

- La posibilidad que el personal desplazado o destacado participe en el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo formado en el cliente, pues a ellos les es aplicable el reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo del cliente.
- Se debería modificar el capítulo de sanciones previsto en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo incluyendo las consecuencias de incumplir con los deberes anotados (cuya incorporación se sugiere) así como los y existentes.
- En consecuencia, creemos que nuestras normas internas deben precisar las obligaciones de ambas partes, quedando claro el ámbito de las mismas y que al final el objetivo del sistema es garantizar un ambiente de trabajo seguro y digno para quienes se desempeñen laboralmente en él.

A PROPÓSITO DE LA RECIENTE APROBACIÓN DE LA LEY QUE LA REGULA LA TERCERIZACIÓN EN SISTEMA LABORAL PERUANO

OMAR TOLEDO TORIBIO⁽¹⁾

La Ley 27626, (08/01/02), ha regulado en nuestro país la actividad de las empresas especiales de servicios (*services*) y de las cooperativas de trabajadores. Esta norma no ha previsto la figura del *outsourcing* o la tercerización de servicios. Sin embargo, el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR –reglamento de la citada ley– ha efectuado un inventario de un conjunto de figuras que según la misma norma no constituyen intermediación laboral, entre ellas, los contratos de gerencia, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Que, de lo anterior se puede concluir que el Reglamento de la Ley 27626 ha introducido la *tercerización de servicios* con la finalidad de excluirla del ámbito de la aplicación de la misma.

Teniendo en cuenta que la norma reglamentaria citada era la única que se refería en nuestro espectro legal a la tercerización de servicios, la aplicación, o mejor dicho la mala

(1) Magister en Derecho (UNMSM). Vocal Superior Titular de la Segunda Sala Laboral de Lima. Estudios de Maestría en Magistratura en la Universidad de Buenos Aires-Argentina (UBA) y de Formación Judicial Especializada en el *Aula Iberoamericana*, La Coruña, España- en el año 2000. Post título en Derechos Fundamentales (PUCP). Profesor de la Academia de la Magistratura. Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Sección de pre y post grado) de la Universidad de San Martín de Porres

aplicación, de este mecanismo ha originado malestar en determinados sectores laborales, especialmente en el área de la minería. Esto ha suscitado un debate acerca de la necesidad de reglamentar de manera más extensa y completa la aplicación del *outsourcing*, habiéndose expedido el Decreto Supremo N°. 020-2007-TR (E.P. 20/09/07) que amplía el artículo 4 del precitado Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, incorporándose los artículos 4°-A, 4°-B y 4°-C, y recientemente a fines del mes pasado (28 de mayo de 2008) se ha aprobado en el Congreso de la República la denominada *ley que regula los servicios de tercerización*, norma que se encuentra en manos del Poder Ejecutivo para su promulgación u observación.

Sin embargo, antes de referirnos a la novísima norma consideramos necesario destacar algunos aspectos de la intermediación laboral y la tercerización (*outsourcing*). La tercerización o subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios, o descentralización, supone que la producción o prestación se realice de manera organizada bajo la dirección y el control del contratista, usualmente una empresa, que cuenta con un patrimonio y una organización propia dedicada a la producción de bienes o servicios, la cual se realiza a favor del contratante dentro del centro de labores de este (*insourcing*) o fuera de él (*outsourcing*), de manera que los trabajadores de la contratista se encuentran bajo las órdenes y el control de este y no del contratante, y para su realización además se requiere de total independencia administrativa y funcional de la actividad tercerizada de las demás que realiza la empresa contratante de modo que su tercerización no entorpezca su normal desenvolvimiento, así tenemos el típico ejemplo de la tercerización de la contabilidad de una empresa.

En doctrina, la tercerización es conocida como *outsourcing*, figura que es definida por Juan Raso Delgue como "la transferencia al externo de la empresa de etapas de la gestión y de la producción, reteniendo esta el control sobre las mismas"⁽²⁾. Por otro lado, Jorge W. Peyrano, señala que "Una posible forma de definir el término *outsourcing* es atendiendo a su etimología. La traducción de la expresión inglesa *out sourcing* hace referencia al recurso a fuentes externas para lograr el fin deseado. En este sentido, el *outsourcing* se presenta como una oportunidad para incorporar a la empresa una serie de capacidades de las que no se dispone. Así, mediante el *outsourcing* los directivos tratan de configurar un mapa de competencias que les permita mantener y mejorar su posición competitiva. La empresa que acomete un proceso de *outsourcing* deja de gestionar internamente la operativa de una serie de funciones o procesos, que no están relacionados con sus competencias nucleares, para adquirirlas a un proveedor externo"⁽³⁾.

En la actualidad el *outsourcing* o tercerización constituye un fenómeno muy difundido en el ámbito empresarial. Ben Schneider, señala que "se requiere de una herramienta de gestión a través de la cual una organización pueda optar por concentrarse únicamente en su *core business* (actividad distintiva, según el propio Schneider) y no tomar parte en procesos importantes pero no inherentes a su actividad distintiva. Para dichos procesos existe la posibilidad de contratar a un proveedor de servicios especializados y eficiente que, a la larga, se convierta en un valioso socio de negocios. En eso consiste el *outsourcing*"⁽⁴⁾.

(2) En Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y Derecho del Trabajo, Fundación de la Cultura Universitaria, Montevideo, año 2000, pp.38.

(3) *La Privatización, Transferencia o tercerización de funciones judiciales*, En Revista Uruguaya de Derecho Procesal 3/2000, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Uruguay.

(4) *OUTSOURCING la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios*. Grupo Editorial Norma, abril 2004, pag. 31.

A diferencia de la tercerización, la intermediación laboral constituye una figura distinta. En efecto, mediante la intermediación laboral una empresa denominada usuaria contrata a otra de servicios para que le suministre o proporcione personal, el cual, si bien prestará sus servicios a favor de la compañía usuaria, no sostendrá vínculo laboral con esta última y se mantendrá bajo la dirección y control de la empresa de servicios. La Ley 27626 regula la intermediación laboral en nuestro medio, la misma que establece que se puede recurrir a la intermediación en tres supuestos taxativos siempre que no impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria: a) la prestación de servicios temporales; b) la prestación de servicios complementarios y c) la prestación de servicios especializados. Asimismo, se ha establecido que la intermediación puede ser prestada por personas jurídicas, llámese empresa de servicios (*service*) o una cooperativa de trabajadores, siendo que el número de trabajadores de empresas de servicios o cooperativas que pueden prestar servicios a las empresas usuarias, bajo modalidad temporal, no podrá exceder del 20% del total de trabajadores de la empresa, en tanto que dicho porcentaje no será aplicable a los servicios complementarios o especializados, siempre y cuando la empresa de servicios o cooperativa asuma plena autonomía. A ello hay que agregar que recientemente mediante el D.S.N° 008-2007-TR (27.4.07) se han modificado las definiciones contenidas en el D.S. 03-2002-TR, de tal forma que se define como "actividad principal" (prohibida para intermediación laboral) a aquella actividad consustancial al giro del negocio como son las actividades de exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización, esto es, toda actividad sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones.

Podemos concluir que mediante la tercerización la empresa beneficiaria va a contratar con miras a satisfacer el requerimiento de un bien determinado o servicio especializado, no de una prestación personal de los trabajadores de la contratista como si sucede en la intermediación. Al efectuar la distinción entre las citadas figuras Ben Schneider considera que "existe una diferencia radical entre simplemente complementar recursos a través de la intermediación laboral y la implementación de un verdadero *outsourcing*. Este último involucra una reestructuración sustancial de una actividad particular de la empresa, que incluye, frecuentemente, la transferencia de la operación de procesos de central importancia, pero no directamente vinculados con el *core business* de la empresa, hacia un proveedor especialista"⁽⁵⁾.

Resulta innegable la importancia del *outsourcing* o tercerización como herramienta de gestión de la empresa moderna que contribuye a hacerla competitiva. Sin embargo, nosotros somos partícipes de la corriente antes reseñada en el sentido de que una empresa puede tercerizar o descentralizar todas sus actividades, excepto aquellas que tienen que ver con su *core business*, esto es su actividad nuclear. De esta forma, una empresa dedicada a prestar servicios de salud, como puede ser una clínica, puede tercerizar la actividad vinculada al lavado de la ropa de cama e incluso el servicio de alimentación de los pacientes pero no podría descentralizar la actividad vinculada estrictamente a la prestación de los servicios de salud como son las consultas médicas o las operaciones quirúrgicas. De igual forma, una Universidad no podría tercerizar su actividad nuclear que consiste en brindar servicios de enseñanza y formación profesional pues de lo contrario se estaría desvirtuando la naturaleza de este mecanismo de gestión y consecuentemente afectando los derechos laborales de los

(5) Ob.cit. pag. 32.

trabajadores puesto que, para citar un ejemplo, el monto de las utilidades no sería el mismo entre lo percibido por el trabajador incluido en las planillas de la empresa usuaria y lo percibido por el trabajador de la empresa contratista.

No obstante, es preciso señalar que este criterio no es compartido por todos quienes tienen preocupación por los temas de carácter laboral pues existe otra opinión en el sentido de que si es posible que la empresa puede tercerizar todo tipo de actividades, incluso su actividad nuclear.

I. EL DECRETO SUPREMO N° 020-2007-TR

El artículo 4°-A del Decreto Supremo N° 020-2007-TR señala que los contratos de tercerización de servicios a que se refiere el artículo 4 del mismo decreto supremo "con desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no pueden tener por objeto afectar los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores y deben constar por escrito, especificando cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en que unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza. Las empresas que desplazan personal deben contar con recursos económicos suficientes para garantizar el pago de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados".

El artículo 4°-B de la nueva norma hace referencia a la desnaturalización de la tercerización estableciendo que la contratación de servicios que incumpla las disposiciones del artículo 4°, antes citado, o que implique la simple provisión de personal, origina que los trabajadores desplazados tengan una relación laboral directa con la empresa principal.

Finalmente, el artículo 4° -C de la norma en comentario bajo el rubro de garantía de derechos laborales determina que los trabajadores bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado y que este derecho "se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización de servicios, que estén bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, respecto a su empleador". (sic.). Asimismo, uno de los aspectos saltantes de la citada norma consiste en que dispone que la tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad, incluyendo aquella realizada en la tercerización de servicios no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación de los trabajadores amparados por el fuero sindical.

II. LA LEY QUE REGULA LOS SERVICIOS DE TERCERIZACIÓN

La Ley recientemente aprobada recoge en gran medida las disposiciones que ya se habían previsto en el Decreto Supremo N° 020-2007-TR. Sin embargo, existen algunos aspectos que es preciso comentar respecto al texto aprobado por el Congreso de la República.

El artículo define lo que se entiende por tercerización en los siguientes términos: *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.

Si bien en el artículo transcrito se define la tercerización, no se delimita el tema referido a que si mediante la tercerización se puede descentralizar o no la actividad nuclear - *core business* - de la empresa, aspecto respecto del cual hemos fijado nuestra opinión, líneas arriba. Sin embargo, al hacer mención la Ley en el sentido de que se entiende por tercerización *la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras*, podemos concluir que son esas dos únicas las posibilidades de tercerización, esto es, para el cumplimiento de actividades especializadas u obras, lo cual, desde ya, constituye un avance frente a la posibilidad de que se pueda contratar trabajadores, vía tercerización, de manera irrestricta.

Por otro lado, es preciso referirnos al artículo 5 de la Ley el cual regula los supuestos de desnaturalización de la tercerización, aspecto que resulta importante, aunque, en el ámbito jurisdiccional, ya se han venido dando pronunciamientos que precisamente han declarado la desnaturalización o simulación de la tercerización, aunque, claro está, mediante la aplicación del principio de *primacía de la realidad*.

Finalmente, el tema que ha suscitado mayor debate es el referido a la regulación contenida en el artículo 9° de la Ley que establece lo siguiente: *La empresa principal que contrae la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.*

La norma contenida en este numeral tiene evidentemente el objetivo de resguardar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores inmersos en este sistema de contratación, regulación que podemos ver en otras legislaciones como es el caso del artículo 30 de la ley argentina de contrato de Trabajo, Ley 20.744, norma que según la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal de Argentina, en la resolución expedida en el Plenario "Ramirez C/ Russo Comunicaciones e Insumos S.A", impone de una manera inequívoca la responsabilidad solidaria, como medio para proteger al trabajador (acreedor), en el marco de una segmentación del proceso productivo que, más allá de su legitimidad, puede traer aparejada, al menos en el terreno de las hipótesis, la afectación o licuación de la solvencia.