por tanto, pueden ser encargadas a un tercero, a quien se le identifica y reconoce como un especialista en la materia y se le reconoce como un socio estratégico. Empero, en la práctica, muchas veces se decide externalizar una o algunas actividades solo para reducir costos sin tener en cuenta otras implicancias, y se contrata a una empresa que no siempre tiene la especialización ni la calificación que se requiere para prestar un servicio más eficiente.

Dicho de otro modo, algunas veces se contrata a una empresa proveedora de servicios que no tiene ninguna especialización y que muchas veces solo tiene un interés económico, el mismo que le impide involucrarse en el negocio de su cliente y, al mismo tiempo, le hace perder de vista que el éxito de su cliente es el éxito propio.

6. La última de las disfuncionalidades económicas que también se ha podido identificar es el alto costo que implica concluir y/o transferir un proceso de descentralización productiva.

La decisión de ejecutar un proceso de tercerización de servicios es una decisión de largo plazo que debe implementarse después de identificar las actividades principales y distintivas de la empresa, y de haber elegido entre muchas opciones, o por

lo menos varias, a la empresa que se encargará de realizar las actividades que se decide externalizar. Empero, como ya ha quedado dicho, muchas veces, se elige a la empresa que ofrece el menor costo de inversión, lo que casi siempre se traduce en una deficiente calidad de servicio y en una vinculación puramente "mercantilista", caracterizada por el puro interés económico.

En este sentido, cuando la colaboración empresarial que se supone debe surgir de la tercerización de servicios no se verifica, y la empresa cliente decide dar marcha atrás y desandar el nuevo esquema de organización empresarial, aparecen de manera inminente los altos costos económicos que comportan la finalización de dicho proceso, pues lo anterior implica volver a "internalizar" las actividades que habían sido externalizadas y gastar más, por lo menos, en pago de remuneraciones y de beneficios sociales. Lo anterior puede implicar también, invertir más en maquinaria y equipos, lo que puede resultar un gasto más que importante.

7. De acuerdo con lo expuesto, resulta indispensable que toda y cualquier empresa que decida llevar a la práctica un proceso de "externalización" de actividades, previamente analice las ventajas de concentrarse en la ejecución de las actividades distintivas; y se comprometa en la elección de un proveedor de servicios que garantice "calidad" y no necesariamente "rentabilidad".
8. A modo de conclusión, podemos mencionar que esta forma de organización empresarial " (...) otorga un alto grado de efectividad en áreas en las que la empresa no desea distraerse o en las que le resultaría muy costoso involucrarse. Asimismo, le permite concentrarse en aquellos rubros en los que si le interesa tener un alto grado de dominio para asegurar sus ventajas competitivas. En general lo que se busca es el mejor servicio al mejor precio mediante la utilización de todas las innovaciones y los avances tecnológicos al alcance" (sic)⁽¹²⁾. La claridad y lucidez de la cita previa nos libera de realizar y/o ensayar cualquier comentario y/o explicación sobre la misma.

IV. VENTAJAS DE LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

1. Son muchas las ventajas que se pueden generar de la decisión de las empresas concentrarse en la ejecución de sus actividades distintivas y lograr una utilización eficiente de los recursos que dispone. Entre ellas podemos mencionar las siguientes:

- Permite acelerar el proceso de obtención de beneficios. Si la idea fuerza de la "descentralización productiva" es que una empresa se concentre en la ejecución de sus actividades distintivas, en aquellas que le son más rentables, quiere decir, que la externalización de las demás actividades es en si misma una decisión rentable, pues a la "empresa principal o cliente" le debe resultar más barato pagarle a una tercera empresa, teóricamente especializada, para que le preste determinados servicios.

Luego, la primera ventaja de la tercerización de servicios es que permite identificar las fases productivas poco eficientes y menos rentables de la "empresa principal" para encargarlas a una "empresa especializada" que sea eficiente en la ejecución de las mismas.

(12) Schneider, Ben. Ob. Cit. Pág. 38.

- Convierte costos variables en costos fijos y costos fijos en variables dependiendo de las actividades tercerizadas. Sobre la premisa de que la tercerización de servicios aspira principalmente a la reducción de los costos empresariales, se afirma que puede convertir, en razón de la eficiencia y efectividad, los costos variables en costos fijos y/o los costos fijos en costos variables. ¿Qué significa esto? Que esta forma de organización empresarial se ha convertido en una forma de "(...) controlar los costes laborales de la empresa, convirtiendo en variables los costes fijos en aquellas funciones consustanciales al proceso productivo y transformando en fijos los costos variables que se relacionan con las funciones que por no ser constantes en el proceso productivo exigen un continuo redimensionamiento de la empresa, de este modo se mejora la eficiencia y efectividad empresarial aumentando su productividad y competitividad" (sic) ⁽¹³⁾. De acuerdo con lo anterior, la idea es que la empresa tenga gastos constantes en aquellas actividades que se encuentran en continuo redimensionamiento y que no forman parte del núcleo del negocio; y de manera contraria, que tenga gastos variables en aquellas funciones que son consustanciales del proceso productivo.
- Permite acceder a los avances tecnológicos y al mundo de la especialización sin realizar grandes inversiones. La finalidad de la externalización de algunas actividades de la empresa, es permitir que esta se concentre en la ejecución de sus actividades distintivas y encargar a una tercera empresa la ejecución de otras actividades principales aunque no distintivas, y de otras que sean auxiliares y complementarias con la finalidad de poder concentrarse en las primeras con todo lo que ello implica, como por ejemplo, invertir en tecnología y adquirir un alto nivel de especialización. Complementando lo anterior, cabe señalar que es un presupuesto de la tercerización de servicios el que las empresas contratadas para ejecutar las labores externalizadas, sean efectivamente empresas especializadas en la ejecución y realización de dichas labores, pues de otro modo no se explicaría como la contratación de dichas empresas resultaría más conveniente, y más barata por cierto, para la empresa principal.
- Permite concentrarse en el objeto principal del negocio. La definición misma de la tercerización de servicios revela que se trata de una forma de organización empresarial diseñada para que las empresas se concentren únicamente en la ejecución de sus actividades distintivas, lo que nos releva de efectuar mayor comentario.
- Permite aumentar los recursos libres para utilizarlos en otros propósitos. Si una empresa decide externalizar alguna o algunas de las actividades que antes ejecutaba por sí misma, porque no es eficiente y competitiva en la ejecución de las mismas, la consecuencia inmediata de dicha decisión será la liberación de diversos recursos para ser utilizados de manera más eficiente. En efecto, si una empresa deja de realizar algunas actividades liberará personal y recursos económicos para ser utilizados en la ejecución y/o realización de las actividades distintivas de la propia empresa.
- Permite reducir los costos de operaciones y de inversión. Si una empresa decide externalizar alguna o algunas de las actividades que antes ejecutaba por sí misma, entonces, dejará de gastar en la ejecución de las referidas actividades y quedará liberada de la obligación de invertir para seguir realizando las referidas actividades.

(13) Salvador del Rey Guanter y Manuel Luque Parra. Ob.Cit.

Por ejemplo, si una empresa dedicada al diseño, producción y comercialización de calzado deportivo, decide dedicarse únicamente al diseño de calzado deportivo y encargar a una tercera empresa la ejecución de las actividades de producción y comercialización, entonces, la citada empresa ya no estará más obligada a pagar remuneraciones y beneficios laborales al personal dedicado a las actividades de producción y de ventas, y a invertir en maquinaria y equipo de producción, etc., y logrará de ese modo reducir sus costos fijos.

Permite aumentar la eficiencia de la empresa. Si la eficiencia consiste en producir más a menor costo, entonces, ser más "eficiente" obliga a las empresas a concentrarse en lo que mejor saben hacer y en lo que les genera una ventaja competitiva en el mercado.

Complementando lo anterior, es necesario apuntar que ser más eficiente implica dejar de hacer aquello que no es actividad distintiva y, aquello en lo que no se tiene una ventaja competitiva. Demás está decir que la ejecución de aquellas actividades resulta ser bastante más onerosa para las empresas y son justamente aquellas las que han permitido la creación y desarrollo de la tercerización de servicios como forma de organización empresarial. En suma, consideramos que ser más eficiente no es otra cosa que lograr mejorar el desempeño de una empresa⁽¹⁴⁾.

Permite adecuar mejor las necesidades de las empresas a las soluciones que se requieren. Como ya ha quedado dicho, la tercerización de servicios es una forma de organización managerial que permite a las empresas concentrarse en la ejecución de lo que mejor saben hacer y que les genera una ventaja competitiva en el mercado. En este sentido, no debe quedar duda de que la tercerización de servicios es una forma de organización empresarial que permite liberar recursos para aplicarlos y utilizarlos de manera eficiente, lo que —por lo menos en el plano teórico— implica dotar a la empresa de las herramientas necesarias para poder responder mejor a las exigencias del mercado.

Permite mejorar la posición competitiva de la empresa en el mercado. Respecto de lo anterior, solo queda insistir en la definición de la tercerización de servicios y rescatar de ella, el que se trata de una forma de organización managerial que permite a las empresas concentrarse en sus actividades distintivas: en la ejecución de lo que mejor saben hacer, en aquello que hacen mejor que nadie y que les genera una ventaja competitiva en el mercado.

Lo anterior, qué duda cabe de ello, permite a cualquier empresa posicionarse mejor y de manera más competitiva en el mercado.

V. TRATAMIENTO LEGISLATIVO

1. Hasta hace muy poco tiempo, la tercerización de servicios no estaba regulada explícita y directamente en nuestro ordenamiento jurídico, pues la única referencia que existía a dicha forma de organización empresarial estaba contenida en el Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-2002-TR, y de modo indirecto.

(14) Véase, Ben Schneider. Ob. Cit. Pág. 33.

En efecto, la referencia en la norma antes mencionada solo era realizada para señalar lo que no era "intermediación laboral" y cuáles no eran algunas de las características que permitían identificar a la referida forma de contratación de servicios.

2. Sin embargo, mediante Ley 29245, vigente desde el 25 de junio del año 2008, precisada por Decreto Legislativo 1038 y reglamentada mediante Decreto Supremo N° 006-2008-TR, el escenario legislativo de la tercerización de servicios ha cambiado notablemente, pues ya cuenta con una regulación completa sobre el tema, aunque por cierto imperfecta, lo que constituye un avance significativo que no podemos soslayar.

Refiriéndonos a la referida regulación, debemos apuntar que el artículo 2° de la Ley 29245 señala que la tercerización de servicios permite 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 por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación" (sic).

De la lectura de la disposición transcrita, se advierte que la tercerización de servicios es una forma de organización empresarial que solo permite la contratación de personas jurídicas (*entiéndase, empresas*) y no de personas naturales; que debe ser ejecutada por una empresa especializada; y que necesariamente debe cumplir con cuatro (4) requisitos⁽¹⁵⁾: (i) asumir y ejecutar los servicios contratados por cuenta y riesgo propio, (ii) contar con los recursos materiales necesarios para ejecutar el servicio contratado, (iii) asumir la responsabilidad por el resultado de las actividades ejecutadas y (iv) contar con personal especializado que responda únicamente a sus instrucciones. Lo anterior revela que la "tercerización de servicios" exige la contratación de una empresa que sea una "unidad económica independiente", con la que puede o no mantener una vinculación económica. En efecto, la idea que subyace a la "tercerización de servicios" es que la empresa tercerizadora actúe asumiendo un riesgo propio y no ajeno; cuente con el capital y con los bienes (*maquinarias y herramientas*) que resulten necesarios para poder prestar el servicio contratado; y con personal especializado en la prestación del referido servicio, el cual solo podrá responder a las órdenes, instrucciones y controles de su propio personal y en ningún caso del personal de la empresa principal o cliente.

4. A su turno, el segundo párrafo del mismo artículo 2° señala que "Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio (...)" (sic).
- 4.1 A partir de lo establecido en la citada disposición es posible realizar varias afirmaciones. En primer lugar, que los "requisitos" son diferentes a las "características", pues estas últimas son solo elementos coadyuvantes que aportan indicios para determinar la existencia de una tercerización de servicios.

(15) El artículo 3° del Reglamento de la Ley de Tercerización de Servicios señala que "Para efectos de la Ley, los cuatro requisitos señalados en el primer párrafo del artículo 2° de la misma son copulativos. La inexistencia de uno, cualquiera de ellos, desvirtúa la tercerización" (sic). Lo anterior determina que los requisitos legales sean, en realidad, elementos esenciales de la tercerización de servicios.

- 4.2 En segundo lugar, que a partir de la vigencia de la norma reglamentaria la pluralidad de clientes ha dejado de ser un elemento característico de la tercerización de servicios, pues en algunos casos expresa y específicamente señalados por la legislación laboral vigente, no será relevante para identificarla.
- 4.3 En tercer lugar, que no es indispensable que la empresa tercerizadora sea propietaria de los bienes, equipos y herramientas utilizados para la prestación del servicio contratado, lo que resulta de singular importancia, pues la exigencia de contar con los recursos materiales necesarios para ejecutar el servicio contratado como un elemento esencial de la tercerización de servicios llevada a considerar (*especialmente a la Autoridad Administrativa de Trabajo*) que no era posible que los bienes, equipos y herramientas utilizados para la prestación del servicio contratado fuesen aportados por la empresa principal o cliente o por una tercera empresa. Así pues, el numeral 4.3) del artículo 4° del Reglamento dispone que se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con "equipamiento propio" cuando las herramientas o equipos que utilicen los trabajadores tercerizados sean de su propiedad o se mantengan bajo su administración y responsabilidad, lo que resulta coherente con la necesidad de que el prestador del servicio mantenga pleno control sobre la ejecución del servicio contratado.

Por otro lado, consideramos necesario destacar que la norma reglamentaria ha excedido los alcances de la Ley 29245, específicamente en lo que al ámbito de aplicación de la misma se refiere, lo que es un hecho absolutamente irregular, además de revelador de las marchas y contramarchas que nuestras autoridades muestran para tratar el tema.

Siendo específicos, cabe apuntar que el artículo 3° de la Ley señala que constituyen casos de tercerización de servicios, entre otros, los contratos de gerencia, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa y los contratos que tienen por objeto encargar a un tercero una parte integral del proceso productivo, lo que ha sido recogido de la legislación anterior, y demuestra que el ámbito de aplicación de la referida Ley es amplio pues alcanza diversos supuestos de prestación de servicios especializados. No obstante lo expuesto, el artículo 2° del Reglamento dispone que solo se incluye en el ámbito de aplicación de la Ley a las empresas que tercerizan parte de su actividad principal con desplazamiento permanente y continuo de personal a su local o centro de operaciones, excluyéndose a todos los demás supuestos previstos y señalados en el artículo 3° de la Ley. Así pues, la norma reglamentaria excluye del ámbito de aplicación de la Ley a los procesos de tercerización externa y a todo supuesto en el que el desplazamiento de personal no sea permanente y continuo, lo que importa una modificación legal que excede los alcances de una norma reglamentaria.

Con relación al mismo tema, es preciso mencionar que la norma reglamentaria también ha modificado el ámbito de aplicación material de la Ley, pues lo ha limitado solamente a las actividades principales de la empresa principal.

Nos explicamos. El artículo 2° de la Ley establece que por la tercerización de servicios se puede contratar la ejecución de actividades especializadas u obras, lo que es genérico, amplio y permite incluir todo tipo de actividad: principal o complementaria. Sin embargo, el artículo 2° del Reglamento precisa que solamente se puede tercerizar la actividad principal, esto es, aquella que es consustancial al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la

empresa, lo que implica que a partir de la vigencia de la norma reglamentaria ya no es posible tercerizar, al amparo de la Ley 29245, actividades complementarias, aunque las mismas sean especializadas, como por ejemplo, los servicios de vigilancia.

7. Para resolver la exclusión legal de las actividades complementarias del ámbito de aplicación de la nueva legislación se ha creado la figura del encargo integral a terceros de actividades complementarias, lo que no es tercerización de servicios ni tampoco una intermediación laboral, pues está última exige el ejercicio del poder de dirección respecto del personal intermediado, lo que resulta imposible si el encargo es "integral". Entonces, cabe preguntarnos ¿qué norma regula el encargo integral a un tercero de las actividades complementarias? El Código Civil suponemos.
8. Por otro lado, creemos que la nueva legislación ha incurrido en algunas omisiones, entre las cuales podemos mencionar a la falta de precisión sobre el objeto social de las empresas tercerizadoras, sobre el capital social mínimo de las mismas y sobre las infracciones a la nueva legislación.
9. No obstante lo anterior, a pesar de que nuestra Autoridad Administrativa de Trabajo ha cercenado el ámbito de aplicación de la tercerización de servicios; ha creado una nueva figura carente de regulación laboral (*encargo integral de actividades complementarias*); y ha omitido regular una serie de aspectos que consideramos relevantes, creemos que la tercerización de servicios seguirá siendo la expresión legal de una forma eficiente de hacer empresa.
10. Finalmente, cabe señalar que la gran novedad de la nueva legislación sobre la materia es el establecimiento de la responsabilidad solidaria entre las empresas tercerizadora y cliente respecto del pago de las remuneraciones y beneficios laborales de origen legal que corresponden a los trabajadores desplazados. En nuestra opinión, lo anterior, lejos de encarecer la tercerización de servicios o de limitar su desarrollo, debe ser considerado como elemento que le aportará solvencia y confiabilidad, además de permitir un decantamiento natural entre las empresas tercerizadoras, pues ante la posibilidad de tener que responder por el pago de remuneraciones y beneficios sociales, las empresas clientes deberán ser cuidadosas en elegir a la empresa tercerizadora, lo que determinará que solo queden en el mercado las que sean formales, serias, solventes y tengan una cultura de cumplimiento de la legislación laboral.

VI. APRECIACIONES FINALES

A modo de comentario final consideramos importante realizar seis (6) apuntes.

Primero, que es necesario reconocer que la experiencia norteamericana del "outsourcing" fue el origen de lo que hoy conocemos como "descentralización productiva" o "tercerización de servicios", la cual es una forma de organización empresarial que permite a las modernas empresas responder de mejor manera a las exigencias del mercado y ser más eficientes y competitivas.

Segundo, que la opción por la tercerización de servicios debe ser una decisión estratégica orientada a que la empresa pueda ser mejor en lo que hace, y no una decisión mercantilista orientada únicamente para reducir los costos empresariales y ganar más dinero.

Tercero, en estrecha relación con lo anterior, que son muchas las ventajas que se pueden generar de la aplicación de la tercerización de servicios, aunque es necesario reconocer que existen desventajas y disfuncionalidades económicas que será necesario evitar.

Cuarto, que es muy importante que nuestro ordenamiento legal cuente con una legislación específica y especializada sobre la materia, la misma que delimita lo que es la tercerización de servicios, sus elementos esenciales y coadyuvantes, y las garantías para evitar el abuso de la clase trabajadora.

Quinto, que es también importante y necesario señalar los excesos y omisiones en los que ha incurrido la nueva legislación, especialmente, la norma reglamentaria, pues en nuestra opinión, la necesidad de corregir y enmendar las deficiencias de la Ley no autorizan a ir más allá de lo establecido en la propia ley. El fin no justifica los medios.

Sexto, que en función de lo desarrollado por la doctrina más autorizada y, a pesar de las limitaciones, imprecisiones, omisiones y excesos legales, la tercerización de servicios es, de hecho, la expresión legal de la forma más eficiente de hacer empresa.