

trabajo o de un proceso judicial en los que se aplique el principio de Primacía de la Realidad y se aplique supletoriamente las definiciones, requisitos e indicios antes señalados.

Por ello, consideramos que si bien el Reglamento acota su ámbito de aplicación exclusivamente a la tercerización de servicios con desplazamiento continuo cuando esta se produzca entre entidades privadas, los servicios de tercerización que desarrolla el Estado también deben cumplir, en cabeza de las empresas privadas que prestan el servicio, con las definiciones, los requisitos e indicios establecidos por las normas de la materia y, en ningún caso, deberán tratarse de simples provisiones de personal.

Finalmente, y en resumen, a los procesos de tercerización de servicios en el sector público deberán aplicarse, dependiendo del caso, las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado o las normas especiales según sea el caso, sin perjuicio, claro está, de la aplicación de los principios y normas del régimen laboral de la actividad privada respecto a los trabajadores de la empresa tercerizadora, incluyendo la aplicación supletoria de las definiciones, los requisitos y los indicios de la tercerización de servicios legalmente establecidos, los cuales permitirán apreciar si estamos ante empresas autónomas que prestan verdaderos servicios de tercerización.

CONCLUSIONES - RESPUESTAS

¿Están efectivamente excluidos los procesos de tercerización de servicios en el Estado del ámbito de aplicación del Reglamento?

Efectivamente, la tercerización de servicios en el sector público está excluida del ámbito de aplicación del Reglamento, sin embargo, dichos procesos deben suponer la existencia de empresas tercerizadoras autónomas y, bajo ningún supuesto, deben tratarse de simples provisión de personal.

Siendo ello así, ¿qué regulación les es aplicable a dichos procesos?

Sin perjuicio de la aplicación de las normas de contrataciones y adquisiciones con el Estado o de las normas especiales referidas en el presente informe, también son aplicables supletoriamente a los procesos de tercerización de servicios en el sector público, las definiciones, los requisitos y los indicios señalados en las recientes normas de tercerización, además de los principios y normas del régimen laboral de la actividad privada aplicable a los trabajadores de la empresa tercerizadora.

30.09.08

LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN LA NUEVA LEY DE TERCERIZACIÓN: Crítica a partir del principio tuitivo y del derecho a la información⁽¹⁾⁽²⁾

MANUEL GONZALO DE LAMA LAURA⁽³⁾

Después de tanto revuelo y espera, la norma que regula la tercerización laboral finalmente vio la luz hace menos de medio año mediante la Ley N° 29245, precisada a través del Decreto Legislativo 1038. Con este nuevo escenario legal realmente no sabemos si se cubre un vacío normativo o si se empeora la concepción de toda la dinámica del referido mecanismo en tanto muchas de las disposiciones brindadas oscilan entre lo confuso y lo deficiente.

Entre una de ellas, estimamos, se puede citar la miope previsión que encierra la responsabilidad solidaria de la empresa principal sobre los derechos y beneficios sociales de los trabajadores de la contratista o tercerizadora. En el mismo sentido consideramos que hubiera sido pertinente normar una disposición que permitiera a la empresa principal acceder a cierta información relevante en torno al cumplimiento o no de las obligaciones laborales de la contratista en tanto ello incidiría en forma determinante para establecer si aquella será o no responsable de tales cargas. Nuestra disertación entonces tendrá como eje de análisis los temas reseñados en el anterior párrafo. Para ello procuraremos argumentar nuestra posición a partir del Principio Tuitivo de la rama jurídica laboral, pauta basililar imprescindible para iniciar un tratamiento jurídico adecuado en situaciones especiales como la subcontratación

- (1) Un agradecimiento especial a la gentileza y cordialidad inconmensurables del Dr. Elmer Arce Ortiz, sin cuyas observaciones y pláticas sobre el tema no se hubiera podido clarificar la senda a seguir en este trabajo.
- (2) A quienes sin sus oraciones mi espíritu ya hubiera desfallecido: A Carmen Infante, Román Laura y Teresa Pavia.
- (3) Abogado por la Universidad de Piura. Asistente legal de Dogma Laboral. Colaborador externo de Miranda & Amado Abogados.

laboral, y del derecho a la información entre los partícipes de este entramado jurídico, criterio que no puede ser soslayado debido a que su presencia en este resulta de vital importancia para prevenir la consecución de vicisitudes que descomponen esta herramienta contractual.

Previamente unas pequeñas notas introductorias con el objeto de dar ciertos alcances respecto de cómo la subcontratación laboral distorsiona en la dinámica tradicional de las relaciones laborales.

Nociones preliminares: La subcontratación laboral y el quiebre de la tradicional relación de trabajo.

Hace ya más de dos décadas el panorama jurídico en el cual se desarrollaban las relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, recibió una "bofetada" con la aparición de novedosas formas organizativas que poco a poco iban adoptando las empresas. Aquellas consistían en la aparición de entidades que habían logrado un nivel de especialización en determinada actividad económica que les permitía ofrecer sus servicios a las demás empresas que aún no contaban con tal peculiaridad y/o a las que contando con tal sección no tenían la suficiente capacidad organizativa para preocuparse íntegramente por ella.

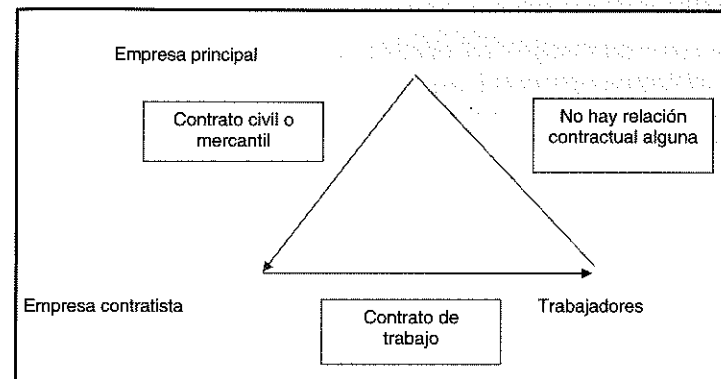
En este nuevo contexto económico, las tradicionales formas organizativas de la actividad empresarial se han visto ciertamente alteradas debido a que, frente al predominante modelo centralizado de empresa, basado en el control directo por parte de la misma de la totalidad del ciclo productivo, han proliferado nuevas formas de organización empresarial caracterizadas por una mayor especialización de las distintas unidades productivas⁽⁴⁾. La razón principal que motivó toda esta nueva tendencia económica no buscó sino pretender que la empresa que la adoptara destacara en un mercado cada vez más competitivo, para lo cual era necesario que se redujeran las dimensiones y la burocracia de la mencionada, medidas que, a su vez, ayudarían a que tales entidades tomaran decisiones ágiles y eficaces que, por ende, les permitirían no hacer de todo y, mas bien, concentrarse en pocas actividades a efectos de alcanzar flexibilidad y adaptabilidad al nuevo panorama del mercado⁽⁵⁾.

Lo descrito resulta importantísimo para lograr entender el fenómeno de la subcontratación⁽⁶⁾ en tanto una de sus manifestaciones, la tercerización, se configura como la herramienta mayormente utilizada por las empresas actuales para trasladar a un tercero la realización de ciertos ciclos productivos que normalmente venían desarrollando. La tercerización de servicios u outsourcing, por sí se gustan los términos anglosajones, implica, en primer lugar, la identificación de una parte del proceso productivo de una empresa que se estima puede ser desempeñada de forma más eficiente por otra entidad, la cual es contratada para desarrollar

- (4) Vid. SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO. "La Descentralización Productiva: ¿Una estrategia para la puesta en paréntesis de los Principios Tutelares del Derecho del Trabajo? En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima. 2004. Pág. 409
- (5) Vid. ARCE ORTIZ, ELMER. "El outsourcing y sus efectos sobre la relación de trabajo". En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima. 2004.
- (6) Según un sector de la doctrina, la expresión "subcontratación" comprende tanto a la intermediación laboral como a la tercerización u outsourcing. Vid. VILLAVICENCIO RÍOS, ALFREDO. "La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laborales: el caso de la intermediación" En: *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. OIT. Lima. 2000. Pág. 81 y ss.

esta porción del negocio. Se trata en buena cuenta de desvincular una sección productiva de una empresa para encargar su funcionamiento a otra entidad especializada con el fin de optimizar los resultados derivados de tal servicio. En palabras simples, el outsourcing implica realizar la actividad empresarial valiéndose de colaboradores externos e independientes a la empresa principal.

Este nuevo escenario económico no refleja sino la construcción de una nueva figura jurídica laboral que se compone a partir de tres partícipes o protagonistas, a saber: i) una empresa principal o usuaria que se desentiende de una porción de su ciclo productivo con el fin de encargársela a una entidad especializada o tercerista. ii) esta, la empresa tercerista, que, a través de la actividad de sus trabajadores, obtendrá un producto final que ofrecerá a la primera y iii) la presencia de los mencionados empleados de la empresa contratista. Se da entonces una suerte de relación jurídica de corte trilateral ya que en ellas la intervención de tres partes contractuales rompe con la tradicional relación laboral bilateral en la que solo se ven inmiscuidas el trabajador y el empleador sin más, provocando que los partícipes de la tercerización interactúen ya no en un circuito lineal sino triangular. Grafiquemos lo explicado.



Como podrá apreciarse, la única relación jurídica laboral se verifica entre la empresa contratista y sus empleados mientras que el vínculo que une a la entidad principal con la mencionada no pasa de ser uno de carácter civil o comercial. Por otra parte entre los trabajadores de la tercerista y la empresa principal no existe vínculo contractual alguno que permita una interacción directa entre ellos, no obstante, la actividad que puedan desarrollar aquellos incidirá de forma ciertamente categórica en la principal.

Todo este nuevo panorama jurídico-económico ha obligado a los estudiosos de la disciplina jurídica laboral a elucubrar e implementar las alternativas y propuestas legales que permitan dar un tratamiento jurídico adecuado a esta situación en tanto el carácter tuitivo o protector que compone la base de todo el Derecho del Trabajo obliga a buscar y/o preparar las reglas necesarias que impidan soslayar las vicisitudes laborales provocadas por esta arraigada y contemporánea apuesta económica. En efecto, ante la imposibilidad obvia de restringir el ejercicio de la libertad de empresa en su manifestación de la tercerización, el objetivo del Derecho Laboral, escribe SANGUINETI RAYMOND, no es impedir estas tendencias sino solo su empleo en clave puramente defraudatoria de las directrices proteccionistas del Derecho del Trabajo o degradatoria de las condiciones de prestación del trabajo: "Es decir,

de lo que se trata es de tender hacia la consecución de un equilibrio entre la flexibilidad que proporciona este tipo de técnicas y tutela de la posición de los trabajadores asalariados implicados en ellas⁽⁷⁾

Justamente una de las formas que se han encontrado para evitar que esta flexibilización provoque consecuencias perjudiciales se manifiesta en la garantía de la responsabilidad solidaria la cual permitiría que la empresa principal pueda también responder ante los trabajadores de la contratista por los beneficios que esta última pueda adeudarles. Finalmente son los trabajadores los que, en atención al carácter tuitivo de nuestro ordenamiento jurídico laboral, deben tener ciertas garantías para que sus derechos no sean esquivados cuando se presente algún supuesto que implicaría su potencial efecto lesivo. No obstante, si bien nuestras recientes normas sobre tercerización han incluido entre su articulado la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las obligaciones de la contratista en favor de sus empleados, consideramos que ella no ha sido atendida de manera suficiente. Las razones de tal postura en los siguientes acápites.

II. LA SOLIDARIDAD EN LA NUEVA LEY DE TERCERIZACIÓN.

El artículo 1183° del Código Civil establece que la solidaridad no se presume y que esta solo puede establecerse a partir de la ley o del título de la obligación. Desarrollando tal precepto general, el nuevo marco regulatorio de la tercerización laboral se ha preocupado por recoger la institución de la solidaridad en el pago de los beneficios laborales de los trabajadores de la empresa contratista⁽⁸⁾ a cargo de la empresa principal. En este sentido se desarrolla el artículo 9° de la Ley N° 29245: "*La empresa principal es solidariamente responsable por los beneficios laborales de origen legal y por las obligaciones de seguridad social de los trabajadores desplazados continuamente durante la duración del destaque. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación del desplazamiento del trabajador. La empresa contratista mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral en el caso de su propio personal.*"

Sin perjuicio de lo anotado, el Decreto Legislativo N° 1038 precisó, que las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la tercerizadora, de las cuales se puede predicar la responsabilidad solidaria de la empresa principal, se reducen solo a las que prevea la ley y no a las que se deriven de fuente convencional o unilateral⁽⁹⁾. Entonces, de acuerdo a tal previsión, los derechos laborales de los empleados de la empresa contratista nacidos a raíz de la celebración de un convenio colectivo, de sus contratos de trabajo y/o de un acto unilateral de su empleador no ingresarían al ámbito de la responsabilidad solidaria y, por ende, el trabajador de la empresa tercerista, impago en sus derechos laborales derivados

(7) Vid. SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO. "La Descentralización Productiva: ¿Una estrategia para la puesta en paréntesis de los Principios Tutelares del Derecho del Trabajo? ...*Op cit.* Pág. 419.

(8) Debe precisarse que el marco normativo de la tercerización se dirige exclusivamente a regular los efectos del referido mecanismo contractual que implica el desplazamiento continuo de los trabajadores de la contratista a las instalaciones de la empresa principal de acuerdo a la precisión hecha en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1038.

(9) Artículo 3.- Responsabilidad en la tercerización de servicios: La solidaridad a que se refiere el artículo 9 de la Ley N° 29245 se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral.

de las fuentes referidas, no podría accionar contra la principal por el pago de los derechos mencionados.

La responsabilidad solidaria de la empresa principal por los derechos de los empleados de la tercerista es quizás, si no lo es, uno de los objetivos y móviles principales que propiciaron la dación de esta nueva regulación, sin embargo llama la atención que ella no se haya afianzado de manera completa. Si la finalidad de la norma era implementar un mecanismo legal, positivo y contundente que permitiera al trabajador tercerista no verse perjudicado con la ejecución de estos mecanismos contractuales ciertamente novedosos y revolucionadores, no entendemos porque la responsabilidad solidaria solo se destinó a proveerle un reducido ámbito cuando pudo haberlo hecho sin restricción alguna.

Es a partir de esta premisa que iniciaremos nuestra postura respecto de la, que estimamos, restringida solidaridad que las recientes normas de tercerización han venido a insertar en nuestro poco feliz ordenamiento jurídico.

III. LA TUITIVIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SU MANIFESTACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA SUBCONTRATACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.

La nota tuitiva o proteccionista que adopta nuestro ordenamiento jurídico se enraza en la siguiente premisa: resulta sumamente necesario procurar atemperar una relación jurídica desigual, vertical, como lo es una de carácter laboral, en la cual se evidencia una situación de subordinación jurídica del trabajador a las directivas de su empleador. En palabras del reciente desaparecido maestro uruguayo, PLÁ RODRÍGUEZ, el Principio Protector se refiere al criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo, el cual responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador: "(...) en el Derecho Laboral la preocupación central parece ser la de proteger a una de las partes-el trabajador- para lograr, mediante esta protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes"⁽¹⁰⁾

El tinte tuitivo del Derecho del Trabajo, pese a no tener una consagración expresa en nuestro texto constitucional, se colige de articulados fundamentales como el 23° que en su penúltimo párrafo precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador, así también del 26° el cual realiza un listado de principios laborales que permiten también dilucidar este carácter; enunciados constitucionales, que de acuerdo al criterio del Tribunal Constitucional, se derivan directamente de la consagración que hace, nuestra Carta Fundamental, del Estado peruano como social y democrático de derecho⁽¹¹⁾. Se entiende que es justamente el principio

(10) PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1990. Pág. 23.

(11) Vid. Fundamento jurídico 12.b) de la Sentencia de fecha 11 de julio de 2002 que resuelve el proceso de amparo interpuesto por el Sindicato único de Trabajadores y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra tal entidad (Expediente 1124-2001-AA/TC). Al respecto, NEVES MUJICA explica que tales expresiones constitucionales no hacen más que evidenciar la calidad suprema del trabajo en nuestro ordenamiento jurídico, lo que supone el punto de partida para el intérprete constitucional, cualquiera que sea este, cuando intente realizar un análisis del articulado laboral del texto constitucional, para concluir, finalmente que todas estas disposiciones tienen su generatriz en el carácter protector del Derecho Laboral a pesar que este no se encuentre expresamente consagrado en la Carta Política. Vid. NEVES MUJICA,

referido la generatriz de la solidaridad en la tercerización en tanto por medio de esta última se procura que no se soslayan los beneficios económicos de los trabajadores de la empresa tercerizadora, quienes, en virtud de la pauta referida, no pueden verse desprotegidos en caso de que ocurra el incumplimiento de sus créditos.

Recordemos que los únicos actores o protagonistas que, del entramado jurídico que supone la tercerización, prestan servicios remunerados, por cuenta ajena y bajo subordinación son los trabajadores de la empresa tercerista y es a ellos a quienes la pauta proteccionista debe dirigirse. Una forma en que se manifiesta esta tuitividad es con la adopción de la responsabilidad solidaria. Y es que en buena cuenta, como lo explican ROSENBAUM y CASTELLO, la solidaridad es una herramienta que sirve al Derecho Laboral para mejorar los niveles de tutela de los trabajadores ante procesos económicos cada vez más complejos, que los mismos no tienen forma de controlar o incidir y les provoca importantes problemas y dificultades en su empleo⁽¹²⁾.

Normalmente, escribe TOYAMA MIYAGUSUKU, la solidaridad implica la extensión de una responsabilidad de pago o cumplimiento de obligaciones por parte de una persona que en principio no tiene dicha carga. Tal prolongación usualmente se verifica en supuestos de indefensión o desprotección de personas que en situaciones de desigualdad, pueden verse afectadas por el incumplimiento de la persona inicialmente obligada⁽¹³⁾. En efecto, la responsabilidad solidaria permite que los trabajadores de la contratista (personas situadas en una posición de desigualdad) puedan accionar también contra la empresa principal (entidad que en principio no tiene responsabilidad sobre los trabajadores anotados) a la que se vieron desplazados permanentemente pese a que esta última no es su empleadora sino la entidad tercerizadora o contratista (entidad inicialmente obligada).

Ahora bien entendemos que la protección al trabajador de la empresa tercerista se ve reafirmada en tanto la labor que puedan desarrollar los trabajadores de la empresa tercerista redundará, básicamente, en un beneficio para la usuaria o principal. Así lo expresa el profesor CRUZ VILLALÓN cuando explica que si bien se pide el auxilio de una empresa contratista, que bajo sus propios medios materiales y personales cumple con el servicio encargado, se puede también razonar en el sentido de que la entidad principal o contratante obtiene un beneficio, sea directo indirecto pero utilidad al fin y al cabo, de la labor prestada por el personal de la empresa colaboradora o contratista⁽¹⁴⁾ (15).

Por otra parte estimamos que aunado a este beneficio de la empresa principal se verifica también una situación particular en el proceso de la tercerización laboral la cual implica la presencia de distintas empresas de distinto poder económico: una entidad principal a cuyo alrededor actúan una serie de empresas auxiliares cuyo soporte patrimonial en la mayor parte

JAVIER. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Tercera edición. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2004. Pág. 51

- (12) ROSENBAUM, JORGE Y CASTELLO, ALEJANDRO. *Régimen jurídico de la subcontratación e intermediación laboral*. Primera edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2007. Pág. 43
- (13) Vid. TOYAMA MIYAGUSUKU, JORGE. "La nueva regulación de la Tercerización". En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica. Lima. Julio 2008. Pág. 11
- (14) Vid. CRUZ VILLALÓN, JESÚS. "Descentralización productiva y responsabilidad por contratos y subcontratas". En: *Relaciones Laborales*. Tomo I. La Ley-Actualidad. Madrid 1992. Pág. 118.
- (15) Algunos ejemplos al respecto pueden verse en Vid. ARCE ORTIZ, ELMER. *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra Editores. Lima. 2006. Pág. 18 y 19.

de las ocasiones resulta endeble⁽¹⁶⁾, ergo, cortos para saldar las acreencias de sus empleados. Entonces, conjugados tales argumentos, la tuitividad del Derecho Laboral habilita al sistema jurídico a perfilar las medidas pertinentes en pro de que los derechos de los trabajadores no queden desamparados ante la arremetida vertiginosa de la organización empresarial⁽¹⁷⁾.

El nuevo marco legislativo de la tercerización en nuestro país, como ya se anotaba, preceptúa la responsabilidad solidaria lo cual resultaba ciertamente necesario en virtud del mandato del artículo 1183° del Código Civil, mas podría plantearse la inquietud de si tal previsión resulta suficientemente protectora o no en tanto las novísimas normas de la tercerización establecen que la responsabilidad de la principal solo se extenderá a saldar las obligaciones laborales y de seguridad de la contratista cuya fuente sea la heterónoma, es decir la legal. Con este desarrollo legislativo las cargas referidas de la colaboradora provenientes de un convenio colectivo, contrato de trabajo, o de alguna política unilateral de la contratista estarían desafectos de tal responsabilidad.

Esta previsión, en nuestra opinión, resulta incompleta en tanto entendemos que no solo la fuente heterónoma, léase ley, otorga derechos a los trabajadores, es decir, el empleado de la contratista puede tener derechos derivados de un convenio colectivo, de su contrato de trabajo o de alguna liberalidad proporcionada por su empleador, los cuales, según esta nueva disposición normativa, quedarían fuera del ámbito de la responsabilidad solidaria de la principal. Las reseñadas fuentes excluidas del ámbito de aplicación de este novedoso marco normativo proveen al trabajador de la contratista de ciertas expectativas legítimas que, estimamos, no pueden ser soslayadas groseramente por el legislador. Derechos que si bien es cierto no tienen un origen heterónimo manan de fuentes genuinas y propias del Derecho del Trabajo, las cuales, pese a tener una entidad inferior al legal, no pierden la facultad de proveer legítimamente de derechos a los trabajadores, inclusive mejorando los mínimos preceptuados en las normas.

Se le acusa a la previsión que regula la solidaridad de la empresa principal de no respetar la calidad de empleadores autónomos de las entidades intervinientes en este entramado jurídico, pero no se cae en cuenta que este fenómeno no solo tiene incidencias de corte económico sino también repercusiones sociales que no pueden ser esquivadas⁽¹⁸⁾. Preocupación que se agudiza si se disminuyen los intereses legítimos que el trabajador de la contratista pueda haber alcanzado, por ejemplo, a través de una pacción colectiva o individual, fuentes tan legítimas, como la heterónoma e inclusive más genuinas y propiamente laborales que la misma ley. Recordemos que hemos dilucidado que la razón de ser de la solidaridad en la tercerización laboral encuentra uno de sus fundamentos en la incidencia directa que tiene la labor prestada por los trabajadores de la tercerista sobre el beneficio patrimonial de la principal. En este orden de ideas puede entenderse que no solo los conceptos entregados

(16) Vid. ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre...* Op cit. Pág. 20

(17) Reconocer constitucionalmente la libertad de empresa significa atender a un acentuado tinte social por la misma connotación que peculiariza el modelo económico adoptado por nuestra Constitución; bajo estas directrices, expone MARTÍNEZ VAL, "(...) parece innegable que en el fondo estructural y económico de la empresa se introducen, por vía jurídica del más alto rango, unos elementos morales, de orientación hacia la justicia social; erradicando un posible concepto solo o principalmente liberal o privatista". MARTÍNEZ VAL, JOSEMARÍA. "El contenido esencial de la libertad de empresa". En: *Revista Jurídica de Cataluña*. Número 3. Barcelona. Julio-Septiembre 1982. Pág. 247

(18) *Ibidem*.

por el empleador a sus trabajadores en virtud de un mandato legal retribuyen e incentivan los servicios brindados por estos, es decir, también los beneficios y remuneraciones nacidos de fuentes puramente autónomas remuneran y contribuyen a mejorar el ánimo laboral de los trabajadores de la tercerizadora, el cual, finalmente desembocará en un beneficio de la empresa principal.

Resultaría entendible que el legislador acorte la solidaridad de la empresa principal para supuestos como aquellos en los que las obligaciones laborales tengan su origen en actos u omisiones ilícitas e imputables únicamente a la empresa tercerista y que nada tienen que ver con la ventaja patrimonial que pueda conseguir la entidad principal o cuando existan negociaciones dadas entre las partes que tengan una marcada intención fraudulenta⁽¹⁹⁾. Pero prever que todos los, inclusive, legítimos intereses de los trabajadores de la tercerizadora que no tienen un origen legal quedan fuera del ámbito de la solidaridad resulta, en nuestra opinión, injusto. Preceptos normativos como el que es objeto de comentario en este trabajo causan cierta preocupación cuando tenemos, por ejemplo, que un trabajador de la tercerista, cuyo despido arbitrario tiene que ser indemnizado única y exclusivamente por su empleador, puede ser también reparado por la empresa principal en tanto esta es una obligación laboral prevista legalmente. Causa el mismo desconcierto cuando, por iniciativa propia de la misma empresa principal, derechos nacidos de un pacto entre la tercerista y el sindicato de sus trabajadores (ciertos bonos de productividad por poner un caso) para ser entregados mientras dure el desplazamiento con el objeto de recompensar la eficiencia de los empleados que confluirá, finalmente, en beneficio de la empresa principal y que ella misma reconoce, no pueden ser requeridos a esta última porque tuvieron su origen en una negociación colectiva. Así de sarcástico puede llegar a ser nuestro ordenamiento jurídico.

No queremos dejar de anotar tampoco que no entendemos porque no se ha incluido dentro de los conceptos posibles de requerimiento a la empresa principal los aportes brindados a los sistemas previsionales. He aquí otra manifestación de la que hemos denominado miope previsión de la responsabilidad solidaria de la mencionada entidad. Resta decir al respecto que somos de la opinión que aquella argumentación relativa a que la empresa principal no tiene cómo saber cuales son las obligaciones laborales de la tercerista provenientes de otras fuentes distintas a la legal resulta poco convincente. El porque de nuestra consideración en las siguientes líneas.

IV. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LOS PROCESOS DE SUBCONTRATACIÓN

Las recientes normas que regulan la tercerización poco o nada establecen sobre el intercambio de información y relaciones de coordinación entre las entidades que forman

(19) Circunstancias en las que se pueden verificar lo descrito se dan por ejemplo cuando la contratista despide arbitrariamente a uno de sus trabajadores el cual podría accionar contra la empresa principal con el fin de que esta le abone la indemnización correspondiente cuando tal acto *per se* ilícito resulta claramente imputable única y exclusivamente a su empleador, la empresa tercerizadora. Por otra parte tenemos que tampoco resultaría lógico exigir a la empresa principal cancele beneficios económicos exorbitantes pactados entre la tercerista y sus empleados cuando resulta claro que estas cantidades han sido pactadas fraudulentamente y con la eventual intención de la contratista de eludir su pago. Así lo expresa ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre...* Op cit. Pág. 73 y 74.

parte de la tercerización y mas bien se dedican exclusivamente a determinar el derecho a la información de los trabajadores de la tercerista y de los empleados de la principal. Ante tal situación creemos que hubiera sido pertinente también desarrollar cierto desarrollo sobre las relaciones de intercambio y facilitación de información entre las empresas clientes y las tercerizadoras y con mayor razón aún si se está preceptuando la responsabilidad solidaria de la empresa principal.

Los derechos de información tienen tal importancia en las relaciones jurídicas de la subcontratación laboral que su consideración otorga transparencia a las relaciones laborales evitándose de esta forma los usos fraudulentos de esta figura jurídica y consecuentes riesgos y perjuicios para los trabajadores⁽²⁰⁾. En este orden de ideas se puede precisar que adoptada normativamente la responsabilidad solidaria de las empresas principales por las obligaciones laborales impagas de la tercerista, el derecho de información resulta sumamente importante e imperativo pues forma parte de tal responsabilidad que las empresas principales estén atentas y alertas respecto al cumplimiento de las cargas laborales y de seguridad social de sus contratistas⁽²¹⁾ en tanto su inobservancia resultaría eventualmente perjudicial para aquellas.

Y es que resulta lógico y justo que la empresa principal tenga la facilidad y la oportunidad de informarse si las obligaciones laborales y de seguridad social de sus colaboradoras están siendo saldadas. Ello coadyuvaría a que el funcionamiento de todo este circuito jurídico sea, no solo lícito, sino también lo suficientemente serio. De esta manera también se podría conocer que no solo los créditos laborales de corte heterónimo han sido saldados sino también la existencia de derechos laborales nacidos de las negociaciones individuales o colectivas o dispuestas por la misma contratista y si ellos han sido oportunamente cancelados. Y es que, entendemos, el derecho a la información permitiría perfectamente a la empresa principal saber sobre que intereses legítimos, de fuente distinta a la heterónoma, los empleados de la contratista tienen basadas otras, igualmente, legítimas expectativas.

De acuerdo a lo expuesto tenemos que el derecho a la información no solo podría dirigirse a proveer a la entidad principal del oportuno conocimiento de la cancelación de los débitos laborales y de seguridad social de carácter legal de su contratista en tanto la suma utilidad y las facilidades que otorga podrían también ayudar a que la entidad principal conozca de las obligaciones derivadas de fuentes autónomas a las que sus contratistas se encuentran vinculadas. Desarrollada esta lógica consideramos que no cabría mayor excusa para que la empresa principal desconozca de las cargas laborales tanto heterónomas como autónomas, de sus empresas colaboradoras, así como de la satisfacción de su pago. En este sentido, la responsabilidad solidaria de la principal no tendría porque verse reducida solo a los adeudados laborales heterónomos de las terceristas si cabe la posibilidad de que aquella conozca de los montos que deben estas a partir de fuentes autónomas.

Para terminar con este tema, queremos precisar que, en nuestra consideración, el derecho a la información "va de la mano" con la premisa de la responsabilidad solidaria en las figuras jurídicas que implican una subcontratación laboral y por tanto su adecuada comprensión, a la que procuramos acercarnos con estas líneas, resultaría sumamente importante

(20) Vid. MONTTOYA MENA, DAVID. *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. Pág. 447

(21) Una opinión similar en: PUNTRIANO ROSAS, CÉSAR. "Tercerización de servicios. Análisis de la anterior y actual legislación". En: *Actualidad Jurídica*. N° 175. Gaceta Jurídica. Lima. Junio 2008. Pág. 27

para lograr, o al menos estar en camino de ello, no solo una correcta regulación sobre este tópico tan complejo sino también la consecución de mecanismos de tercerización laboral lo suficientemente serios y comprometidos con la parte jurídica que, usualmente resulta más perjudicada con tales prácticas: los trabajadores de la tercerizadora.

V. PALABRAS FINALES

Queremos finiquitar estas líneas reafirmando dos ideas en particular. La primera de ellas se refiere a dejar advertido que la nueva regulación normativa que trata el tema de la tercerización, como sucede en muchos casos, no parece resultar muy feliz; entre las causas de ello, los preceptos concernientes a la miope responsabilidad solidaria de la empresa principal y la escasa mención al derecho a la información entre las entidades intervinientes en la tercerización laboral.

La segunda se concentra en perfilar una posición que permita una reflexión sobre la regulación de este mecanismo contractual de gran trascendencia y actualidad y que eventualmente puede poner en riesgo la integridad de algunos intereses legítimos de los protagonistas que representan la parte subordinada en este entramado jurídico: los trabajadores de las empresas tercerizadoras.

LA TERCERIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS

FRANK ESPINOZA LAUREANO⁽¹⁾

Con la expedición de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, del Decreto Legislativo N° 1038 y del Reglamento de ambas normas (aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR), ha surgido la duda de cuál es la regulación que les resulta aplicable a los supuestos de tercerización de las actividades complementarias.

Siguiendo una interpretación literal de las normas en mención (sobretudo de las definiciones que se incluyen en las mismas⁽²⁾), así como de la Ley de Intermediación

(1) Abogado por la PUCP

(2) Artículo 2° de la Ley N° 29245:

“Artículo 2.- Definición

Se entiende por tercerización 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.

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. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.

La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.”

Artículo 1° del Reglamento de la Ley N° 29245, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR:

“Artículo 1°.- Definiciones

Para los efectos de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

[...]

Tercerización.- Es 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.”