

## Agenda del Derecho Laboral Peruano

### CONTENIDO

#### DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y POSIBLE DEROGACIÓN O MODIFICACIÓN DE LOS ESQUEMAS VIGENTES

- **CÉSAR ALFREDO PUNTRIANO ROSAS:** Descentralización productiva y posible derogación o modificación de los esquemas vigentes
- **CAROLINA CASTILLO PASTOR:** Propuesta de modificaciones respecto a la regulación de la subcontratación de actividades complementarias por vía de intermediación laboral y de tercerización de servicios

#### LA CONTRATACIÓN LABORAL DIRECTA EN LA ACTUALIDAD

- **CARLOS CORNEJO VARGAS:** Algunos apuntes sobre la regulación de la contratación temporal: a treinta años de su vigencia
- **WILLY MONZON ZEVALLOS:** Informalidad y contratación laboral directa en la actualidad

#### VIGENCIAS Y POSIBLES REFORMAS EN LOS RÉGIMENES ESPECIALES

- **ORLANDO GONZÁLES NIEVES:** Vigencia de los regímenes laborales especiales en el Perú: problemática y posibles reformas
- **CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE:** Notas a la situación jurídica de los contratos administrativos de servicios a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º, 3º y 5º y Disposiciones Complementarias y Finales de la Ley N° 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del Sector Público: ¿El final de un principio?

#### MODIFICACIONES EN EL CONTENIDO DEL DERECHO COLECTIVO

- **ADOLFO CIUDAD REYNAUD:** Los procesos de negociación colectiva en trámite en el sector público

#### PLANTEAMIENTOS PARA UN FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

- **LUIS ALBERTO SERRANO DÍAZ:** Propuestas para el fortalecimiento del sistema de inspección de trabajo en Perú

#### PERSPECTIVAS PARA UN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

- **CÉSAR ABANTO REVILLA:** Buscando un nuevo sistema de pensiones de seguridad social para el Perú: ¿reforma o refundación?
- **ESTELA OSPINA SALINAS:** Gestión sistémica estatal del seguro complementario de trabajo de riesgo. Una propuesta

#### SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

- **KARLA CÁNOVA TALLEDO / CESAR CANO CANDIOTTI:** Seguridad, salud y bienestar a propósito de la nueva política nacional. Agenda pendiente
- **ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA:** La vacunación contra la COVID-19: ¿medida de prevención de seguridad y salud en el trabajo? Aspectos aún no resueltos sobre el retorno al trabajo presencial en Perú

#### AGENDA DEL DERECHO LABORAL PERUANO

- **DANIEL ULLOA MILLARES:** Cambiar a propósito del COVID-19. Régimen laboral de la actividad privada en el Perú: confirmación de un fracaso. (*E ideas para su deseada reconstrucción*)
- **LEOPOLDO GAMARRA VÍLchez:** El futuro del trabajo en la agenda política 2021 - 2026

#### INVITADO ESPECIAL

- **MARIO GARMENDIA ARIGÓN:** La nueva regulación legal uruguaya sobre teletrabajo



# DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y POSIBLE DEROGACIÓN O MODIFICACIÓN DE LOS ESQUEMAS VIGENTES

CÉSAR ALFREDO PUNTRIANO ROSAS\*

## RESUMEN

La asunción de un nuevo Gobierno en nuestro país trae consigo la esperanza que soplen vientos de cambio. No solo políticos sino también técnicos, esto último, y en lo que a normas laborales se refiere, con la finalidad de fortalecer el rol tutelar del derecho del trabajo y también otorgar seguridad jurídica a quienes generan puestos de trabajo, es decir, a los empleadores, sin desconocer lo primero. En el presente artículo proponemos algunas modificaciones a la normativa sobre descentralización productiva desde su marco conceptual, ámbito de aplicación, contratación, protección a derechos laborales a través de la responsabilidad solidaria y ejercicio de los derechos colectivos.

## PALABRAS CLAVE

Subcontratación / Intermediación / Tercerización / Regulación / Modificación.

**SUMARIO:** I. Alcances conceptuales sobre descentralización productiva y su regulación vigente en nuestro país. II. Propuestas de cambio en la regulación sobre subcontratación. *1. Cambio conceptual. 2. Ámbito de aplicación de la subcontratación. 3. Ajustes en la contratación laboral. 4. Garantía de los derechos laborales y de seguridad social. 5. Garantía de los derechos colectivos.* III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

---

\* Abogado y Magister en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Docente universitario.

## I. Alcances conceptuales sobre descentralización productiva y su regulación vigente en nuestro país

El fenómeno descentralizador o externalizador ha implicado que las compañías deleguen en terceros componentes cada vez más importantes y numerosos de su ciclo productivo, incluidos algunos muy relacionados a aspectos esenciales de su actividad empresarial. (Del Rey, 2000, p.15). Ante esta irrupción de fenómenos descentralistas, el Derecho del Trabajo ha experimentado el declive de la concepción tradicional o clásica de la figura de la subordinación, íntimamente relacionada con nociones de continuidad laboral, uniformidad en el desempeño del trabajo y jerarquía en el ejercicio de los poderes del empresario (Sanguinetti, 1997, p. 60).

El fenómeno denominado “descentralización productiva” es definido como *“(...) un modo de organización de la producción en virtud de la cual se hace un encargo a terceros de determinadas operaciones del proceso productivo. Es decir, implica un desplazamiento de funciones o actividades que corresponden o podrían corresponder a un conjunto integrado (...)”* (Sanguinetti, 1997, p.60).

20

Asimismo, se trata de *“(...) la cesión de terceros de otros servicios diversos a los propiamente informáticos, con la finalidad de reforzar el objetivo de que la empresa cedente se dedique a lo que constituye su actividad nuclear, contratando la ejecución de cualquier otro tipo de funciones adicionales, por muy especiales que sean estas”* (Cruz Villalón, 1999).

La descentralización productiva podrá articularse mediante distintos mecanismos como los grupos de empresa, el trabajo en red, el teletrabajo o el trabajo autónomo, siendo la subcontratación uno de los más relevantes aspectos jurídicos del fenómeno descentralizador (Cruz Villalón, 2009, p.33).

Desde lo jurídico, se recurre a la expresión subcontratación, pues resulta de interés de nuestra disciplina aquellas prácticas cuyo efecto es la prestación de servicios en condiciones similares a las presentes en una relación de trabajo subordinada, en la medida que ello constituye el presupuesto socioeconómico indispensable para la aplicación del Derecho del Trabajo (Bronstein, 2007, p.15). La subcontratación, “efecto estrella” de la descentralización productiva, supone un sistema de relaciones de carácter jerarquizado entre empresas (Arce, 2006).

La subcontratación comprende al suministro de mano de obra o a la prestación de servicios en el marco de una relación civil o comercial (Bensusán, 2007). En el primer caso empresa principal recibirá por delegación el poder directriz respecto a los trabajadores de la contratista (suministradora), mientras que en el segundo supuesto la subordinación tendrá un menor nivel de intensidad, aunque en ningún caso será inexistente.

Esta figura de integración horizontal entre empresas, de cooperación productiva tendencialmente estable entre sujetos empresariales jurídicamente independientes, ha venido a ser denominada como “red empresarial” (Sanguinetti, 2018, p.XVI). Estas redes pueden clasificarse en hegemónicas y paritarias en tanto exista o no un líder en la red. Las primeras se presentan cuando un miembro de la red juega un rol directivo como ocurre con las redes de franquicia de concesionarios o agentes, en las de subcontratación, entre otras.

### **Subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios**

Esta supone que una empresa confíe a otra el suministro de bienes o servicios, debiendo esta última realizar el encargo por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, materiales y humanos. En este esquema los trabajadores asignados al servicio permanecen bajo la subordinación de la empresa empleadora (contratista), quien es responsable del pago de sus remuneraciones, beneficios sociales y de las demás obligaciones que le incumben como empleador. El cliente (usuario, destinatario de los servicios) le retribuirá en función al resultado esperado, es decir, a la obra o al servicio contratado, no siendo relevante, en principio, el número ni la identidad de los trabajadores que se empleen para la ejecución del contrato. Lo fundamental en este esquema son los resultados.

Hasta antes del año 2002 la figura carecía en nuestro ordenamiento de regulación laboral propia, por lo que debía recurrirse al Código Civil, norma de aplicación supletoria, puntualmente a sus artículos referidos a los contratos de prestación de servicios (artículos 1755° y siguientes del Código Civil). El Código regula las modalidades de locación de servicios o de obra (artículos 1764° a 1789° del mismo Código)<sup>1</sup>. Como es evidente, esta norma no tutelaba en absoluto los derechos del personal involucrado en la subcontratación.

---

1 Inclusive hoy, que tenemos regulación tutelar de los trabajadores en un esquema de

Un primer ensayo, que podemos calificar como nimio, ocurrió en el año 2002 con la regulación contenida en el Decreto Supremo No. 003-2002-TR<sup>2</sup>, reglamento de la Ley No. 27626<sup>3</sup>. Su artículo 4, de cuestionable legalidad<sup>4</sup>, señaló los supuestos que no constituían intermediación laboral, entre los que se encontraban la subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios, denominada “tercerización”.

Además de lo anterior, esta norma estableció los requisitos esenciales para la validez de la llamada tercerización sin reconocer protección alguna a los trabajadores involucrados, nos referimos al personal de la empresa usuaria o contratante y al de la contratista<sup>5</sup>. Posteriormente, en el mes de setiembre del

---

subcontratación, aún resulta aplicable el Código Civil en lo que se refiere a la relación jurídica inter empresarial.

- 2 Previamente a esta regulación existía la impresión de que la subcontratación iba a encontrarse regulada únicamente por la Ley No. 27626 la misma que como hemos visto posee mecanismos jurídicos tutelares de los derechos de los trabajadores involucrados en la subcontratación.
- 3 Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, publicada en la separata de normas legales del Diario Oficial El Peruano el 9 de enero de 2002.
- 4 Toda vez que la Ley No. 27626 norma a la intermediación laboral y este artículo 4º señala qué casos no son intermediación, los mismos que no han sido desarrollados por la Ley. El texto del artículo 4º es el siguiente: Artículo 4.- De la tercerización de servicios.  
No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al Artículo 193 de la Ley General de Sociedades, 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.  
Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.
- 5 Tamaña indefensión generó un uso abusivo de la tercerización toda vez que muchos pseudo empresarios con la finalidad de evitar ser comprendidos en la legislación en materia de intermediación laboral diseñaban una tercerización que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, no resistía el mínimo análisis pues se trataba de un destaque de mano de obra encubierto. Esta deficiente regulación aunada a la conocida falta de potencia inspectiva de la Autoridad Administrativa de Trabajo generó un profundo atentado contra los derechos laborales de los trabajadores involucrados en este fenómeno organizativo, en tanto, además de los naturales efectos nocivos en la relación de trabajo, padecieron una

año 2007, el Poder Ejecutivo tuvo la buena intención de otorgar cierto nivel de tutela al personal involucrado en la tercerización a partir de la emisión del Decreto Supremo No. 020-2007-TR, el cual amplió la regulación contenida en el artículo 4º del Decreto Supremo No. 003-2002-TR incorporándose los artículos 4-A, 4-B y 4-C a dicho cuerpo normativo<sup>6</sup>.

De esta ampliación podemos rescatar la regulación expresa de la desnaturalización de la tercerización<sup>7</sup>, la cual supone que, si en una inspección laboral, o en el marco de un proceso judicial iniciado por alguno de los trabajadores afectados, se comprobaba que la tercerización incumplía las obligaciones previstas

---

extrema precarización de sus condiciones de contratación.

- 6 Artículo 4-A.- Desplazamiento de personal a unidades de producción de una empresa principal

*“Los contratos que ejecutan alguna de las modalidades establecidas en el artículo 4 del presente 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 qué 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 obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados”.*

Artículo 4-B.- Desnaturalización

*“La contratación de servicios que incumpla las disposiciones del artículo 4 del presente decreto supremo, o que implique una simple provisión de personal, origina que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal”.*

Artículo 4-C.- Garantía de derechos laborales

*“Los trabajadores bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, conforme al artículo 79 de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral, aprobada mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización de servicios, que estén bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, respecto de su empleador (...)”*

- 7 La Ley No. 29245 y su Reglamento, el Decreto Supremo No. 006-2008-TR, normas que actualmente regulan a la tercerización, consideran, como supuestos en los que la misma se desnaturaliza a los siguientes:

- a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2º y 3º de la Ley y 4º del reglamento (asunción de riesgos del tercero, recursos propios para prestar el servicio, equipamiento, entre otros). indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.
- b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.

La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma.

en el artículo 4 del D.S. No. 003-2002-TR o implicaba una mera provisión de personal, la autoridad concluiría que el personal desplazado posee una relación laboral directa y a plazo indefinido con la empresa principal<sup>8</sup>. Los demás preceptos recordaban cuáles eran los derechos laborales del trabajador involucrado en la subcontratación, pero sin regular nada nuevo.

Actualmente, la subcontratación de bienes o servicios se encuentra normada por la Ley No. 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, complementada por el Decreto Legislativo No. 1038 y reglamentada por el Decreto Supremo No. 006-2008-TR, siendo de aplicación supletoria el marco normativo contenido en el Código Civil.

Las normas en mención disponen que una real tercerización<sup>9</sup> implica que el tercero (contratista) ejecute su actividad por su cuenta y riesgo, contando con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales<sup>10</sup> y con el personal bajo su exclusiva subordinación<sup>11</sup>. Es interesante comentar que a partir del

- 
- 8 Es importante comentar que el Tribunal Constitucional ha venido considerando que el proceso de amparo no es la vía idónea para declarar la desnaturalización de un contrato de intermediación laboral (Expediente No. 0690-2012-PA/TC, Willian Carlos Huancas Gonzales contra ELECTRONORTE-ENSA, Expediente No. 01306-2012-PA/TC, Franklin Villacorta Sánchez contra SEDAPAL, Expediente No. 01995-2012-PA/TC, Jorge Minbela Salazar contra ELECTRONORTE-ENSA, Expediente No. 02000-2012-PA/TC, José Fabricio Rea Guillén contra ELECTRONORTE-ENSA, Expediente No. 2779-2011-PA/TC, Antonio Armando Sandoval Villar y otros contra Compañía Minera Antamina S.A., Expediente No. 2755-2010-PA/TC, Tito Alfredo Matos y otros contra la Compañía Minera Atacocha S.A. y la Empresa Especializada Opermin S.A.C., entre otras).
- 9 Denominación de nuestro ordenamiento para la subcontratación de bienes o servicios.
- 10 Es importante comentar que la norma reglamentaria permite que la empresa que presta servicios de tercerización o realiza obras desarrolle actividades con equipos y herramientas que le hubiera cedido su cliente (principal) u otra empresa en administración integral, si están vinculados directamente al proceso productivo de la empresa cliente. Dicha disposición del Decreto Supremo No. 006-2008-TR fue declarada ilegal por la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, bajo el expediente No. 169-08-AP. En atención a un recurso de apelación de sentencia, la Corte Suprema, en el expediente No. 1338-2011 revocó la sentencia de primera instancia reconociendo la validez de la cesión de equipos por parte del cliente al tercero para la ejecución de los servicios contratados.
- 11 Esto supone que el personal reciba indicaciones y sea supervisado o sancionado en forma exclusiva y excluyente por su empleador.



Decreto Supremo No. 006-2008-TR, solamente la tercerización de actividades principales<sup>12</sup> que impliquen desplazamiento continuo<sup>13</sup> del personal del tercero hacia el centro de trabajo (instalaciones) u operaciones<sup>14</sup> del cliente se encuentra comprendida en esta regulación tutelar de los trabajadores. Siendo así, la tercerización sin desplazamiento, o la provisión de bienes y/o servicios que no suponga tercerización, la subcontratación de actividades complementarias o la subcontratación de personas naturales se regularán por el Código Civil y la normativa sectorial especial. En todo caso, no se debe tratar en ningún escenario de una simple provisión de mano de obra o destaque de personal.

El marco legal señalado en el párrafo previo establece que en la tercerización comprendida bajo su ámbito se generará el siguiente “plus” de protección para el personal involucrado en la misma: (i) la responsabilidad solidaria entre la empresa principal y la contratista, que comprende obligaciones laborales y previsionales legales, no convencionales (contrato trabajo, convenio colectivo) ni unilaterales (costumbre, reglamento interno), devengadas durante desplazamiento hasta un año después. La empresa que presta servicios de tercerización deberá esperar que transcurra plazo prescriptorio (4 años). Es importante tener en cuenta que esta responsabilidad alcanza a la empresa cliente, contratista y subcontratista. (ii) el registro de la empresa contratista, que nunca llegó a implementarse, bastando en la actualidad con que la contratista declare el desplazamiento de su personal en el PDT- Planilla Electrónica; (iii) la obligación informar al personal del contratista acerca de la actividad a ejecutar y la unidad productiva o ámbito de la empresa principal donde se realizará. Esta información puede ser incluida en contratos trabajo o transmitida al personal del tercero mediante comunicación escrita. La empresa principal debe informar a organización sindical o, en su defecto,

12 Se entiende por actividades principales u ordinarias aquellas cuya ausencia afectan o interrumpen la continuidad del negocio del cliente. Se trata sin duda una enorme permisividad en cuanto a aquellas actividades que pueden ser objeto de la subcontratación, hecho sin duda de por sí cuestionable pues podría llegarse al extremo de que la empresa cliente carezca de trabajadores en planilla.

13 Se configura la continuidad cuando:

- a) El desplazamiento ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o,
- b) Exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

14 Constituye centro de operaciones el lugar fuera de las instalaciones del cliente al que el personal del tercero se desplaza por indicación de aquél.

a los delegados que representen a sus trabajadores, acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como las actividades que éstos realizarán.

## Regulación de la subcontratación de mano de obra

La subcontratación de mano de obra por su parte aparece cuando el objetivo único, esencial o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra por parte del contratista a la empresa usuaria. La subcontratación de mano de obra es denominada “intermediación laboral” por nuestro ordenamiento, consistiendo en el destaque de personal de una empresa de intermediación o cooperativa de trabajadores debidamente autorizada, para prestar servicios temporales, complementarios o altamente especializados a la empresa usuaria o cliente.

La intermediación laboral se encuentra actualmente regulada en la Ley No. 27626 y su Reglamento, el Decreto Supremo No. 003-2002-TR<sup>15</sup>, disposiciones que permiten la prestación de dichos servicios sólo en determinados supuestos y cumpliendo una serie de requisitos y formalidades con la finalidad de brindar mayor protección al trabajador destacado y fomentar la contratación directa de personal.

Es decir, mientras que la regla general es la contratación directa del personal<sup>16</sup>, la intermediación laboral es un supuesto excepcional, que se encuentra regulado de manera restrictiva. En efecto, según el Artículo 3º primer párrafo de la Ley No. 27626, *“la intermediación laboral que involucra a personal que labora en el*

15 Es interesante comentar que a partir de lo dispuesto en estas normas no es posible subcontratar personas naturales sino únicamente personas jurídicas constituidas de acuerdo a la Ley General de Sociedades. En efecto, el Artículo 2 de la Ley No. 27626 señala que “la intermediación laboral sólo podrá prestarse por empresas de servicios constituidas como personas jurídicas de acuerdo a la Ley General de Sociedades o como Cooperativas conforme a la Ley General de Cooperativas, y tendrá como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral.” Véase: ARCE Elmer (2006).

16 El artículo 4º del Decreto Supremo N° 003-97-TR contiene una presunción a favor de la contratación indefinida al señalar que, *“(…) En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.*

*centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria sólo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización.”*

Así la normativa anotada permite intermediar laboralmente trabajadores para cubrir actividades principales pero temporales<sup>17</sup> de la empresa usuaria (cliente), actividades complementarias<sup>18</sup> o actividades altamente especializadas. Para ello si bien podrán constituirse empresas de servicios temporales, complementarios, o altamente especializados, es posible que una sola empresa se encargue de intermediar los tres tipos de actividades.

En cuanto a la responsabilidad por los derechos del personal destacado a la empresa principal, la Ley No. 27626 prevé un supuesto de responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria y la entidad que presta servicios de intermediación laboral. Así, la Ley señala que si la fianza<sup>19</sup> otorgada por la entidad resulta insuficiente para el pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores destacados a la empresa usuaria, éstas serán solidariamente responsables del pago de tales adeudos por el tiempo de servicios laborado en la empresa usuaria.

17 Mediante el Decreto Supremo N° 008-2007-TR, se precisaron las definiciones de actividad principal y complementaria para efectos de la intermediación laboral, entendiéndose como actividad principal: de la empresa usuaria aquélla que es consustancial al giro del negocio de la misma. Siendo considerada como tal toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa usuaria o principal. Este tipo de intermediación laboral (para cubrir actividades principales) es la más restringida por nuestro ordenamiento, toda vez que se la limita a los supuestos de ocasionalidad (eventualidad) y suplencia (reemplazo) y se la limita cuantitativamente pues los trabajadores destacados a la usuaria no deben exceder del 20% de la totalidad de su personal.

18 El artículo 1° del D.S. No. 003-2002-TR, entiende como actividad complementaria a aquella de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza. La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria.

19 El artículo 24° de la Ley No. 27626, dispone que, “las empresas de servicios o las cooperativas, reguladas en la presente Ley, cuando suscriban contratos de intermediación laboral deberán conceder una fianza, que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria. La fianza será regulada por la Autoridad Administrativa de Trabajo y en el Reglamento se establecerá los requisitos, plazos, porcentajes y mecanismos de ejecución y liberación de la garantía.”

En otras palabras, la empresa usuaria es solidariamente responsable con la entidad que le destaca trabajadores por los derechos laborales, de origen legal o colectivo, que no están cubiertos por la fianza. Inexplicablemente las obligaciones de seguridad social se encuentran excluidas de la responsabilidad solidaria con lo que usual que las entidades recaudadoras queden impagas, con el evidente perjuicio a los afiliados y pensionistas de las mismas. También es criticable la falta de precisión del porcentaje atribuible a cada una de las mismas<sup>20</sup> y la ausencia de un derecho de información de las entidades de la Seguridad Social<sup>21</sup>.

Adicionalmente, el marco legal vigente exige que las empresas intermediarias se registren en el RENEEL (Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de intermediación laboral) para poder intermediar personal, debiendo para ello constituirse con objeto social exclusivo y contar con un capital mínimo de 45 Unidades Impositivas Tributarias (UIT)<sup>22</sup>.

Por otro lado, las normas disponen que se entiende desnaturalizada la intermediación laboral y por ende la existencia de una relación laboral directa entre el trabajador indebidamente intermediado y la empresa cliente o usuaria del servicio cuando ocurre el destaque de personal para prestación de servicios permanentes de la actividad principal de la empresa usuaria, para cubrir personal que esté ejerciendo su derecho de huelga, para cubrir personal en otra empresa de servicios o cooperativa, entre otros supuestos. Esta situación podrá ser comprobada en un procedimiento inspectivo por la Autoridad Administrativa de Trabajo conforme lo señala el artículo 5° de la Ley 27626, concordante con el artículo 14° de su Reglamento, o en un proceso judicial promovido por el personal involucrado en la intermediación laboral.

---

20 Esto resulta criticable pues al ejecutarse la fianza se podría comprender en un 99% a las obligaciones laborales y un 1% o menos a las de seguridad social, con lo que quedarían impagas.

21 Fundamental para conocer la existencia de la fianza y poder solicitar su ejecución de existir incumplimientos. Aunque debemos reconocer que la posibilidad de ejecución se limita en tanto la fianza se otorga o bien a favor de la Autoridad Administrativa de Trabajo o de los trabajadores desplazados.

22 La UIT para el año 2021 asciende a S/ 4,400.

## II. Propuestas de cambio en la regulación sobre subcontratación

En este acápite plantaremos algunos aspectos de la regulación vigente que pueden ser mejorados, pero no limitándose a un cambio en las normas detalladas en el numeral precedente, sino también en otras disposiciones que se relacionan con la materia. Por cuestiones de espacio no hemos podido introducir algunas ideas sobre seguridad y salud en el trabajo, quedando pendiente su desarrollo.

### 1. Cambio conceptual

Como se desarrolló el en apartado precedente, nuestra regulación toma partido por el concepto de “intermediación laboral” para abarcar no solamente al destaque temporal de mano de obra para realizar labores transitorias a cargo de las empresas de servicios temporales, sino también para el destaque de personal para la ejecución de labores complementarias o altamente especializadas. Estas últimas, sin embargo, también pueden suponer la prestación de servicios por parte de la empresa de intermediación laboral, por lo que propiamente no estaríamos ante una intermediación de personas. Ejemplos de labores complementarias que implican prestar servicios y no solo destacar mano de obra son las actividades de vigilancia, limpieza, reparaciones, mensajería, entre otras.

En esa medida, consideramos deficiente la técnica normativa adoptada por nuestro ordenamiento, teniendo además en cuenta que la tendencia en el derecho comparado considera que el suministro de mano de obra supone únicamente el destaque de personas para colocarlas bajo el ámbito de organización y dirección de la empresa usuaria sin que exista una actividad adicional por la suministradora, salvo el cumplimiento de sus obligaciones laborales como empleador. En otras palabras, la empresa suministradora no ejecuta servicio alguno salvo el destaque de su personal. Siguiendo esa línea la llamada intermediación laboral complementaria o altamente especializada encajaría en un supuesto de subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios.

Por ejemplo, el título VI del Código Sustantivo del Trabajo Chileno<sup>23</sup> denomina a su título VII como “Trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios”, definiendo al trabajo en régimen

---

23 [https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-95516\\_recurso\\_1.pdf](https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-95516_recurso_1.pdf)

de subcontratación<sup>24</sup> de manera similar a la manera como nuestra Ley No. 29245 regula a la tercerización de servicios. Luego en el artículo 183-F en adelante, regula a “*las empresas de servicios transitorios*”, al “*contrato de puesta a disposición de trabajadores y (...) contrato de trabajo de servicios transitorios*”. Estas disposiciones guardan relación con la intermediación laboral de actividades temporales normada por la Ley No. 27626.

En Uruguay, la Ley No. 18251<sup>25</sup> posee una regulación similar a la Chilena, pues fija una noción de subcontratación similar a la nuestra sobre tercerización<sup>26</sup>, pero también se ocupa del suministro de mano de obra, señalando que la “*agencia de empleo o empresa suministradora de mano de obra es la que presta servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona física o jurídica (empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución*”. Inclusive contempla la categoría de intermediario como el interviniente en la contratación de trabajadores para que presten servicios a un tercero.

Similar regulación la encontramos en el Código Sustantivo de Trabajo Colombiano, modificado por la Ley No. 2351<sup>27</sup>, y en el Código de Trabajo Paraguayo, modificado por Ley No. 496/95<sup>28</sup>.

24 Art. 183-A. Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.

25 En: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18251-2008>.

26 Existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo.

27 <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Codigo/30019323>

28 [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/BD0D4AD2171853F105257E200076C9A0/\\$FILE/LEY\\_213\\_codigo\\_de\\_trabajo\\_paraguay.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BD0D4AD2171853F105257E200076C9A0/$FILE/LEY_213_codigo_de_trabajo_paraguay.pdf)

Nuestro país no ha sido ajeno a iniciativas que apunten a mejorar la regulación de la subcontratación desde un ámbito conceptual en tanto el Anteproyecto de Ley General de Trabajo del año 2002<sup>29</sup>.

El Anteproyecto, consideraba a la “prestación de servicios con intervención de terceros”, la cual comprende a la subcontratación de personal para servicios temporales, servicios complementarios, y la subcontratación de obras y servicios, restringiendo el destaque de personal para la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria, salvo que en este último caso se trate de empresas de servicios temporales que destaquen personal para cubrir labores de naturaleza ocasional y de suplencia.

Así, para el Anteproyecto, el destaque de mano de obra bajo la dirección de la empresa usuaria únicamente es posible por las empresas de servicios temporales, considerando a los demás supuestos como una prestación de servicios. El Anteproyecto no señala, que en los casos de la subcontratación de personal para servicios complementarios la usuaria no deba ejercer atribuciones de empleador frente al personal destacado, pero entendemos que ello es consustancial a la consideración de dicho destaque como un servicio más no como una simple provisión de personal.

En todo caso, nuestra actual regulación sobre subcontratación debería ser objeto de una mejora conceptual para alinearla con la tendencia internacional, limitándose el destaque de personal a labores excepcionales como los supuestos ocasionales o de suplencia, en cuyo caso se permite al usuario actuar como empleador, salvo en lo relativo al poder sancionador, el cual permanece en manos del empleador formal. Este cambio generaría coherencia interna en el marco normativo pues no podemos hablar de destaque de personas y luego plantear la inaplicación de un porcentaje limitativo (20%) a labores complementarias o especializadas si es que la actividad se realiza de manera autónoma por parte de la empresa intermediaria<sup>30</sup>.

---

29 En cuya elaboración participaron connotados miembros de nuestra Sociedad como Carlos Blancas Bustamante, Adolfo Ciudad Reynaud, Víctor Ferro Delgado, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis y Alfredo Villavicencio Ríos.

30 Artículo 6 de la Ley No. 27626: “El número de trabajadores de empresas de servicios o cooperativas que pueden prestar servicios en las empresas usuarias, bajo modalidad temporal, no podrá exceder del veinte por ciento del total de trabajadores de la empresa usuaria. El

Los requisitos relativos al registro, capital social mínimo y carta fianza, hoy exigidos para la intermediación laboral, podrían mantenerse para el destaque de personas por empresas de servicios temporales, mientras que la responsabilidad solidaria lo haría en ambos supuestos.

## 2. **Ámbito de aplicación de la subcontratación**

En cuanto a las actividades que pueden involucrarse en la subcontratación, el profesor Ermida (2009) afirma que un enfoque abstracto sostiene que solamente pueden ser objeto de la subcontratación las actividades- medio, de apoyo, secundarias o no sustantivas. Añade que, el “*límite consiste en el mantenimiento de actividades que conforman o configuran las características esenciales de una empresa*”. (Racciati, 1997). (subrayado nuestro).

Arce por su parte diferencia entre actividad principal y el *core business* de la empresa o actividad distintiva colocando como ejemplo a los médicos de un hospital que son parte de la actividad distintiva (core business) mientras que la actividad de limpieza es principal para el hospital, pero no distintiva (Arce, 2008, p.29).

32

Si bien la subcontratación inicialmente se utilizó para cubrir actividades periféricas o auxiliares de la empresa principal, con el transcurso del tiempo dicho mecanismo de descentralización productiva se ha extendido a actividades que forman parte del proceso productivo empresarial. Nuestro ordenamiento no es ajeno a dicha regulación pues, en lo que a subcontratación de producción de bienes o servicios se refiere, ha limitado la normativa tutelar de derechos laborales a aquella subcontratación de actividades principales, tal y como lo disponen la Ley No. 29245, el Decreto Legislativo No. 1038 y el Decreto Supremo No 006-2008-TR dejando inexplicablemente de lado a la subcontratación de bienes y servicios de carácter complementaria, lo cual ha afectado directamente a los trabajadores involucrados en la misma pues los priva de protección laboral<sup>31</sup>.

---

*porcentaje no será aplicable a los servicios complementarios o especializados, siempre y cuando la empresa de servicios o cooperativa asuma plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades (...)*”.

31 Salvo aquellas normas que regulan la relación bilateral empleador-trabajador.



La subcontratación de personas o “intermediación laboral” como se denomina en nuestro país, tiene limitada su procedencia a actividades complementarias o a actividades principales en supuestos temporales de ocasionalidad y suplencia, proscribiendo la contratación indirecta de mano de obra para ejecutar actividades permanentes de la empresa usuaria en línea con la pauta normativa de preferencia de la contratación indeterminada consagrada en nuestro ordenamiento laboral<sup>32</sup>.

Si nos detenemos a revisar la legislación comparada, advertimos que no existe una tendencia a permitir una externalización de actividades principales sin límite alguno, como podría entenderse interpretando de manera literal nuestras normas. Hugo Fernández y Gustavo Gauthier, afirman que, en Brasil, por ejemplo, el Tribunal Superior de Trabajo, señaló que existe en la empresa un núcleo duro que no es posible de sacar y que actuará como límite al proceso tercerizador (Fernández, Hugo, 1997, p. 391). En opinión de los citados autores es viable tercerizar tanto una tarea de servicios como una de producción siempre que “no se esté externalizando la actividad principal del giro de la empresa que terceriza” (Fernández, Hugo, 1997, p. 391)

La doctrina española señala que la descomposición empresarial de la que es objeto la empresa por efecto de la descentralización productiva puede afectar a unos aspectos concretos del proceso productivo o inclusive ser más amplia, sin embargo, lo normal es que la empresa mantenga para sí las fases que conforman el núcleo duro de su sistema productivo o “core business”. Se afirma que “(...) *aquí se concentra la capacidad competitiva de la empresa y lo que le permite actuar en el mercado*” (Gorelli, 2007, p.28), añadiendo luego que “*lo que hay que tener presente es una importante tendencia de las empresas a concentrarse en aquellas facetas de la producción que mejor saben hacer y, consecuentemente, donde pueden ser más competitivas (...)*” (Gorelli, 2007, p.28).

32 Nos referimos al artículo 4º del Decreto Supremo No. 003-97-TR, norma que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que a la letra señala lo siguiente:

Artículo 4.- “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna”.

Si bien la subcontratación se funda en la libertad de empresa, cuyo ejercicio no debe vulnerar los derechos laborales del personal involucrado, y teniendo además en cuenta que esta manera de organización empresarial rompe el tradicional esquema bilateral empleador-trabajador sobre el que se basó el Derecho del Trabajo en forma primigenia, somos de la opinión que la subcontratación puede comprender actividades periféricas o auxiliares a la consecución de la finalidad última (core business) del negocio de la empresa contratante así como aquellas indispensables para el mismo pero sin habilitar que aquellas actividades-núcleo sean pasibles de externalización pues ello supondría la sustitución de la empresa principal y por ende su desaparición.

A partir de esta premisa podría modificarse nuestra legislación actual, desde la Constitución y en particular desde el Derecho al Trabajo, interpretándolo armónicamente con la libertad de empresa, y sostener que la subcontratación no permite externalizar actividades nucleares<sup>33</sup>.

33 La Corte Suprema sostuvo en la Casación No. 1399-2010-LIMA que la Ley No. 29245 no contiene restricción alguna a tercerizar actividades principales o neurálgicas de la empresa. Inclusive, en dos casos en los que se impugnó el Reglamento de la Ley de Tercerización, la Corte reiteró dicha posición (sentencias de Acción Popular No. 764-2011 y 1607-2012). En el derecho comparado el Tribunal Supremo Español en la sentencia del 18 de enero de 1995 ha emitido un pronunciamiento similar. Luego, en la Casación No. 5659-2016-LIMA, la Corte Suprema ha deslizado la proscripción de subcontratar actividades nucleares al sostener que, “*las empresas contratistas que tengan por objeto social dedicarse a labores de tercerización, deberán tener las siguientes características principales: i) tener funciones o actividades de una parte del ciclo productivo; siempre y cuando no estén circunscritas a la actividad principal de la empresa (empresa principal) (...)*”. (Subrayado nuestro). Esta ejecutoria es similar a la Casación No. 10691-2017-LIMA, pero emitida en el marco de la Ley No. 29245. Entendemos que cuando se señala que las labores de la contratista no deben circunscribirse a la actividad principal de la empresa contratante se quiso hacer referencia a la actividad nuclear, pero insistimos que se trata de una discusión pendiente dada la amplitud de la norma.

En la Casación No. 13749-2017-LIMA, la Corte Suprema amparó la declaratoria de invalidez de una concesión de limpieza pública, bajo el argumento de que la misma constituye una “*prestación de naturaleza permanente*”, “*además de ser uno de los servicios principales que las municipalidades brinda a la comunidad y de su ejecución depende el cuidado del medio ambiente y la salud pública*”. Creemos que la Corte de manera equivocada aplica a la municipalidad la legislación en materia de tercerización, cuando la normativa que regula las contrataciones estatales (Ley 30225 y su Reglamento, el Decreto Supremo 344-2018-EF) permite que las entidades públicas contraten privados para la ejecución de servicios públicos, como el de limpieza. No perdamos de vista, que el artículo 2 del Decreto Supremo No. 006-2008-TR señala que la tercerización en el sector público, “(...)

### 3. Ajustes en la contratación laboral

Un aspecto muy discutido por la jurisprudencia se refiere a la validez de la contratación temporal del personal empleado por los contratistas para honrar los contratos de prestación de servicios o ejecución de obra suscritos con sus clientes (empresas usuarias o principales).

En lo que a subcontratación se refiere (intermediación laboral, tercerización), el contrato a plazo fijo por obra determinada o servicio específico es frecuentemente empleado para cubrir el personal que se requiera para ejecutar la actividad subcontratada. Se respalda dicha contratación de duración determinada, alegando que la actividad que realizan a favor de la empresa principal es de naturaleza temporal, siendo esta “naturaleza” fijada por la duración determinada del contrato obra o servicio celebrado con la principal.

Este argumento, que genera una temporalidad debida a factores externos (duración del contrato mercantil entre subcontratista y empresa cliente) ocasiona que la estabilidad laboral de los trabajadores de la subcontratista se sujete a la voluntad de la principal pues si ésta decide dar por terminado el contrato con la empleadora, esta procederá a culminar las relaciones laborales de los trabajadores incorporados para satisfacer el negocio.

Si bien en nuestro país algunos autores descartan la utilización del mencionado contrato de duración determinada en razón a que el servicio que presta la contratista califica como una actividad permanente de la empresa principal (Arce, 2008), en nuestra opinión, dicha modalidad de contratación laboral en la subcontratación resulta válida en tanto:

- (i) Exista una real necesidad de cubrir el puesto de trabajo en razón a la celebración de un contrato de prestación de servicios o de ejecución de obra entre el empleador y su cliente.
- (ii) La actividad laboral del trabajador a contratar se enfoque únicamente en dicho contrato, de ahí la denominación de “obra determinada” o “servicio específico”.

---

*se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia”.*

- (iii) Se detalle la causa objetiva de contratación, relacionada con lo indicado en el literal (i), de manera clara y precisa en el contrato de trabajo temporal.

En este punto convendría modificar la regulación en materia de intermediación laboral y tercerización para establecer de manera expresa la validez del contrato a plazo fijo para incorporar al personal subcontratado, dado que la jurisprudencia ha tenido posiciones contradictorias al respecto.

En efecto, nuestro Tribunal Constitucional (TC) trató esta situación en la sentencia recaída en el Expediente No. 00804-2008-PA/TC, proceso de amparo seguido por Julio Eduardo Pezantes Alva contra la Empresa de Seguridad Vigilancia y Control S.A.C., ESVICSAC, en la cual el TC considera que el contrato de trabajo para obra determinada o servicio específico que el trabajador celebró con la mencionada empresa se habría desnaturalizado (convertido en indeterminado) en tanto el servicio de vigilancia que presta a la empresa usuaria es de carácter permanente.

36

Posteriormente, en una sentencia emitida en enero de 2012, correspondiente al expediente No. 03528-2011-PA/TC, proceso de amparo seguido por Jaime Ccopa Ramos contra la empresa de Construcción, Refacción y Mantenimiento S.R. L. (COREMA), el TC convalidó como causa objetiva para la contratación de un trabajador bajo la modalidad de obra determinada o servicio específico, el contrato de locación de servicios celebrado entre COREMA y la empresa Southern Perú Copper Corporation, para el mantenimiento y refacción de líneas férreas de esta última.

Luego, en la sentencia recaída en el Expediente No. 02508-2014-PA/TC, proceso seguido por Felipe Martínez Almerco contra IESA S.A., el TC nuevamente ha validado la contratación temporal efectuada por la demandada para cubrir un contrato de prestación de servicios celebrado con un cliente.

La Corte Suprema, en la Casación No. 18057-2017 TUMBES sostuvo que, *“(...) el servicio de limpieza que realiza la demandada (...) se trata de una actividad principal y objeto social, por lo que se está brindando un servicio que forma parte de su actividad habitual y principal; por consiguiente, debe ser ejecutado por trabajadores destacados con los cuales debe mantener un vínculo permanente y estable (...)”*.

La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) ha validado la contratación temporal de trabajadores en el marco de una subcontratación en su “Protocolo de fiscalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad”, No. 03-2016-SUNAFIL/INII aprobado por Resolución de Superintendencia No. 071-2016-SUNAFIL de fecha 2 de junio de 2016. En dicho Protocolo se contempla al contrato de servicios entre el empleador y la empresa principal como sustento válido de este contrato temporal.

Creemos que la mejor manera de zanjar esta discusión que genera inseguridad jurídica es mediante una modificación normativa que precise la validez del contrato temporal.

#### 4. Garantía de los derechos laborales y de seguridad social

Nuestro ordenamiento legal ha contemplado a la responsabilidad solidaria como una medida para mejorar los niveles de tutela de los trabajadores frente a procesos económicos complejos, como es el caso de la subcontratación, ante cuyo advenimiento carecen de control o poder de decisión alguno, y que más genera efectos negativos en sus relaciones de trabajo, tanto a nivel individual como colectivo (Rosenbaum, 2007, p.43).

Con la solidaridad se pretende garantizar la efectividad de los derechos laborales de los trabajadores de las empresas contratistas y los intereses de la seguridad social ante situaciones de incumplimiento de la contratista, con lo que “(...) *en definitiva, se persigue reducir los riesgos, que entraña esta forma descentralización productiva (...)*” (Soriano, 2007, p.324). Añade la autora que “*si el empresario principal es quien en mayor medida asume los beneficios económicos de la actividad que realizan los trabajadores de otros empresarios, deviene razonable que no quede inmune frente a posibles deudas de los contratistas para con sus trabajadores en situaciones de insolvencia (...)*” (Soriano, 2007, p.324).

La regulación de la responsabilidad solidaria en la intermediación laboral ha merecido las siguientes críticas por la doctrina (Arce, 2006, p.47), que hacemos nuestras y ameritarían una modificación normativa:

- (i) La responsabilidad solidaria solamente comprende a los derechos laborales de los trabajadores destacados, quedando sin esta protección las obligaciones de seguridad social no cubiertas por la fianza.

- (ii) La solidaridad no contempla el supuesto de encadenamiento de subcontrataciones de mano de obra, es decir, que una empresa principal contrate a una de servicios y esta a su vez a otra para que le ayude, en cuyo caso no es posible legalmente extender la solidaridad de la principal a la segunda empresa subcontratada. Si bien el encadenamiento está prohibido por la Ley 27626, vemos que la solidaridad, a diferencia de lo que ocurre en la tercerización, no alcanzaría a los demás subcontratistas.
- (iii) Existe una irrazonable exclusión de los organismos públicos de la responsabilidad solidaria<sup>34</sup>. La exclusión es ilegal, pues el reglamento va más allá de lo establecido por la ley, pues la misma no hace distinciones respecto a la condición de entidad pública o privada de la empresa usuaria, y además porque dicha exclusión carece de sustento objetivo, siendo por ende discriminatoria.
- (iv) El artículo 26° del Reglamento limita a la solidaridad a los derechos laborales de origen legal o colectivo no cubiertos por la fianza, dejando de lado a aquellos derivados de la voluntad unilateral del empleador, de la costumbre o de pactos individuales entre trabajador y empleador. Esta exclusión resulta irrazonable pues se trata al fin y al cabo de derechos laborales originados en fuentes distintas.

Tampoco se regula el plazo con que cuentan los trabajadores de la empresa contratista para reclamar al principal por el pago de los beneficios laborales devengados durante el desplazamiento, a diferencia de lo que ocurre con la tercerización. La respuesta que surge es la aplicación del plazo prescriptorio de cuatro (4) años previsto en la Ley No. 27321 en ausencia de un plazo específicamente regulado. Este ejercicio no se encuentra exento de cuestionamientos pues no se trata de una responsabilidad directa pues la empresa usuaria no termina siendo la empleadora. Debería, como ocurre con la tercerización, contemplarse un plazo prescriptorio distinto, menor a los 4 años.

---

34 Primera Disposición Final del Reglamento, Decreto Supremo No. 003-2002-TR: "Primera. - Los organismos públicos se rigen específicamente por las normas especiales de presupuesto y las de contrataciones y adquisiciones del Estado, por lo que no resultan aplicables las disposiciones sobre fianza y solidaridad".

En la tercerización

A diferencia de lo que ocurre con la intermediación laboral, la solidaridad contemplada en la tercerización comprende también a las obligaciones en materia de seguridad social, asimismo, tanto los derechos laborales comprendidos en la solidaridad, como estas últimas, son las provenientes de fuente legal, no existiendo reconocimiento alguno a las originadas en los convenios colectivos de trabajo, contratos de trabajo, costumbre, voluntad unilateral del empleador, entre otras, lo cual inexplicablemente limita a la responsabilidad solidaria. Esto debería ser modificado.

## 5. Garantía de los derechos colectivos

En lo relativo a las relaciones colectivas de trabajo, la subcontratación dificulta seriamente la sindicación y el derecho a negociar colectivamente, se disgrega al colectivo asalariado haciendo casi imposible su unificación para efectos reivindicativos. Al ser los trabajadores “asalariados externos” no tienen vínculo alguno con la empresa en la que laboran (López, 1996, p.6). Ello impacta en la sindicación, la negociación colectiva y, qué duda cabe, la huelga.

Frente a ello surgen algunas propuestas que podrían evaluarse, para fortalecer el ejercicio de los derechos colectivos en la subcontratación:

- (i) La representación conjunta de trabajadores de las empresas contratistas por parte de los órganos de representación de la empresa principal. Este argumento extraído de la doctrina española, y basado en el artículo 42.6 del Estatuto de Trabajadores de España, señala que, cuando los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas carezcan de representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan el centro de trabajo. (Soriano 2007, p.245).

En relación a empresas contratistas que no alcancen umbrales mínimos para la constitución de sindicatos u órganos de representación, este mecanismo será muy útil para proteger los derechos colectivos de los trabajadores desplazados a la principal (Soriano 2007, p.245). Teniendo en consideración que uno de los efectos de la descentraliza-

ción productiva es el empequeñecimiento empresarial, y la estructuración de relaciones interempresariales en una red de empresas, y que en nuestro país el número mínimo de trabajadores para constituir un sindicato es de veinte (20), la medida sugerida es importante.

- (ii) Coordinación intersindical: sindicatos de contratas y sindicatos de empresas principales.

En el ordenamiento español, el artículo 42.7 del Estatuto de los Trabajadores prevé la posibilidad de que los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y los de las contratistas o subcontratistas, cuando compartan de forma continuada el centro de trabajo, puedan reunirse para coordinar entre ellos en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral.

Sobre el particular, se afirma que, *“estamos ante una concreta medida incentivadora e impulsadora de la coordinación entre los representantes de los trabajadores de las diversas empresas que comparten centro de trabajo y están vinculadas por lazos de subcontratación estables”* (Soriano 2007, p. 257).

Esta posibilidad reviste una gran importancia cuando de lo que se trata es de acercar la problemática laboral de los trabajadores de las contratistas desplazados a los centros de trabajo de las empresas principales, en la medida que los representantes sindicales de aquellos podrán coordinar y por qué no informar sus necesidades laborales a los representantes de las empresas principales.

- (iii) Mantenimiento de la representación sindical en supuestos de sucesión de contratistas.

Una alternativa recogida en el Estatuto de Trabajadores de España consiste en que la representación sindical continúe, aunque cambie la titularidad del contratista o exista una transmisión empresarial que involucre a la contrata. Lo que se busca evitar es que el cambio de titularidad empresarial extinga la representación sindical, abogándose por su continuidad. (Soriano 2007, p.257).

El objeto de esta medida es considerar dos tipos de garantías, la primera, de asegurar un sistema de representación suficiente tras la transmisión, y la segunda de proteger a quienes en el momento de la transmisión ostentaban el cargo de representantes de los trabajadores.



(iv) La negociación colectiva transversal

Este mecanismo, visto como una forma de reconstruir las instituciones laborales, supone que los trabajadores de las empresas contratistas negocien tanto con las contratistas como con las empresas principales, en una suerte de acuerdos laborales tripartitos. En los mismos se discutirán temas relativos a condiciones económicas, de seguridad social, seguridad salud en el trabajo, entre otras condiciones generales de trabajo. (Sanguinetti, 2008).

Si bien “no debería descartarse la posibilidad de conjugar nuevas formas de negociación de carácter transversal”, compartimos la opinión de inicialmente propender hacia la celebración de pactos entre empresario principal y contratistas, conocidos bajo el nombre de “cartas de subcontratación” dirigidas a garantizar condiciones laborales adecuadas para los trabajadores de las contratistas (Soriano 2007, p.308).

Resulta sin duda interesante la posibilidad de que la empresa principal y las contratistas pacten condiciones mínimas para los trabajadores de estas últimas desplazados en aquellas, en futuro la regulación debería ir más allá, reconociendo la negociación colectiva entre los trabajadores de las contratistas, desplazados a las principales, éstas y las contratistas.

En todo caso, esta alternativa requerirá de un análisis y estudio más profundo, y sin duda, de un cambio de mentalidad en nuestro ordenamiento local.

### III. Conclusiones

La subcontratación es un fenómeno de organización empresarial de gran impacto laboral que se fundamenta en la libertad de empresa, también reconocida en la Constitución. Desde luego, como todo ejercicio de un derecho, este tiene como límite los derechos de terceros, principalmente, de los trabajadores involucrados en la misma.

La regulación, tanto de la intermediación laboral como de la tercerización, que es como nuestra legislación denomina a las expresiones de la subcontratación, puede mejorarse, de manera equilibrada, sin llegar a excesos tendientes

a su desaparición, como ha ocurrido con algunos proyectos de ley que vienen circulando en nuestro país.

En este artículo hemos planteado una modificación conceptual cuyo objetivo es que la regulación se encuentre en sintonía con lo normado en otras legislaciones, consistente en considerar solamente a la asignación provisional de trabajadores que realiza la empresa de intermediación en el caso de los denominados servicios temporales como un destaque de mano de obra. La intermediación de servicios complementarios y la de servicios altamente especializados constituye una manifestación de la subcontratación de provisión de bienes o prestación de servicios (tercerización de servicios), por lo que debería cambiarse nuestra legislación en dicho sentido.

También proponemos una regulación expresa de la validez del uso del contrato temporal para contratar al personal involucrado en la subcontratación, pues los vaivenes jurisprudenciales generan una inseguridad jurídica que debemos evitar. Si bien técnicamente no haría falta un cambio legislativo, es mejor pecar por exceso que por defecto.

**42**

Adicionalmente, debe precisarse en la normativa qué actividades de la empresa principal pueden ser subcontratadas. Ello con la finalidad de descartar la delegación de actividades nucleares, las cuales, como se ha detallado en este artículo, difieren de las principales.

Con el objetivo de que la responsabilidad solidaria cumpla con su rol de garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social del personal involucrado en la subcontratación, creemos oportuno realizar algunos ajustes a su regulación, incorporando las obligaciones previsionales en la intermediación laboral, incluyendo a organismos públicos y fijando un plazo prescriptorio. Esto último para contribuir con la consecución de la tan necesaria seguridad jurídica.

El ejercicio de los derechos colectivos, que negativamente son impactados por la subcontratación, debe ser respaldado con reformas normativas como, por ejemplo, hacer posible que la representación de trabajadores de la empresa contratista plantee sus reivindicaciones a los representantes de los trabajadores de la principal, la coordinación intersindical, el mantenimiento de la representación sindical ante una sucesión de contratas, entre otras medidas.

## IV. Bibliografía

- ARCE ORTIZ, Elmer (2008). Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Lima. Palestra.
- ARCE ORTIZ, Elmer (2008). “Imputación de cargas laborales en la subcontratación ¿persiguiendo un gigante o un molino de viento?”. Ponencia presentada en el Tercer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- ARCE ORTIZ, Elmer (2006). Subcontratación entre empresas y la relación de trabajo en el Perú. Colección Derecho PUCP. Palestra.
- BENSUSAN, Graciela (2007). “La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿problemas de diseño institucional o de implementación?”. En: Comunidad Andina de Naciones. La subcontratación laboral- análisis y perspectivas Cuadernos de Integración Andina.
- BRONSTEIN, Arturo S. (2007). “La subcontratación laboral”. Versión revisada de la ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio celebrado en Santo Domingo, República Dominicana, en abril de 1999. En: Comunidad Andina de Naciones. La subcontratación laboral- análisis y perspectivas Cuadernos de Integración Andina. No. 20. Lima.
- CRUZ VILLALÓN Jesús (1999). *Outsourcing, contratas y subcontratas*. Ponencia presentada al X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza.
- CRUZ VILLALÓN Jesús (2009). La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales. Lima. Editorial Grijley.
- DEL REY GUANTER, Salvador y Carolina Gala Durán. “Trabajo autónomo y descentralización productiva: Nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia.
- ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO Natalia (2009). “Descentralización, tercerización, subcontratación”. Lima. Organización Internacional del Trabajo, Proyecto FSAL.
- FERNANDEZ, Hugo y GAUTHIER, Gustavo (1997). “La tercerización y el Derecho del Trabajo” En: Revista de Derecho Laboral. Tomo XL. No. 186.

- GORELLI HERNANDEZ, Juan (2007). “La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva”. Madrid. Grupo Difusión.
- LOPEZ, Diego (1996). La subcontratación y la precarización del empleo. En: [www.lexisnexis.cl/boletin/1996/101996.pdf](http://www.lexisnexis.cl/boletin/1996/101996.pdf).
- RACCIATTI, Octavio Carlos (1997). “Tercerización: exteriorización del empleo y descentralización productiva” en revista Derecho Laboral, Tomo XL No. 185.
- ROSENBAUM, Jorge y CASTELLO, Alejandro (2007). Régimen jurídico de la subcontratación e intermediación laboral. Primera edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo y otros (2018). Impacto laboral de las redes empresariales. Granada. Editorial Comares.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2008). Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del trabajo. En: <http://www.wilfredosanguinetidiles.wordpress.com/2008/12/transf-emp-y-dt-wsanguineti-rdsl-version-final1.pdf>. p.23
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2008). “Los contratos de trabajo de duración determinada”. Lima. Gaceta Jurídica.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (1997). Contrato de Trabajo y Nuevos Sistemas Productivos. Lima. Ara Editores.
- SORIANO CORTES, Dulce (2007). Las Contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla, Ediciones Mergablum.