SUGERENTE SOCIEDAD. ALGUNOS ASPECTOS DEL CONTRATO DE GERENCIA FRENTE A LA LEGISLACIÓN LABORAL

MARIO PASCO LIZÁRRAGA®

I. INTRODUCCIÓN

Quizás por el peso de la literalidad, o tal vez por la inercia del uso repetido, tendemos a asumir que el contrato de gerencia es una figura llana, sin complicaciones.

Bajo esa apariencia, empero, subyace una modalidad de vinculación empresarial que esconde una compleja trama de relaciones y obligaciones, que partiendo del ámbito contractual repercuten principalmente en los campos laboral y societario, aunque también en el terreno tributario.

Nuestro interés principal estará centrado, como es lógico, en los aspectos laborales del tipo contractual. A ese efecto tendremos que revisar algunas de las nociones más primarias en lo que a los elementos esenciales del contrato de trabajo se refiere, para contrastarlos con las especiales relaciones antes anotadas e intentar esbozar una especie de mapa de las mismas, que no resolverá dudas ni responderá preguntas, pero al menos servirá como referencia para posteriores miradas al asunto.

De igual forma, en lo que es el punto de contacto principal entre el presente escrito y el Tema I del Tercer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, verificaremos la forma cómo la recientísima normativa en materia de tercerización y subcontratación de servicios influye e interactúa con el objeto de nuestro trabajo.

⁽¹⁾ Abogado. Profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC.

Como tantas veces ocurre, nos toparemos con más preguntas que respuestas, generaremos más discusiones que adhesiones. Pero esos debates y consiguientes reflexiones son el inicio de lo que eventualmente podrá ser el camino a lograr mayor claridad para quienes se topen con la figura o requieran utilizarla.

II. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO

Nuestra legislación sigue al consenso doctrinal y al uso normativo más generalizado en lo que a los elementos esenciales del contrato de trabajo se refiere. El artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral⁽²⁾ (LPCL) los singulariza en (i) prestación personal de un servicio (ii) subordinación y (iii) remuneración.

Corresponde que nos centremos en los dos primeros, habida cuenta de que el elemento remuneración, componente vital para muchos otros efectos, no abre variantes ni agrega peculiaridades respecto de lo que nos interesa.

1. Servicio personal

La LPCL contiene en su artículo 5º una precisión adicional a la simple mención del artículo 4º, al establecer como requisito para la configuración de una relación laboral que los servicios deban ser "prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural", abriendo como única excepción al trabajo familiar.

Tal exigencia tiene dos efectos inmediatos y bastante claros:

- No cabe ni podría caber nunca considerar existente una relación laboral entre dos personas jurídicas. El empleador puede serlo, pero el trabajador no. Este es elemento personal.
- No es trabajador quien a su vez se vale de trabajadores para llevar a cabo la actividad contratada. Será intermediario o contratista, pero no trabajador. Este es el elemento *prestación directa*.

Ello, como hemos adelantado, se encuadra a la perfección con la teoría clásica del contrato de trabajo: "Solo la persona física puede ser trabajador, por la naturaleza misma del derecho del trabajo que parte del trabajo humano y considera, fundamentalmente, la persona del trabajador. Una persona jurídica no puede «trabajar» en el sentido propio del derecho del trabajo, sino solo obligarse a prestar servicios o realizar obras mediante el trabajo de otros, es decir, personas físicas perfectamente individualizadas. La figura de la persona jurídica, o cualquier otro ente colectivo, como trabajador, y con esto como parte de un contrato de trabajo, aún cuando el legislador la reconociera como tal, no sería más que una metáfora para proteger, por razones especiales, determinadas relaciones de trabajo, asimilándolas a las de un contrato de trabajo."(3).

(3) Krotoschin, Ernesto. Instituciones de Derecho del Trabajo. pp. 22-23.

2 Subordinación

Si nuevamente partimos de la LPCL, encontramos a la subordinación presentada y definida como correlato de los poderes del empleador. El trabajador está subordinado porque el empleador ostenta facultades inherentes a su posición contractual y funcional. Su artículo 9º determina que "por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los limites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador".

Ello también es reflejo de consideraciones doctrinarias clásicas. ERMIDA y HERNANDEZ informan al respecto que "(...) distintos autores ensayan definiciones diferentes de subordinación pero en su esencia no se apartan mucho del modelo original de la definición de Barassi, en cuanto se refiere a la subordinación jurídica, que viene, en general, entendida como la obligación que tiene el trabajador de sujetarse al poder directivo del empleador, quien en ejercicio de su facultad de organizar y dirigir la empresa, puede dar órdenes al trabajador, fiscalizar su cumplimiento y tomar medidas disciplinarias cuando el trabajador incurra en faltas" (4). No discrepa RASO DELGUE, dado que "(...) Las diferentes definiciones de «subordinación» coinciden en la idea que este rasgo distintivo del contrato de trabajo se expresa en la facultad que tiene una de las partes de dirigir el trabajo de la otra, obligando a esta última a obedecer las instrucciones impartidas por aquella. En doctrina De Ferrari ha señalado que la subordinación es la posibilidad que tiene una de las partes de imprimir cuando lo crea necesario una cierta dirección a la actividad ajena" (5).

La subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo es, pues, contracara de los poderes del empleador. Solo puede entenderse que una parte contractual está subordinada a la otra si esta tiene poderes plenos (en materia de organización de la actividad) sobre aquella. Normalmente, además, su ausencia o presencia va a fijar el límite entre una relación laboral y otra comercial o civil; según NEVES MUJICA: "(...) La subordinación es un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. La subordinación es propia del contrato de trabajo, ya que en las prestaciones de servicios reguladas por el Derecho Civil existe autonomía (en los contratos de locación de servicios y de obra, según los artículos 1764 y 1771 del Código Civil, respectivamente)" (6).

III. EL GERENTE COMO TRABAJADOR

Aunque nunca debe desdeñarse el poderío de la audacia, cabe asumir como valor entendido que el desempeño del cargo de gerente de una sociedad coloca a quien lo ocupa en situación de subordinación frente a la misma. En consecuencia, siempre que sea ejercido por una persona natural, y contra el pago de una retribución, se estará configurando un contrato de trabajo.

⁽²⁾ T.U.O. del Decreto Legislativo No. 728 aprobado por D.S. Nº 003-97-TR.

⁽⁴⁾ Ermida Uriarte, Oscar y Hernández Álvarez, Oscar. Crítica a la subordinación. En: Ius et veritas Nº 25. p. 67.

⁽⁵⁾ Raso Delgue, Juan. La contratación atípica del trabajo. p. 57.

⁽⁶⁾ Neves Mujica, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. p. 36.

la sociedad en la que opera como tal, dado que "teniendo el Gerente condición de Perso-

nal de Dirección, el vínculo a existir (...) necesariamente será a través de un Contrato de

Trabajo, pues, sus servicios los brinda de manera personal, subordinada y remunerada, en

consecuencia, se puede responder la interrogante indicada (...) en los siguientes términos:

Esto porque el gerente ostenta dos características que harían cuando menos difícil, y en nuestro concepto imposible, sostener que no se encuentra subordinado. En primer lugar, porque forma parte integrante, indesligable, de la estructura orgánica de la sociedad, de la empresa. La conforma desde dentro, es parte de ella, al extremo de que solamente a través de los actos del gerente (y quienes con él la componen) aquella puede actuar en el mundo real. Como explican ARANGUREN y FERNÁNDEZ-TRÉSGUERRES: "(...) El órgano social ostenta el poder de representación, por Ley o estatutos, de tal manera que le es propio como competencia estructural, En el supuesto del apoderamiento, el órgano social competente atribuye facultades de representación a un tercero, extraño a la sociedad, o un órgano, pero no en cuanto tal. En puridad, solo en el apoderamiento se da una auténtica y propia representación, pues se produce la alteridad entre el sujeto que emite la declaración y aquel en que esta despliega sus efectos, mientras que en la representación orgánica el órgano administrador actúa la voluntad social de la misma persona jurídica (...)"(7). Completamos la idea agregando a LACAVE SAÉN, quien explica que "(...) uno de los bloques más importantes del estudio de la actividad negocial de la sociedad en formación corresponde a la representación orgánica. Este concepto se refiere al mecanismo mediante el cual la sociedad - en cuanto persona jurídica y no física - canaliza su actividad externa. Según esto, la sociedad se relaciona y se vincula frente a terceros a través de la actuación de una o varias personas físicas que tienen encomendada dicha función en los estatutos, de tal forma que la actuación del órgano de administración supone la actuación del propio ente (imputación directa) (...)"(8).

En segundo lugar, porque el gerente tiene por definición, entre sus principales obligaciones, la de acatar las directivas que le cursen los órganos sociales de superior jerarquía. El artículo 190° de la Ley General de Sociedades no puede ser más claro: "(...) El gerente es particularmente responsable por (...) 9. El cumplimiento de la ley, el estatuto y los acuerdos de la junta general y del directorio".

Quiere decir esto que, con todo el poder interno que le supone integrar la cúpula administrativa de la sociedad⁽⁹⁾, es inherente al ejercicio del cargo el sometimiento del gerente a los mandatos y determinaciones del directorio, en caso de existir, y de la junta general en todos los casos. Cualquier diferencia de opiniones entre alguno de dichos órganos sociales y la gerencia puede promover discusiones o generar debates, pero estos en ningún caso podrán a llegar al cuestionamiento de a quién corresponde la última – y en estricto única – palabra.

Si el gerente, por posición orgánica y relación funcional, tiene que cumplir lo que diga el directorio, entonces este necesariamente ostenta la facultad de dictarle directivas que lo obligarán junto al resto de la organización, la de dirigir sus actividades específicas y, consecuentemente, también la de sancionar cualquier incumplimiento. Es decir, ostenta los poderes correlativos a la subordinación que ya hemos adelantado.

Nuestra jurisprudencia no ha renegado de tales bases conceptuales, y ha resaltado de manera explícita la imposibilidad de que un gerente no mantenga vínculo laboral con

Por ser de carácter laboral los servicios que presta el Gerente (...), la contratación de dicho funcionario debe hacerse a través de un Contrato de Trabajo y no de un Contrato de Locación de Servicios"(10).

IV. EL CONTRATO DE GERENCIA EN LA NORMATIVA NACIONAL

La posibilidad de que la gerencia general no sea ejercida por una persona natural,

La posibilidad de que la gerencia general no sea ejercida por una persona natural, sino por otra persona jurídica está explícitamente contemplada en el artículo 193º de la Ley General de Sociedades, el cual agrega que en ese caso la entidad gerente "debe nombrar a una persona natural que la represente al efecto, la que estará sujeta a las responsabilidades [de gerente], sin perjuicio de las que correspondan a los directores y gerentes de la entidad gerente y a esta".

La razón de esta previsión es evidente. ELÍAS LAROZA exponía que "permite que los órganos de la sociedad puedan identificar a una persona natural como representante de la persona jurídica designada. Además se establece que la persona natural nombrada está sujeta a todas las responsabilidades propias del gerente persona natural, con los que dicho representante no puede evadir sus responsabilidades bajo el argumento de que solo actúa en representación de la persona jurídica"(11).

Pero no hay más. Más allá de la remisión al articulado sobre responsabilidades de los órganos sociales, el solitario precepto no regula ni define la adecuación de una figura originalmente fijada como bilateral (sociedad – gerente) a su variante triangular (sociedad gerenciada – entidad gerente – representante persona natural). Debemos por lo tanto redirigir la mirada principalmente hacia la vertiente conceptual de las relaciones que se entablan entre aquellas, antes de examinar el ángulo laboral legislado.

V. LAS RELACIONES ENTRE LAS PARTES

Como hemos adelantado en la introducción, la figura triangular que configura el contrato de gerencia deriva en relaciones cruzadas entre las partes, que no siempre resultan en imágenes lo suficientemente contrastadas, y generan un amplio margen para la ambigüedad, en especial en lo que al aspecto laboral se refiere. Las revisaremos una por una.

1. Relación entre sociedad usuaria y sociedad gerente

Son estas las partes formales, únicas intervinientes directas en el contrato de gerencia. En el examen de sus relaciones nos topamos de inmediato con un primer desajuste.

⁽⁷⁾ Aranguren Urriza, Francisco J. y Fernández-Tresguerres García, Ana. La representación de la Sociedad Anónima. p. 161.

⁽⁸⁾ Lacave Saén, María Isabel. La Sociedad Mercantil en formación. pp. 164-165.

⁽⁹⁾ El artículo 152º de la Ley General de Sociedades determina que "la administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes (...)"

⁽¹⁰⁾ Sentencia de 1º de diciembre de 2006, emitida por la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Lima en el Exp. Nº 3252-2006-B.E.(S); autos seguidos por Juan Esquerre Maldonado con la Cooperativa de Ahorro y Crédito "29 De Agosto" de la PNP Ltda. En: Actualidad Laboral Nº 368, Lima, febrero de 2007. pp. 201-202.

⁽¹¹⁾ Elías Laroza, Enrique. Derecho Societario Peruano. p. 493.

Al tratar las características del cargo de gerente, hemos concluido en que el mismo es necesariamente subordinado, pues a esto llevará no solo la forma cómo en la realidad se presenten las relaciones entre la empresa gerenciada y el gerente, sino primordial e irremediablemente el esquema funcional que diseña el artículo 190º de la Ley General de Sociedades. Dicho esquema funcional opera en el caso típico, del gerente persona natural, pero también cuando el encargo es ejercido por una persona jurídica.

Permanecemos renuentes a calificar como *subordinación* a la verticalidad de la relación entablada, pues el vocablo está relacionado muy estrechamente con el contrato de trabajo, y este no podrá en caso alguno aparecer entre dos sociedades, como ya hemos expuesto⁽¹²⁾. Siguiendo a SANGUINETTI RAYMOND, pasamos de calificar como subordinada una relación que no puede estar en un contrato de trabajo, pues "(...) La subordinación opera, antes que como un elemento aislado de tipificación, como la nota básica alrededor de la cual «se nuclean los rasgos que hacen o no reconocible el contrato de trabajo». De allí que, para alcanzar una adecuada comprensión de su significado y alcances, no baste con centrar la atención en el examen de los contornos del poder de dirección y el deber de obediencia en los que se concreta, sino que sea necesario ponerla en contracto con el conjunto de elementos que integran el vínculo laboral (...)"⁽¹³⁾.

Pero tenemos que reconocer que las características centrales del concepto están presentes. No será subordinación, pero – sea lo que sea – operará virtualmente igual que la subordinación.

Si la sociedad gerenciada imparte directivas generales a ser aplicadas por toda la organización, la sociedad gerente deberá acatarlas, quedará obligada por las mismas. Si la sociedad gerente incumple las órdenes que le curse la gerenciada, estará contraviniendo sus obligaciones sustanciales, y será susceptible hasta de remoción, a más de incurrir en eventuales responsabilidades adicionales. La sociedad gerente no es ni podría ser trabajador, y ciertamente no está protegida por la normativa laboral, pero la sociedad gerenciada mantiene sobre la misma todo el poder que tiene sobre sus trabajadores, y la sociedad gerente tiene las mismas obligaciones y responsabilidades que tienen los trabajadores de la sociedad gerenciada.

De otro lado, el artículo 193º de la Ley General de Sociedades impone que las responsabilidades inherentes al desempeño de la gerencia involucran no solo a la sociedad gerente, sino también a su propio gerente y a sus directores, quienes responderán por los daños que pueda causar su accionar a la sociedad gerenciada, a los accionistas de esta y eventualmente hasta a terceros.

Resulta innegable, entonces, que la intervención de la sociedad gerente en el contrato de gerencia supone un involucramiento de la misma que va bastante mas allá de la actividad específica – física, si se quiere – de su representante. La trasciende, pues le agrega un elemento de respaldo concreto, tanto patrimonial como personal, que puede resultar fundamental para la empresa gerenciada.

(13) Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos. p. 46.

Como expone ELIAS LAROZA al continuar su explicación del artículo 193° de la Ley General de Sociedades, "(...) Se establece además que los directores y gerentes de la entidad gerente son responsables por el desempeño de esta a su cargo, en la medida que corresponda. Finalmente, también corresponde responsabilidad a la misma persona jurídica que se desempeña como gerente. Resulta claro que el único tipo de responsabilidad que puede corresponder directamente a la entidad gerente es de índole civil, mientras que el representante de la misma, sus gerentes y sus directores pueden incurrir tanto en responsabilidad civil como penal. Estas reglas severas sobre la responsabilidad de todas esas personas, hacen que el optar por designar como gerente a una persona jurídica no pueda ser una forma de evadir las responsabilidades del cargo. Por el contrario, al ser solidariamente responsables tanto la persona natural como la persona jurídica gerente y, además, los directores y gerentes de esta, es evidente que la garantía en favor de la sociedad se vuelve aún más sólida (...)." (14)

Entonces, incluso cuando la mayor tarea recaiga sobre la persona natural que ejerce la representación de la sociedad gerente, en muchos casos esta estará aportando al contrato, y con este al servicio, un componente que puede ser más o menos vistoso, más o menos importante, pero que siempre existe.

2. Relación entre sociedad gerente y la persona natural que la representa

En este caso es también innegable que va a existir una relación contractual entre estas dos partes, que en principio es la más llana de las generadas por la figura.

Si la sociedad gerente va a estar sujeta a órdenes de la sociedad gerenciada, y dichas órdenes van a ser ejecutadas a través de una persona natural, su representante, es de simple lógica que, a su vez, este deba estar sujeto a órdenes. El representante de la sociedad gerente, entonces, debiera ser trabajador de esta, salvo circunstancias poco menos que exóticas⁽¹⁵⁾.

Sus responsabilidades frente a la sociedad gerente son las de cualquier trabajador, no las del gerente a que se refiere el artículo 190° de la Ley General de Sociedades⁽¹⁶⁾, pues respecto de aquella no ocupa un puesto estatutario ni regido por tal norma, sino que desempeña un encargo común.

3. Relación entre la sociedad gerenciada y el representante de la gerente

Es en este punto en el que se abre la mayor indefinición, y los más amplios márgenes para la ambigüedad.

En el plano formal, no existe relación contractual entre el representante y la sociedad gerenciada, pues no es él quien ocupa el cargo⁽¹⁷⁾. En teoría, cada vez que los órganos de la sociedad gerenciada se dirigen al representante, se están dirigiendo a la sociedad gerente, y cada vez que le imparten una directiva lo están haciendo en su calidad de representante de

⁽¹²⁾ El razonamiento es el opuesto al usual: no se trata de subordinación porque es un vínculo civil (o comercial). Definimos la característica a partir de su continente en lugar de hacerlo al revés, lo que no constituye la técnica de razonamiento más exacta; pero nos consuela el estar operando solo sobre el alcance de un vocablo, no sobre la naturaleza del concepto.

⁽¹⁴⁾ Ibid.

⁽¹⁵⁾ Se nos ocurre como hipótesis el desempeño del cargo sin una contraprestación, como podría darse en caso de gerenciamiento por parte de una sociedad de una entidad vinculada con ella, o de mínima o nula actividad.

⁽¹⁶⁾ Salvo, naturalmente, que también sea gerente de la misma.

⁽¹⁷⁾ Sin perjuicio de lo cual le son aplicables también las responsabilidades del gerente, como si hubiera sido designado directamente como tal, en aplicación de la ya citada parte final del artículo 193° de la Ley General de Sociedades

aquella únicamente. Es casi como si el representante dejara de existir como persona, para pasar a ser únicamente intermediario, vía, parlante.

Y, sin embargo, el caso normal es que la verdad sea completamente la opuesta. En el a veces extraño ámbito llamado realidad, el representante está reflexionando, tomando decisiones y ejecutándolas no solo por su representada, sino también por la sociedad gerenciada, pues ambas operan — como todas las personas jurídicas — solo mediante actos de personas naturales, y él es la persona natural que actúa por ambas. Es él quien asiste a las negociaciones de un contrato y quien lo firmará; él quien adopta las medidas diarias de dirección de la empresa; él quien — como establece la normativa laboral al describir a los trabajadores de dirección — sustituye a la sociedad gerenciada cuando ejerce su representación frente a otros trabajadores o a terceros, así como las funciones de administración y control; él quien recibe las felicitaciones o admoniciones de los directores y sus llamadas telefónicas.

Sin ser trabajador de la sociedad gerenciada, y sin desmedro de la importancia de la sociedad gerente, el representante es quien asume la principal y por poco la única actividad física, tangible del contrato. Se trata casi de una ficción legal, soportada principalmente por la autorización normativa, aunque también por los límites que tiene la sociedad gerenciada frente al representante. Al no ser este su trabajador y ni siquiera estar vinculado contractualmente con la misma, la sociedad gerente carece de poderes directos sobre él: aunque le dé órdenes todos los días, no lo puede sancionar, ni lo puede despedir. Para prescindir de sus servicios, tendrá que solicitar su sustitución a la sociedad gerente —de acuerdo a lo que contractualmente se haya estipulado en esa materia— o remover a la sociedad gerente; cualquier acto directo sobre el representante⁽¹⁸⁾ carecería de eficacia jurídica.

La incomodidad de la situación entre estas dos partes llega a su cúspide si se asume un escenario de discrepancias de criterio entre la sociedad gerenciada (su directorio o junta general) y la sociedad gerente (su directorio o junta general), que llevaran a esta última a ejecutar actos contrarios a la voluntad de la primera.

En ese contexto, el representante de la gerente naturalmente tendría que hacer lo que le ordenara su empleadora. Sin embargo, al hacerlo estaría asumiendo responsabilidad personal frente a la usuaria, por lo que esta última acusaría inevitablemente como desacato abierto de los dos vértices opuestos del triángulo. Situación nada desdeñable si tomamos en cuenta, como describe BEAUMONT CALLIRGOS al tratar el artículo 193° de la Ley General de Sociedades, que "se ha sostenido que el problema está en el desempeño de una persona jurídica en el cargo gerencial puede servir para evadir, a través de la personalidad jurídica del gerente, la responsabilidad propia del cargo. Para evitar dicho «temor», la persona jurídica nombrada como gerente de una sociedad, debe señalar a una persona natural que será la que — en la práctica — desempeñe el cargo, en nombre de aquella. Esta persona natural está sujeta a todas las responsabilidades propias de un gerente (como persona natural), no pudiendo evadirlas con el argumento de que solo actúa en representación de la persona jurídica. / En torno al tipo de responsabilidad, resulta claro que la persona jurídica gerente

(18) Excepción hecha, una vez más, de eventuales acciones por las responsabilidades que le impone el artículo 190° de la Ley General de Sociedades.

responde solo civilmente; mientas que el representante de la misma, sus gerentes y directores pueden incurrir tanto en responsabilidad civil como penal (...)"(19).

V. EL CONTRATO DE GERENCIA COMO MODALIDAD DE VINCU-LACIÓN LABORAL ENTRE EMPRESAS

La primera mención al contrato de gerencia en la legislación laboral apareció en el artículo 4º del D.S. Nº 003-2002-TR, reglamento de la Ley Nº 27626, que regula las empresas especiales de servicios. Tal disposición lo incluyó, con referencia expresa al artículo 193º de la Ley General de Sociedades, dentro de un listado de actividades que no constituyen intermediación laboral, y que por lo tanto no se encuentran dentro del ámbito de la mencionada Ley Nº 27626, ni en el de aplicación de los requisitos y limitaciones que establece la misma para las empresas de servicios⁽²⁰⁾. La inclusión tenía efectos únicamente negativos: el contrato de gerencia no estaba en el supuesto regulado, y por tanto permanecía como no regulado.

La Ley Nº 29245 también contiene una mención específica al contrato de gerencia⁽²¹⁾, pero en este caso la inclusión, al igual que la definición misma de la tercerización de servicios en la que aparece, genera efectos de signo obligacional.

En el régimen implantado por la norma recién mencionada, sus modificaciones mediante Decreto Legislativo N° 1038 y las precisiones agregadas por el reglamento de estas, aprobado por el recientísimo Decreto Supremo N° 006-2008-TR, para que la tercerización sea tal, se le continúan exigiendo los elementos esenciales que la distinguen de la intermediación laboral, o de la simple provisión de personal.

Pero cuando una figura legítima de tercerización ostenta la doble calidad de (a) involucrar la actividad principal de la empresa usuaria⁽²²⁾, y (b) incluir el desplazamiento continuo de trabajadores a la empresa usuaria, genera compromisos concretos a las partes contractuales; específicamente, los más importantes: (i) obligación de informar los datos principales del destaque a los trabajadores sobre los que opera este, a los de la empresa usuaria y sus sindicatos; (ii) solidaridad entre la usuaria y la empresa que presta el servicio, por los derechos laborales de los trabajadores desplazados; y (iii) obligación de la empresa de tercerización de inscribirse en un registro operado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo⁽²³⁾.

⁽¹⁹⁾ Beaumont Callirgos, Ricardo. Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades. pp. 427-428.

⁽²⁰⁾ En modo simplemente referencial: la imposibilidad de exceder el 20% del total del personal, o suministrar personal para supuestos distintos de la suplencia o los servicios ocasionales, tratándose de empresas de servicios temporales; la imposibilidad de proveer personal para desarrollar la actividad principal de la empresa usuaria, tratándose de empresas de servicios complementarios; la obligación de empadronarse en el "Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de intermediación laboral"; la obligación de contratar una fianza para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales de la empresa de servicios; la obligación de otorgar remuneraciones y beneficios análogos a los de los trabajadores directos de la empresa usuaria que realicen la misma labor.

⁽²¹⁾ Sin remisión específica al artículo 193° de la Ley General de Sociedades, aunque sí a esta.

⁽²²⁾ Esta limitación de los alcances de la Ley № 29245 no aparece en esta ni en el Decreto Legislativo № 1038, sino que ha sido inferida por y plasmada en su reglamento, con todo lo que esto implica. Supone además remisión – en cuanto a la necesaria definición de la que parte – remisión al artículo 1º del D.S. № 003-2002-TR, modificado por D.S. № 008-2007-TR.

⁽²³⁾ El reglamento de la Ley Nº 29245 ha determinado que la obligación de registro se cumple a través de la

1. Aplicación de las obligaciones de la tercerización regulada al contrato de gerencia

Nos queda claro que el contrato de gerencia típico implica las dos calidades recién mencionadas, dado que el gerente, como ejecutivo principal de una empresa, es por definición no solo central para el desarrollo de sus actividades, sino que la personifica al extremo casi de que donde él se encuentre sea, por ese mérito, un centro de trabajo de aquella. Por lo tanto, no tenemos problema en postular que todo contrato de gerencia supondrá la obligación para sus partes de cumplir las exigencias antes mencionadas.

Las consecuencias son también simples: tanto la sociedad gerente como la gerenciada responderán por los beneficios laborales del representante de aquella, los trabajadores de la empresa gerenciada deberán ser informados de que se está haciendo uso de la figura, y la sociedad gerente tendrá que declarar como *destacado* o *desplazado* a su representante.

Ninguna de estas tres obligaciones pareciera tener, para el caso del contrato de gerencia, repercusiones o efectos distintos o adicionales a los que tienen respecto de cualquier otra figura de tercerización con desplazamiento y para actividades principales de la usuaria.

2. Los requisitos genéricos de la tercerización

Si se repasa los caracteres de la prestación de servicios en el contrato de tercerización que hemos descrito en este mismo trabajo, y se los contrasta con los elementos esenciales de la tercerización legítima, se apreciará de inmediato que en algunos aspectos muy puntuales el engranaje dista de ser perfecto.

El primer párrafo del artículo 2º de la Ley Nº 29245 contempla las características de la tercerización válida: (1) que la prestadora del servicio lo asuma por su cuenta y riesgo; (2) que cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; (3) que sea responsable por el resultado de sus actividades; y (4) que tenga a los trabajadores bajo subordinación exclusiva. El artículo 3º del reglamento ha incidido en que dichas características quedan constituidas en *los* cuatro *requisitos copulativos* para que la tercerización sea válida.

2.1. Asumir los servicios por cuenta y riesgo propios

En el caso del contrato de gerencia, las cargas que impone la Ley General de Sociedades a la sociedad gerente, que hemos mencionado ya repetidamente, y los nada desdeñables compromisos por actos propios y de su representante que asume mediante la simple aceptación del encargo, hacen muy sólida la presunción de que, desde el punto de vista jurídico, está asumiendo la tarea por su cuenta y riesgo. Para que no fuera así, el contrato tendría que contemplar una exención de responsabilidad, abiertamente incompatible con la figura que estaría dirigido a plasmar, estando a lo dispuesto por el artículo 194º de la Ley General de Sociedades⁽²⁴⁾. El primer requisito, por tanto, no tendría que generar desajustes.

planilla electrónica regulada por el D.S. Nº 018-2007-TR.

2.2. Contar con recursos propios

Con la exigencia de que la empresa de tercerización debe contar con recursos propios siempre se tiene que ser cuidadoso, pues puede llevar a malos entendidos cuando la actividad contratada no requiere de mayores elementos financieros o materiales, distintos o adicionales a los requeridos para retribuir a las personas que van a llevar a cabo la actividad.

El requisito, en efecto, es que la empresa tercerizadora cuente con recursos "financieros, técnicos o materiales", fórmula disyuntiva que admite que se entienda cumplido ante la presencia de alguno o algunos de ellos, pero no del otro u otros.

Toda prestación autónoma y con efectiva actividad empresarial, por elemental que sea, supondrá que quien la ejecute aplique a ella dinero, o conocimientos especiales, o equipos, siendo impensable que no se necesite ninguno de esos tres elementos. Pero no todas las actividades que una empresa puede encargar a otra requieren necesariamente capital cuantioso, y conocimientos o técnicas especiales, y elementos materiales⁽²⁵⁾. Cuando una actividad, por ejemplo, no requiera de equipamiento o insumos materiales – como es el caso de la mayoría de los contratos de gerencia – carece de sentido verificar la existencia de los mismos o, peor aún, entender que son requisito para la regularidad de la relación triangular entablada.

A pesar de ello, en algunos casos, especialmente en el ámbito inspectivo, se ha tendido a considerar los tres elementos como exigibles⁽²⁶⁾. La Directiva Nº 002-2007/MTPE/2/11.4, emitida para tener carácter vinculante en ese ámbito, resultó reveladora en el aspecto recién mencionado, al transformar en el literal b.2) de su punto 4.b) la exigencia legal, y consignar que se debía llevar a cabo la verificación "para garantizar la prohibición de la simple provisión de personal", de los "recursos propios financieros, técnicos y materiales" de la empresa tercerizadora.

En el contrato de gerencia, la entidad gerente debe estar en situación de afrontar directamente, con recursos propios, cuando menos las retribuciones de las personas que se encargarán del servicio, lo que incluye pero no necesariamente se limita al representante que haya designado⁽²⁷⁾.

Pero si el contrato de gerencia específico no requiere elementos *materiales* adicionales, no cabe en nuestra opinión que se le exijan. La naturaleza de la actividad y la jerarquía de la función encomendada implica siempre experticia especial por parte de la contratista, que configura sin necesidad de mayor prueba adicional la existencia de los recursos técnicos a que alude la norma.

2.3. Ser responsable por los resultados de sus actividades

Este punto no ha sido objeto de mayor desarrollo por parte del reglamento, pero el artículo 3º de aquel, al describir los elementos esenciales como cuatro, determina su necesaria

(26) Agregando incluso a esa exigencia aspectos adicionales de naturaleza indiciaria

⁽²⁴⁾ Según el cual "es nula toda norma estatutaria o acuerdo de junta general o del directorio tendientes a absolver en forma antelada de responsabilidad al gerente".

⁽²⁵⁾ Lo que se ve confirmado por el artículo 2º de la Ley Nº 29245, que determina como "elemento característico" – no como elemento esencial – al equipamiento y a la inversión de capital, habiendo el artículo 4º de su reglamento ratificado el carácter indiciario de la fórmula legal utilizada.

⁽²⁷⁾ El contrato de gerencia, en efecto, no tiene que estar limitado únicamente al funcionario que ocupará el puesto, y puede incorporar también todo o parte del aparato que lo rodea, tanto en lo auxiliar como en lo complementario (gerencias y subgerencias), por formar parte de la actividad integral encargada, cuando sea el caso.

singularización frente al primer requisito (asumir las tareas por propia cuenta y riesgo). Partiendo de ello, entendemos que el elemento consiste en que en la tercerización la figura contractual que se utilice debe poner a la empresa tercerizadora en situación de poder ser considerada como infractora en caso de no obtener los resultados esperados, o al menos que el fracaso en sus funciones le suponga consecuencias económicas o contractuales. Es decir, que la empresa tercerizadora no debe tener garantizados la cobertura o condonación de sus ineficiencias o ineficacias.

Sobre este elemento esencial incide usualmente la forma de pago, determinada en la Ley Nº 29245 como elemento característico de la tercerización.

Entendemos que el contrato de gerencia tipo tiene implícito el cumplimiento de este elemento, en tanto que no existe directorio o junta de accionistas en su sano juicio que mantenga en el cargo a un gerente que no obtiene resultados dentro de lo que la realidad de la empresa permite o hace esperar, a cuyo efecto cuenta con el arma irresistible de la remoción. Paradójicamente, empero, habrán muchos casos, quizás la mayoría, en los que la sociedad gerente no sea retribuida por resultados, sino a monto fijo (lo que podrá abonar a favor de la regularidad del contrato, pues su resultado económico dependerá de ella y cómo maneje sus costos), e incluso en los que cobre las retribuciones de los encargados del servicio más un recargo (que es la fórmula menos recomendable para cualquier figura de tercerización, frente a una verificación laboral).

Pero, nuevamente, encontramos que el requisito, tan claro en su exigibilidad respecto de cualquier contratista "común", pierde parte de su sentido o razón de ser tratándose de la sociedad gerente.

2.4. Mantener a sus trabajadores bajo subordinación exclusiva

Tratándose de los contratos de tercerización en general esta característica es, en nuestro concepto, *primus inter pares* como elemento esencial, dado que es aquí donde realmente se presenta y verifica la disyuntiva de quién es el real empleador, por ejercer las facultades de tal frente al o los trabajadores. En el caso normal, si el usuario dirige al trabajador que lleva a cabo la actividad, actúa como su empleador, y debe ser reputado como tal en aplicación del principio de primacía de la realidad.

Pero la ejecución de la mayoría de los contratos de gerencia en la realidad, como grafica el punto Nº 4 de la presente, muestra una situación abiertamente distinta, en la que lo propio sería referirse a subordinación compartida. Tanto la usuaria como la empresa tercerizadora mantienen interacción con el trabajador, siendo incluso la de aquella más constante, cotidiana que la de esta.

Encontramos, pues, que la regulación genérica de la tercerización no encaja de modo exacto con el contrato de gerencia. Pero no significa esto que los contratos de gerencia sean usualmente fraudulentos o ilegales, sino todo lo contrario. Es la figura societaria y su plasmación corriente, sin mala fe, en la realidad, la que contiene en sí misma los elementos que van a hacer difícil de verificar — si se los considera de modo muy rígido — los elementos exigidos por la ley laboral para la tercerización.

En nuestro concepto, de cara a la realidad que hemos tratado de describir, hubiera resultado preferible que el contrato de gerencia se dejara fuera del ámbito de la intermediación

por disposición expresa, lo que ya sucede y es correcto, pero sin definirla además como tercerización regulada o imponerle los controles y consecuencias de la misma, quedando cualquier caso de abuso sujeto a la eventual aplicación del principio de primacía de la realidad.

VI. CONCLUSIONES

- 1. En el contrato de gerencia, la relación entre las sociedades no puede ser calificada como de subordinación, pero sus características son asimilables a las de esta.
- 2. La admisión por vía legal del contrato de gerencia implica autorización para que exista una suerte de subordinación compartida de la persona natural que representa a la sociedad gerente, frente a esta y frente a la sociedad gerenciada.
- 3. Las características comunes del contrato de gerencia no cuadran de modo exacto con las exigencias que la normativa laboral impone a la tercerización. Resultaría preferible su exclusión simple.