

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<sup>(1)</sup>

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<sup>(2)</sup>), 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.”

Laboral (Ley N° 27626) y de su Reglamento, la respuesta parecería ser que no existe dicha regulación. Sin embargo, un análisis de *ratio legis* y sistemático de la normatividad laboral nos lleva a una conclusión distinta.

En la presente ponencia, expondremos cuáles son las razones que nos hacen optar por esta segunda línea interpretativa. Para ello, hemos considerado pertinente revisar los alcances tanto doctrinarios como legislativos de las distintas modalidades de prestaciones de servicios a través de terceros que se encuentran previstas en la normatividad peruana (esto es, la provisión de trabajadores, la tercerización y la intermediación laboral).

## I. PROVISIÓN DE TRABAJADORES

Se produce una provisión o cesión de trabajadores, cuando un sujeto (denominado cedente) transfiere trabajadores subordinados a otro (denominado cesionario), con la única finalidad de cubrir puestos de trabajo que se encuentran dentro del ámbito organizativo de este último. Por considerar que necesariamente debe existir una correspondencia entre el sujeto que contrata en calidad de empleador y el titular de los poderes que emanan de dicho título, diversas legislaciones extranjeras han establecido la prohibición de la cesión de trabajadores. Como señala Valdés Dal-Ré, “la ruptura de esta regla o, lo que es igual, el desplazamiento o transferencia a sujeto distinto de quien concierne la relación laboral de las posiciones jurídicas de empresario ha quedado fuera del tráfico jurídico; hace ya tiempo que fue calificada como conjunto de maquinaciones o engaños jurídicos enderezados a defraudar los derechos de los trabajadores frente al que las legislaciones eurocontinentales supieron reaccionar de forma contundente: deshaciendo el mecanismo interpositorio y restaurando el efecto jurídico derivado de la bilateralidad del vínculo contractual”<sup>(3)</sup>.

Las restricciones que se imponen a las provisiones de personal se deben a que estas prácticas favorecen únicamente a los empresarios intervinientes, pero no a los trabajadores. El cesionario obtiene un doble beneficio, ya que deja de ser considerado como el empleador formal de los trabajadores (lo cual le significa una reducción en sus costos laborales), mientras que en la práctica sigue actuando como el empleador real de los mismos (lo cual le permite mantenerlos bajo su subordinación real). Por su parte, el cedente obtiene sus ganancias de la diferencia entre lo que le paga a los trabajadores y lo que percibe del cesionario, limitándose a actuar como un simple testaferro de este.

Incluso, se puede presentar el caso en el que el cedente ni siquiera tenga una existencia real, tratándose tan solo de una persona jurídica ficticia. Estos “contratistas fantasmas” se limitan a operar a la luz durante un tiempo para luego desaparecer, dejando en la más completa desprotección a los trabajadores (quienes tampoco pueden exigir el pago de sus créditos laborales a los empresarios clientes, ya que nunca llegaron a formar parte de sus planillas).

Con la finalidad de evitar este tipo de situaciones, el Derecho del Trabajo considera como inválidos los mecanismos interpositorios y dispone que los trabajadores cedidos sean incorporados dentro de la planilla del cesionario. No obstante, un importante número de

(3) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo”. p. 23 - 45. En: AA.VV. La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar. Director: Abdón Pedrajas Moreno. Valladolid: Lex Nova, 2002. p. 35 - 36.

países reconoce a la actividad económica que desarrollan las Empresas de Servicios Temporales (EST) como un supuesto lícito de provisión de trabajadores. La razón de ello, se debe probablemente a la implementación de políticas de empleo o a la proliferación de las EST en la realidad, lo cual hizo inevitable su regulación.

Una característica importante de la provisión lícita de personal, es que durante el destaque de los trabajadores se produce el reparto de los poderes del empleador entre el empresario usuario (quien ejerce los poderes de dirección y control) y el empresario de servicios temporales (quien mantiene el poder de sanción).

En este punto, podemos mencionar que el Derecho Comparado contempla únicamente dos tipos lícitos de prestaciones de servicios con la intervención de terceros: la tercerización y la provisión lícita de trabajadores a través de EST. De ellas, la tercerización presenta un ámbito mayor, no solo porque encuentra su fundamento en la libertad de empresa, sino porque no le resultan aplicables las restricciones que sí operan en el caso de la segunda (en términos de porcentajes máximos y de vinculación a supuestos específicos de temporalidad<sup>(4)</sup>).

## II. TERCERIZACIÓN

La tercerización tiene lugar, cuando un sujeto (empresario principal) encarga el desarrollo de alguna de sus actividades empresariales a un agente que es externo a su organización (contratista). Las siguientes precisiones doctrinarias pueden ser tenidas en cuenta como elementos complementarios de esta definición<sup>(5)</sup>:

### 1. Posiciones del empresario principal y del contratista

La posición del empresario principal no resulta exclusiva de las organizaciones privadas lucrativas (empresas), sino que también puede ser ocupada por otro tipo de organizaciones como las instituciones no lucrativas (asociaciones, fundaciones, etc.), las entidades públicas, o, incluso, por entes sin personalidad jurídica (como los grupos de empresa, por ejemplo). Algo similar se puede decir respecto del otro extremo de la relación. En ese sentido, Ramírez Martínez y Sala Franco<sup>(6)</sup> sostienen que “resulta irrelevante la naturaleza jurídica del empresario contratista, pudiendo ser este una persona física, una sociedad de capital, una sociedad cooperativa, una sociedad anónima laboral, una unión temporal de empresas, una agrupación de empresas de interés económico o una fundación”.

(4) En estos aspectos, nuestra legislación sigue la tendencia general, puesto que la intermediación laboral de servicios temporales solo puede abarcar hasta el 20% del total de los puestos de trabajo de la empresa usuaria, estando su ámbito limitado, además, a los supuestos de ocasionalidad y suplencia.

(5) A nuestro modo de ver, estos serían los verdaderos elementos característicos de la definición de tercerización y no los que se mencionan en el segundo párrafo del artículo 2° de la Ley N° 29245, los cuales han sido reconducidos acertadamente a la calidad de simples indicios de la licitud de la externalización por parte del Decreto Supremo N° 006-2008-TR (debiendo ser evaluadas sus características en cada caso concreto). Es que cuando un empresario principal procede a tercerizar una de sus actividades empresariales no lo hace porque encuentre un contratista que presente una pluralidad de clientes, sino más bien porque dicho empresario le brinda un valor agregado a su organización.

(6) RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M. y Tomás SALA FRANCO. “Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores”. p. 110 - 131. En: AA.VV. Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 117 - 118.

## 2. Trabajo subordinado o trabajo autónomo

La posición del contratista puede recaer en un sujeto que cuente con trabajadores subordinados (en calidad de empleador), o en uno que realice por sí mismo las labores encomendadas (en calidad de trabajador autónomo). Dicho en otras palabras, la tercerización puede ser llevada a cabo, en última instancia, a través de trabajo subordinado o de trabajo autónomo.

## 3. Contratos de prestación de servicios

La tercerización puede ser implementada a través de una amplia gama de contratos de prestación de servicios de tipo civil (obra, locación de servicios, etc.), mercantil (engineering, marketing, etc.) o administrativo (obra pública, concesión de servicio público, etc.). Estos contratos se caracterizan porque tienen por objeto una obligación de hacer (sea esta de actividad o de resultado). Así, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la tercerización, los contratos que tienen un objeto distinto al de las prestaciones de hacer (como las prestaciones de dar, que se presentan en los contratos de compra-venta o suministro).

## 4. Valor agregado

En el caso de la tercerización que recurre al trabajo subordinado, es necesario que el contratista aporte algún tipo de valor agregado que sirva para diferenciar la operación de una simple provisión de trabajadores. Al respecto, Pedrajas Moreno<sup>(7)</sup> recomienda que se pregunte "qué es lo que, en realidad, aporta la empresa contratista a la empresa principal a través de la contrata. Si la respuesta es que, además de trabajadores aporta algo más, como pueden ser medios materiales, organización, etcétera, la existencia de una contrata real (al margen de posibles desviaciones) prevalecerá; pero si la respuesta es que la contratista no aporta nada más que trabajadores, estaremos ante un supuesto que, en general, será calificable como cesión ilegal".

Como ya hemos dicho, el Derecho Comparado contempla únicamente dos tipos lícitos de prestaciones de servicios con la intervención de terceros (en las que interviene el trabajo subordinado): tercerización (cuando existe aporte de valor agregado) y provisión lícita de trabajadores —a través de EST— (cuando no existe aporte de valor agregado). No se ha considerado la existencia de una figura intermedia entre ambas, dado que, o se aporta o no se aporta valor agregado.

## 5. Actividades empresariales

Una actividad empresarial viene a ser cualquier labor o tarea que resulta necesaria para alcanzar el objeto de una organización (empresa), la cual se encontraría a cargo del personal de la misma, en caso que no fuera tercerizada. En el Derecho Comparado, se reconoce la existencia de solo dos tipos de actividades empresariales: las actividades principales y las actividades complementarias (las actividades de alta especialización constituyen otra de las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico<sup>(8)</sup>).

(7) PEDRAJAS MORENO, Abdón. "La cesión ilegal de trabajadores" p. 219 - 241. En: AA.VV. La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinaria. Op. cit. p. 231 - 232.

(8) Si bien el legislador nacional las ha considerado como una categoría diferenciada, nos inclinamos a pensar que las actividades de alta especialización constituyen en realidad un supuesto específico de actividades complementarias. De modo que entre aquellas y estas existiría una relación de especie a género. Estimamos

## 6. Actividades principales

Son las actividades empresariales cuya tercerización implica el aporte de un valor agregado de notoria entidad, por parte del contratista. A su vez, las actividades principales pueden ser de dos tipos: actividades productivas y actividades extraproductivas.

### 6.1. Actividades productivas.

También conocidas como actividades del ciclo productivo, son las que se encuentran directamente vinculadas con el objeto de la organización. Por ejemplo, en una fábrica textil, el corte de la tela vendría a ser una actividad productiva.

### 6.2. Actividades extraproductivas.

Son las actividades cuya relación con el objeto de la organización es más bien indirecta, pero que se encuentran dentro de un nivel jerárquico superior al de las actividades complementarias. En el ejemplo de la fábrica textil, el área de contabilidad constituiría una actividad extraproductiva. Cabe anotar, que con la modificación del artículo 1° del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral (por parte del Decreto Supremo N° 008-2007-TR<sup>(9)</sup>), ha quedado claramente establecido que las actividades de organización (como la contabilidad, por ejemplo), administración y comercialización, forman parte de la actividad principal de la empresa usuaria.

### 6.3. Actividades complementarias

Vienen a ser las actividades empresariales en las que el aporte del valor agregado resulta mínimo. Tradicionalmente, se ha considerado como ejemplos de actividades complementarias a las labores de vigilancia y limpieza. En el Derecho Comparado, se acepta mayoritariamente que el encargo de actividades complementarias constituye un supuesto de tercerización. En ese sentido, la legislación nacional puede ser considerada como un caso *sui generis*, dado que establece una regulación especial para ese supuesto específico de tercerización, denominándolo "intermediación de servicios complementarios".

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la tercerización de servicios complementarios constituye un supuesto próximo a la provisión de trabajadores, ya que descansa casi

que el carácter auxiliar a la actividad principal que caracteriza a las actividades de alta especialización, denota su vocación de complementariedad. Asimismo, consideramos que los ejemplos que se indican en el Reglamento de la Ley N° 27626 (mantenimiento y saneamiento especializados) corresponderían a actividades complementarias, si es que no se hubiese agregado la referencia a la "especialización". También resulta relevante el hecho de que la regulación anterior a la Ley N° 27626 (artículo 104° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR), calificaba expresamente a las actividades de carácter especializado como un tipo de actividades complementarias.

(9) Artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Reglamento de la Ley N° 27626, de acuerdo a la modificación introducida por el Decreto Supremo N° 008-2007-TR:

#### "Artículo 1°.- De las definiciones

**Actividad principal:** 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."

exclusivamente en el aporte de mano de obra. La escasez del valor agregado se refleja en el hecho de que los contratistas de servicios complementarios no necesitan de inmuebles de importancia para poder operar (puesto que la mayoría de sus trabajadores son destacados a los centros de trabajo de los clientes), no llegando a aportar tampoco a sus trabajadores herramientas de verdadera entidad económica (prácticamente lo único que les proporcionan son uniformes e implementos de limpieza)<sup>(10)</sup>. Por ello, Valdés Dal-Ré<sup>(11)</sup> y Cruz Villalón<sup>(12)</sup> señalan que las actividades complementarias muchas veces terminan siendo encomendadas a empresas que se encuentran descapitalizadas. De modo que los trabajadores de estos contratistas se vuelven especialmente vulnerables ante los eventuales incumplimientos de sus empleadores. Esta podría ser la razón por la que el legislador nacional decidió regular dicho supuesto de tercerización en primer lugar.

## 7. Libertad de empresa

Para un amplio sector de la doctrina laboralista, el fundamento de la tercerización se encuentra en la libertad de empresa (específicamente, la vertiente de este derecho que comprende la libertad para establecer la organización de la actividad productiva)<sup>(13)</sup>. En virtud de esta libertad, indica Martín Valverde<sup>(14)</sup>, el empresario tiene “la posibilidad de elegir entre la realización directa con trabajadores en régimen laboral de una concreta actividad empresarial o bien preferir un sistema de contratación civil o mercantil con terceros [para] la realización de parcelas de dicha actividad”.

Cabe anotar, que el derecho a la libertad de empresa se encuentra consagrado en el artículo 59° de la Constitución Política del Perú. Con respecto a la posible confusión que pudiese surgir entre la actividad que realizan las EST y la que corresponde a las empresas contratistas, Racciatti<sup>(15)</sup> señala que si bien “el trabajador temporal es formalmente exterior a la empresa, no cumple una actividad externalizada; la actividad es propia de la empresa usuaria (aunque sea excepcional, o responda a necesidades extraordinarias, o sea una “actividad-medio”), y permanece en la órbita de la empresa. La ETT [Empresa de Trabajo Temporal] no desarrolla dicha actividad; solo pone a disposición de la empresa usuaria los

- (10) **CRUZ VILLALÓN, Jesús**. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. p. 7 - 32. En: Revista de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. N° 13 (ene. - mar. 1994). p. 27.
- (11) **VALDÉS DAL-RÉ, Fernando**. “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo”. p. 23 - 45. En: AA.VV. La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinaria. Op. cit. p. 37.
- (12) **CRUZ VILLALÓN, Jesús**. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. Op. cit. Loc. cit.
- (13) **MARTÍN VALVERDE, Antonio y otros**. Derecho del Trabajo. 5ta. ed. Madrid: Tecnos, 1996. p. 239; **RIVERO LAMAS, Juan**. “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo”. Ponencia General del X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. Sociedad Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ejemplar policopiado). p. 6; y **LÓRIGA**. La disciplina jurídica del lavoro in appalto. Milán, 1965. p. 151, citado por: **RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel**. “La regulación protectora del trabajo en contratas”. p. 5 - 66. En: Revista de Política Social. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. N° 93 (ene. - mar. 1972). p. 37.
- (14) **MARTÍN VALVERDE, Antonio**. “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, citado por: **CRUZ VILLALÓN, Jesús**. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. Op. cit. p. 23.
- (15) **RACCIATTI, Octavio Carlos**. ““Tercerización”: exteriorización del empleo y descentralización productiva”. p. 135 - 204. En: Derecho Laboral. Montevideo. T. XL. N° 185 (ene. - mar. 1997). p. 176.

trabajadores temporales que esta le requiere, respondiendo a necesidades de especialización, inmediatez y exigencias de coyuntura”.

En la misma línea, Del Rey Guanter y Gala Durán opinan que el recurso a las EST “no constituye un fenómeno de descentralización productiva, por cuanto la decisión empresarial en este ámbito no consiste en externalizar, temporal o permanentemente, una determinada parte de su actividad productiva, sino, simplemente, en recurrir a una determinada forma de gestionar el personal a su servicio, optando por una gestión indirecta, prevista y regulada por la Ley”<sup>(16)</sup>.

Concordamos con estos autores, en que la tercerización y la provisión lícita de trabajadores constituyen dos figuras distintas, ya que el empresario de servicios temporales no se compromete a realizar una actividad empresarial por encargo del empresario usuario, sino que únicamente se limita a cubrir puestos de trabajo correspondientes a la organización de este, a través de la transferencia de sus propios trabajadores. Precisamente por este motivo, es que tampoco se puede afirmar que el empresario de servicios temporales llegue a aportar algún tipo de valor agregado a la organización del empresario usuario.

## III. INTERMEDIACIÓN LABORAL

No hemos encontrado en el Derecho Comparado una definición unívoca de lo que se debe entender por intermediación laboral<sup>(17)</sup>. Algunas veces, la doctrina extranjera considera a la intermediación como un sinónimo de colocación laboral (agencias de empleo)<sup>(18)</sup>. En otros casos, en cambio, a expresión “intermediación laboral” es utilizada como una denominación genérica que comprende tanto a la colocación laboral como a la provisión lícita de trabajadores (EST)<sup>(19)</sup>. El legislador nacional ha optado por designar como “intermediación laboral” a la actividad que es llevada a cabo por parte de las empresas y entidades que se

- (16) **DEL REY GUANTER, Salvador y Carolina GALA DURÁN**. “Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia”. p. 445 - 518. En: Relaciones Laborales. Madrid. La Ley - Actualidad. 2000. T. I. p. 516. Para Serrano Argüello, la cesión de trabajadores puede ser apreciada como una exteriorización de los vínculos contractuales de la relación laboral, “pero sigue siendo en el interior de la citada empresa -EU- [Empresa Usuaria] donde se va a realizar la prestación de trabajo y en su seno es ejercido el poder de dirección (aunque no se ubique el sancionador)”. **SERRANO ARGÜELLO, Noemí**. “Límites a la gestión externa de mano de obra y medidas de protección al empleo”. p. 570 - 592. En: Relaciones Laborales. Madrid. La Ley - Actualidad. 1999. T. II. p. 573 - 574.
- (17) El número de legislaciones nacionales en las que se incluyen menciones a la intermediación laboral, es bastante reducido. El caso más emblemático, aparte de la normatividad peruana, es el del reciente Decreto Ejecutivo N° 2166 del Ecuador, en el que se utiliza la expresión “intermediación laboral” como sinónimo de tercerización. También se pueden encontrar alusiones a los “intermediarios” en la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela (artículos 54° y 55°), y en la Ley Federal de Trabajo de México (artículo 12° y ss.).
- (18) **VALDÉS DAL-RÉ, Fernando**. “Intermediación laboral: apuntes críticos de una reforma socialmente invisible y normativamente provisional”. p. 57 - 69. En: Relaciones Laborales. Madrid. La Ley - Actualidad. 2006. T. II; **DEL REY GUANTER, Salvador y José Luis LÁZARO SÁNCHEZ**. “La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 O.I.T.: Iniciativa privada y nuevas tecnologías”. p. 695 - 725. En: Relaciones Laborales. Madrid. La Ley - Actualidad. 2000. T. I. p. 710 - 711.
- (19) **BRONSTEIN, Arturo S.** “La intermediación laboral en las normas de la O.I.T.”. p. 11 - 26. En: Revista de Trabajo. Lima. Ministerio de Trabajo y Promoción Social. Año II. N° 6 (feb. 1998). p. 13 - 14; **NEVES MUJICA, Javier**. “Intermediación laboral: agencias de colocación y empresas de servicios”. p. 153 - 157. En: Derecho & Sociedad. Lima. Año VII. N° 11 (ene. - jun. 1996). p. 153.

encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley N° 27626 (Ley de Intermediación Laboral) y de su Reglamento (el Decreto Supremo N° 003-2002-TR).

Considerando los alcances de estas normas, opinamos que la intermediación laboral, más que una única modalidad de prestación de servicios a través de terceros, constituye un conjunto de las siguientes figuras:

1. Tercerización mediante trabajo subordinado (cuando se lleva a cabo a través de las Empresas de Servicios Complementarios y de las Empresas de Servicios Especializados).
2. Tercerización mediante trabajo autónomo (cuando la posición del contratista es ocupada por una Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo<sup>(20)</sup>).
3. Provisión lícita de trabajadores (Empresas de Servicios Temporales).
4. Prestaciones de servicios que no califican como provisión<sup>(21)</sup> ni como tercerización (Cooperativas de Trabajo Temporal).

No obstante, el panorama se complica aún más, si se tiene en cuenta que el artículo 2° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Reglamento de la Ley N° 27626 (modificado por el Decreto Supremo N° 006-2003-TR) establece lo siguiente:

**“Artículo 2°.- Objeto social de las entidades de intermediación.**

*Las entidades tienen como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral.*

*Las empresas de servicios temporales, complementarios y especializados pueden desarrollar simultáneamente las actividades de intermediación previstas en la Ley, siempre que ello conste así en su Estatuto y Registro.*

*Las cooperativas de trabajo temporal solo pueden intermediar para supuestos de temporalidad y las cooperativas de trabajo y fomento del empleo, para actividades complementarias y de alta especialización. [...]*

(20) Recuérdese que los socios trabajadores son una categoría de trabajadores autónomos, a quienes se les extiende el acceso a los derechos del régimen laboral de la actividad privada, por expreso mandato de la ley. Como señala Monereo Pérez, en las cooperativas de trabajadores, son los propios socios trabajadores quienes constituyen y gestionan el capital, impidiendo la apropiación por un tercero de los resultados de su trabajo en cooperación. **MONEREO PÉREZ, José Luis.** Definición de cooperativa. p. 172 - 173. En: **AA.VV.** Diccionario jurídico laboral. Coordinadores: Antonio Ojeda Avilés y Juan Gorelli Hernández. Granada: Comares, 1999. p. 172. En consecuencia, se puede concordar con Daly Guevara, cuando sostiene que “la Cooperativa es una ficción jurídica, pero que en sustancia, son los mismos trabajadores. Luego aquí no se encuentra una tercera persona que [...] se aprovecha del trabajo ajeno. No hay patrono”. **DALY GUEVARA, Jaime.** Derecho Cooperativo. Caracas: Ediciones Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1967. p. 65 citado por: **MORALES ACOSTA, Alonso.** “Las cooperativas de servicios: trabajo colectivo sin intermediación laboral”. p. 15 - 18. En: Asesoría Laboral. Lima. Año II. N° 22 (nov. 1992). p. 15.

(21) Martínez Garrido hace mención al principio de que “nadie se cede a sí mismo”. **MARTÍNEZ GARRIDO, Luis Ramón.** “Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado”. p. 229 - 239. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N° 38 (2002). p. 238.

Así, por ejemplo, una EST podría llevar a cabo la intermediación de servicios complementarios o altamente especializados, con solo dejar constancia de ello en su Estatuto y en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que Realizan Actividades de Intermediación Laboral (RENEEIL).

#### IV. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN LABORAL

Como dijimos en la parte introductoria de la presente ponencia, un análisis literal de la Ley N° 29245, del Decreto Legislativo N° 1038 y del Decreto Supremo N° 006-2008-TR nos lleva a suponer que en la actualidad no existiría una regulación laboral aplicable a la tercerización de las actividades complementarias.

Sin embargo, la forma en la que se encuentra positivizada la intermediación de servicios complementarios, nos da sustento para reforzar la teoría que ya habíamos deslizado con anterioridad, según la cual esta figura constituiría realmente un supuesto de tercerización<sup>(22)</sup>. En efecto, el artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Reglamento de la Ley N° 27626, establece lo siguiente:

**“Artículo 1.- De las definiciones**

[...]

*Intermediación de servicios complementarios o altamente especializados.- Consiste en prestar servicios complementarios o especializados por una persona jurídica, que destaca a su personal a una empresa usuaria, para desarrollar labores complementarias o altamente especializadas, en las que esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado.”*

De modo que las empresas usuarias no podrán ejercer los poderes del empleador sobre los trabajadores que les sean destacados en el marco de una intermediación de servicios complementarios. El literal b) del numeral 5.3 de la Directiva Nacional N° 004-2007-MTPE/3/11.2 que regula el “Procedimiento para la inscripción en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de Intermediación Laboral - RENEIIL” (aprobada por la Resolución Ministerial N° 206-2007-TR), es más claro al respecto:

**“5.3 Parámetros que deben tenerse en cuenta, a fin de calificar adecuadamente las actividades que pueden ser objeto de intermediación laboral. [...]**

**b) Intermediación de servicios complementarios:**

[...]

Las actividades complementarias son realizadas bajo la subordinación de la empresa o entidad de intermediación laboral.”

(22) Concordamos en este aspecto con: **VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo.** “La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico”. p. 143 - 156. En: Ius et veritas. Lima. Año XIV. N° 29 (2004). p. 149 - 150; **TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.** “La descentralización de servicios laborales: entre la detración de la intermediación y la expansión del outsourcing”. p. 148 - 165. En: Ius et veritas. Lima. Año XIV. N° 28 (2004). p. 153 - 154; **ARCE ORTÍZ, Elmer.** Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú. Lima: Palestra, 2006. p. 31 y ss.

De este modo, incluso si nos situamos en un plano gramatical, estimamos que la ley admite dos interpretaciones posibles:

1. Una primera interpretación, que sostiene que la tercerización de actividades complementarias es distinta a la intermediación de servicios complementarios, y que, por lo tanto, la primera de dichas figuras no se encuentra regulada en la normatividad nacional. Esta teoría, en el fondo, encierra alguna de las siguientes concepciones:
  - i. La provisión permanente de trabajadores se encuentra permitida para cubrir puestos de trabajo correspondientes a actividades complementarias; o
  - ii. La intermediación de servicios complementarios es algún tipo de "figura intermedia" entre la tercerización y la provisión de trabajadores.
2. La segunda interpretación, es que la tercerización de actividades complementarias se encuentra regulada bajo la denominación de "intermediación de servicios complementarios". Ello supone, admitir la prohibición de la cesión permanente de trabajadores para cubrir puestos de trabajo correspondientes a actividades complementarias.

A partir de lo expuesto, se puede deducir que el método literal de interpretación de las normas jurídicas resulta en este caso insuficiente, por lo que se hace necesario recurrir a otros métodos de interpretación, tales como el de la *ratio legis* y el sistemático por ubicación de la norma<sup>(23)</sup>. Así, teniendo en cuenta que una de las razones de ser de la Ley N° 27626, Ley de Intermediación Laboral, vendría a ser la regulación de las prestaciones de servicios con la intervención de terceros referidas a actividades complementarias, consideramos que tendría poco sentido creer que el legislador habría facilitado una vía de escape a dicha regulación, por el sencillo método de calificar a una determinada operación como "tercerización" en lugar de "intermediación de servicios complementarios". Más aún, si se está de acuerdo en que la tercerización de actividades complementarias, constituye de por sí un supuesto límite con la provisión de trabajadores (lo cual hace inútil de partida, cualquier intento de distinguir entre supuestos de "intermediación" y supuestos de tercerización de actividades complementarias).

Tampoco se puede negar que, junto con la Ley N° 29245 (Ley que regula los servicios de tercerización), la Ley N° 27626 forma parte del conjunto normativo que regula los efectos laborales de las prestaciones de servicios con la intervención de terceros, y que ambos cuerpos normativos hacen una especial incidencia en el tipo de actividad empresarial (complementaria, de alta especialización o principal) que se encarga a agentes externos. De modo que, antes que una diferenciación de tipo conceptual, la división entre las figuras involucradas (intermediación laboral y tercerización) obedecería más bien a un criterio finalista de ordenación de las distintas situaciones que se pueden presentar, en base a la actividad que constituye el objeto del encargo empresarial.

Nuestra opción por la segunda línea interpretativa se sustenta, además, en la aplicación del principio del *in dubio pro operario*, que prescribe que "si una norma permite a su intérprete varios sentidos distintos, debe elegir entre ellos el que sea más favorable para

(23) RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico (introducción al Derecho). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996. p. 258 y ss.

el trabajador"<sup>(24)</sup>. En este caso, pensamos que lo más favorable para los trabajadores que realizan labores complementarias, es que no se permita su cesión de manera permanente. En cuanto al fundamento jurídico que sustentaría la interdicción de la provisión permanente de trabajadores para la realización de labores complementarias, consideramos que el mismo residiría en la aplicación del principio de primacía de la realidad. Sostenemos ello, ya que el carácter bilateral del contrato de trabajo supone que quien ejerce los poderes derivados de la subordinación sobre los trabajadores debe ser el empleador de los mismos. Así, si a título de un acuerdo de intermediación laboral o de tercerización, un empresario se comporta como el empleador de los trabajadores que le son destacados (ejerciendo los poderes derivados de la subordinación sobre los mismos), se debe considerar que el referido acuerdo es inválido y los referidos trabajadores deberán ser incorporados en la planilla de la empresa cesionaria.

Además, por aplicación del principio de igualdad, somos de la opinión que la prohibición de la cesión de personal que rige para las actividades principales<sup>(25)</sup>, debería ser extensiva también a los encargos de actividades complementarias.

En resumen, la regulación laboral de las prestaciones de servicios a través de terceros (que implica el destaque o desplazamiento de personal) puede ser clasificada de la siguiente forma:

PRESTACIONES DE SERVICIOS A TRAVÉS DE TERCEROS			
FIGURAS	TIPO DE ACTIVIDAD EMPRESARIAL	LICITUD	FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA / REGULACIÓN
Provisión permanente de trabajadores	Actividades complementarias	No	Primacía de la realidad / Principio de igualdad
	Actividades de alta especialización	No	Primacía de la realidad / Principio de igualdad
	Actividades principales	No	Ley N° 27626 (3° Disp. T, C y F)
Provisión temporal de trabajadores (ocasionalidad y suplencia)	Actividades complementarias	Sí	Ley N° 27626 (Intern. Serv. Temp.)
	Actividades de alta especialización	Sí	Ley N° 27626 (Intern. Serv. Temp.)
	Actividades principales	Sí	Ley N° 27626 (Intern. Serv. Temp.)
Tercerización	Actividades complementarias	Sí	Ley N° 27626 (Intern. Serv. Comp.)
	Actividades de alta especialización	Sí	Ley N° 27626 (Intern. Serv. Esp.)
	Actividades principales	Sí	Ley N° 29245

Chiclayo, octubre de 2008

(24) NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000. p. 120.

(25) Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 27626: "TERCERA.- En los casos en que mediante contratos o subcontratos de naturaleza civil se provean trabajadores para desarrollar labores que correspondan a la actividad principal de la empresa usuaria, se entenderá que tales trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria desde su respectiva fecha de iniciación de labores en dicha empresa."