

LA TERCERIZACIÓN LABORAL (OUTSOURCING)

Omar Toledo Toribio¹

*“Cuando el resultado que se obtiene de una rápida liberalización comercial es el aumento del desempleo, es posible que no se noten los beneficios que ésta prometía. Cuando los trabajadores pasan de puestos de trabajo de baja productividad, pero protegidos, al desempleo, es probable que aumente la pobreza, no el crecimiento”.*²

RESUMEN

En el presente artículo se aborda el marco teórico de la tercerización (*outsourcing*), esto es, en lo referido a la definición, la ubicación conceptual del contrato y los antecedentes de la tercerización en el Perú. Luego existe un análisis de la regulación de la tercerización en el Perú para luego enfocar la regulación de la tercerización en el derecho comparado. En efecto se comenta los alcances de esta figura en Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela, Uruguay y España. Finalmente, se establecen las conclusiones y la propuesta legislativa, esto es, el proyecto de ley que el autor considera debe adoptarse con el objeto de que regule de forma más extensa y completa la aplicación del *outsourcing*, esto es, los servicios de tercerización, de tal forma que lejos

1 Doctor en Derecho y Ciencia Política (UNMSM), Magister en Derecho (UNMSM), Juez Supremo (p) de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Juez Superior Titular, Ex Presidente de la Cuarta Laboral Permanente de Lima encargada de conocer la Nueva Ley Procesal de Trabajo, con estudios en Litigación Oral en el California Western School Of Law (San Diego U.S.A), en la Universidad de Medellín y en la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de Colombia. Catedrático de la Facultad de Derecho –Unidad de Post Grado, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Sección de pre y post grado) de la Universidad de San Martín de Porres. Profesor Principal de la Academia de la Magistratura. Asociado Ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Delegado en Perú de la Asociación Latinoamericana de Jueces de Trabajo. Ostenta la Condecoración con la Orden de Trabajo en Grado de Oficial otorgada el año 2010.

2 Joseph E. Stiglitz. Como Hacer que Funcione La Globalización. Taurus, Pensamiento, Colombia 2006, p. 101.

de ser una forma de evadir el cumplimiento de las normas laborales se constituya en un efectivo instrumento de generación de empleo con calidad y con garantía de efectiva vigencia de los derechos laborales.

PALABRAS CLAVE: *Descentralización productiva. Tercerización. Outsourcing. Intermediación Laboral. Actividad Nuclear.*

I INTRODUCCIÓN

Si bien la Ley que regula los servicios de tercerización laboral en el Perú, Ley N° 29245, define lo que se entiende por tercerización y establece normas que regulan esta figura, no aborda de manera precisa un tema neurálgico como es determinar si mediante la tercerización se puede descentralizar o no la actividad nuclear – *corebusiness* - de la empresa. A ello se añade que al día siguiente de la dación de la Ley 29245, se dictó el Decreto Legislativo N° 1038 que mediatizó algunas de sus normas limitando el ámbito de aplicación de la misma y restringiendo la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones laborales entre la empresa usuaria y la empresa tercerizadora, lo cual ha sido reflejado con mayor énfasis con la expedición del Reglamento aprobado por el D.S. 006-2008-TR, norma esta última que además abre las puertas a la utilización de la tercerización incluso para el cumplimiento de las funciones nucleares de la empresa.

Como consecuencia de ello se ha observado que las empresas han recurrido de manera más intensiva a la tercerización incluso de las actividades esenciales o nucleares de las mismas. Este recurso frecuente a recurrir a la tercerización ha originado la aparición de numerosas empresas de tercerización, muchas de las cuáles carecen del equipamiento propio que justifique su autonomía respecto a la empresa usuaria.

Si bien resulta innegable la importancia del *outsourcing* o tercerización, como herramienta de gestión de la empresa moderna que contribuye a hacerla competitiva, la utilización indiscriminada de dicha figura, incluso para el desarrollo de la actividad nuclear de la empresa, y, la intervención de empresas tercerizadoras que no cuentan con autonomía ni equipamiento propio, convierte a este mecanismo en un vehículo de abaratamiento de los costos laborales afectando los derechos de los 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 tercerista.

Precisamente frente a la citada cuestión problemática en el presente trabajo nos planteamos la siguiente pregunta: la utilización indiscriminada de la figura de la tercerización, incluso para el desarrollo de la actividad nuclear de la empresa, y la intervención de empresas tercerizadoras que no cuentan con autonomía ni equipamiento propio, convierten a este mecanismo en instrumento de abaratamiento de los costos laborales afectando los derechos de los trabajadores por lo que resulta necesario que se promulgue una norma que regule de forma más completa y precisa los servicios de tercerización, de tal forma que lejos de ser una forma de evadir el cumplimiento de las normas laborales se constituya en un efectivo instrumento de generación de empleo con calidad y con garantía de efectiva vigencia de los derechos laborales.

A partir de esta hipótesis la investigación aborda en la primera parte el marco teórico de la tercerización (*outsourcing*), esto es, en lo referido a la definición y los antecedentes de la tercerización en el Perú.

En la segunda parte se enfoca la regulación de la tercerización en el Perú explicando de manera sistemática la ley que regula los servicios de tercerización, los elementos característicos como es la pluralidad de clientes, el equipamiento y local propio, y otros elementos de juicio o indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de una simple provisión de personal, los derechos de los trabajadores, la desnaturalización de la tercerización, el contenido de los contratos, los derechos de información de los trabajadores y la responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales.

En la tercera parte se efectúa un análisis de la regulación de la tercerización en el derecho comparado. En efecto se comenta los alcances de esta figura en Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela, Uruguay y España. Si se quiere obtener un denominador común en las legislaciones se aprecia que tienden a establecer una serie de medidas con el objeto de evitar que la tercerización se convierta en un mecanismo destinado únicamente a ahorrar costos laborales perjudicando los derechos de los trabajadores. Finalmente, se establecen las conclusiones y la propuesta legislativa, esto es, el proyecto de ley que el autor del libro considera debe adoptarse con el objeto de que regule de forma más extensa y completa la aplicación del *outsourcing*, esto es, los servicios de tercerización, de tal forma que lejos de ser una forma de evadir el cumplimiento de las normas laborales se

constituya en un efectivo instrumento de generación de empleo con calidad y con garantía de efectiva vigencia de los derechos laborales.

Entre las conclusiones obtenidas podemos señalar que existe una utilización indiscriminada de la figura de la tercerización, incluso para el desarrollo de la actividad nuclear³ – *corebusiness* - de la empresa, que la ley y el reglamento de la tercerización permiten la intervención de empresas tercerizadoras que no cuentan con autonomía ni equipamiento propio, que la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones laborales se encuentra restringida, que los órganos jurisdiccionales enfrentan una gran cantidad de procesos sobre tercerización fraudulenta, que la tercerización se ha convertido en un mecanismo de abaratamiento de los costos laborales afectando los derechos de los trabajadores, por lo que resulta necesario que se promulgue una norma que regule de forma más adecuada los servicios de tercerización.

2 TERCERIZACIÓN (OUTSOURCING)

2.1 Definición

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 éste (*insourcing*) o fuera de él (*outsourcing*), de manera que los trabajadores de la contratista se encuentran bajo las órdenes y el control de éste 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.

3 En efecto esta posición ha sido denotada por Jorge Toyama Miyagusuku, quien señala lo siguiente: "Para otros, sin embargo, la tercerización debería proceder solamente respecto de actividades que califican como complementarias. Así por ejemplo, el profesor Toledo indica que: "una empresa puede tercerizar o descentralizar todas sus actividades, excepto aquellas que tienen que ver con su *corebusiness*, esto es su actividad nuclear". En: Los contratos de trabajos y otras instituciones del derecho laboral", Lima 2008, Gaceta Jurídica S.A, p. 171.

En doctrina, la tercerización es conocida como outsourcing, figura que es definida por Juan Razo Delgue como “la transferencia al externo de la empresa de etapas de la gestión y de la producción, reteniendo ésta el control sobre las mismas”⁴ 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 outsourcing 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”.⁵

El uso más extendido e intenso de la tercerización, en el ámbito de la gestión empresarial, es un fenómeno que se explica por el avance de la tecnología y la especialización. Cada vez con mayor convicción, cunde el convencimiento de que a una empresa le conviene confiar ciertas partes de su labor a terceros, para lograr ventajas de una menor inversión propia en capital, un trabajo eficiente brindado por empresas especializadas en la tarea, y un menor coste. 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 corebusiness (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 eficientes que, a la larga, se convierta en un valioso socio de negocios. En eso consiste el outsourcing”.

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 propor-

4 En Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y Derecho del Trabajo, Fundación de la Cultura Universitaria, Montevideo, año 2000, p.38.

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

cione 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. En el Perú 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 mediante el D.S.Nº 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 corebusiness de la empresa, hacia un proveedor especialista”⁶

6 OUTSOURCING la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios. Grupo Editorial Norma, Lima, abr.2004, p. 31.

Para Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez Sañudo Gutiérrez y Joaquín García Murcia, determinados ciclos o procesos productivos, debido a su complejidad, son llevados a cabo no por una sola organización empresarial sino por varias coordinadas entre sí pero que, a diferencia de las empresas integradas en los grupos que se han estudiado ya, conservan autonomía económica además de la jurídica. Es un caso frecuente, por ejemplo, en el sector de la construcción y obras públicas y en el sector de construcción naval; es un fenómeno más reciente su extensión a empresas del sector servicios (banca, informática, transportes, por ejemplo), cuando aquéllas desplazan una parte de su actividad hacia otras distintas.

Variado conjunto de casos de descentralización productiva a través de las prácticas de subcontratación entre empresas que se encuadra frecuentemente en el término genérico de externalización de los procesos productivos de la empresa (outsourcing en la terminología anglosajona), incentivado hoy sobre todo por razones económicas, como son la reducción de personal y de costes fijos en la empresa principal o el aumento de rentabilidad y de su flexibilidad de funcionamiento. Lo cual, a su vez, obliga a plantear cuáles pueden ser los efectos jurídicos provocados para los trabajadores de las empresas que se hacen cargo de esa parte descentralizada de la producción de la empresa principal.

El ordenamiento laboral ha dedicado tradicionalmente a esta figura una atención especial. Esto se debe, en primer lugar, a que, incluso cuando la contrata o subcontrata se utilice lícitamente y sin ninguna intención fraudulenta, se produce un desplazamiento de responsabilidades empresariales cuyos efectos es necesario prever y regular. De ahí que la reacción del ordenamiento haya sido la de crear una regulación protectora del trabajo en contratas; en otras palabras, una regulación en la que los trabajadores de la empresa auxiliares vean asegurado el cumplimiento de las obligaciones empresariales y reciban un tratamiento similar al de los trabajadores de la empresa principal.⁷

Para Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, en la tercerización es preciso distinguir con claridad entre dos figuras:

El traficante de mano de obra que adopte la apariencia de empresario real, al que se asimila el pretendidamente independiente de otro principal

7 Martín Valverde Antonio, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín y García Murcia, Joaquín. *Derecho Del Trabajo*, Decimoctava Edición, Editorial Tecnos, Madrid 2009, p. 237.

para el cual exclusivamente trabajada; estamos ante una forma de la recién analizada cesión ilícita de mano de obra a la que se ha de aplicar ET, art.43.

El empresario [*contratista*] que “asumiendo los riesgos, obligaciones y responsabilidades propios de dicha condición de empresario” [...], con “una organización y gestión propias”(Rodríguez-Piñero), asume la realización de obras o servicios cuya ejecución le confía otro [*empresario principal*], para sí propio o para la ejecución de un encargo que a su vez ha recibido de otro empresario, en cuyo caso éste es el principal, lo que quiere decir que el contratista subcontrata [confía a un *subcontratista*] parte de su encargo(apareciendo entonces la serie [1] empresario principal, [2] contratista, [3] subcontratista, en vez de la serie simple empresario principal-contratista). Contratos todos ellos lícitos -resultantes de la amplia posibilidad del uso por cada empresa de empresas auxiliares-, cuyos efectos laborales reflejos se abordan por ET, art.42.⁸

Según Wilfredo Sanguinetti Raymond, la Tercerización aparece vinculada a la realización por un tercero, en virtud de un acuerdo contractual, de una obra, un servicio o una actividad especializada, la cual deberá ser ejecutada por éste con autonomía, asumiendo todos los riesgos y con disposición de una organización y recursos propios, así como de personal a él subordinado. Emblemática resulta aquí la definición aportada en el caso del Perú por el artículo 2 de la Ley 29.245, de acuerdo con el cual “se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores se encuentren bajo su exclusividad subordinación”.⁹

3 ANTECEDENTES DE LA TERCERIZACIÓN EN EL PERÚ

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

8 Olea Manuel Alonso, Casas Baamonde María Emilia. Derecho Del Trabajo. 19.ed. Rev. Madrid, 2001, p. 115-116.

9 Sanguinetti Raymond,Wilfredo. Derecho Del Trabajo. Tendencias Contemporaneas. Lima: GRIJLEY, 20013, p. 206-207.

de servicios. Sin embargo, el artículo 4º 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 aplicación, de este mecanismo ha originado malestar en determinados sectores laborales, especialmente en el área de la minería. Esto suscitó 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 4º-A, 4º-B y 4º-C.

El artículo 4º-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 4º-B de la citada norma hace referencia a la desnaturalización de la tercerización estableciendo que la contratación de servicios que incumpla las disposiciones del artículo 4º, 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 comento 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 .

Finalmente, a partir del año 2008 en nuestro medio existe una regulación específica de la tercerización. En efecto, se expide la LEY N° 29245 (24-06-08) y, al día siguiente, el DECRETO LEGISLATIVO N° 1038 (25-06-08) que constituyen las normas que regulan los servicios de tercerización, normas que han sido reglamentadas por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, publicado en el Diario “El Peruano” el 12 de septiembre del 2008.

4 LA REGULACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN EN EL PERÚ

4.1 Ley que regula los servicios de tercerización

La Ley N° 29245 recoge en gran medida las disposiciones que ya se habían previsto en el Decreto Supremo N° 020-2007-TR.

El Artículo 2 de la ley 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 – corebusiness - 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.

Es el reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR que en su artículo 2 define el ámbito de la tercerización en los siguientes términos: El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.

Teniendo en cuenta que en virtud a lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución Política del Estado una norma reglamentaria no puede contradecir o desnaturalizar lo dispuesto por la ley, nosotros sostenemos que no es posible tercerizar la actividad nuclear, esto es, el *corebusiness*, que constituye la razón de ser de la empresa y que precisamente es el tema central que abordaremos en la presente tesis.¹⁰

5 ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS

Conforme a lo señalado en la segunda parte del artículo 2 de la ley constituye elementos característicos de la tercerización, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento y local, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.

10 En efecto esta posición ha sido denotada por Jorge Toyama Miyagusuku, quien señala lo siguiente: "Para otros, sin embargo, la tercerización debería proceder solamente respecto de actividades que califican como complementarias. Así por ejemplo, el profesor Toledo indica que: "una empresa puede tercerizar o descentralizar todas sus actividades, excepto aquellas que tienen que ver con su *corebusiness*, esto es su actividad nuclear". En: Los contratos de trabajos y otras instituciones del derecho laboral. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p.171.

El Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°006-2008-TR, en adelante EL REGLAMENTO, en su artículo 4.1 establece que los elementos propios de los servicios de tercerización que se encuentran regulados en el segundo párrafo artículo 2 de la Ley constituyen, entre otros, indicios de la existencia de autonomía empresarial, los cuales deben ser evaluados en cada caso concreto, considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora.

Corresponde señalar que el citado artículo 4.1 del reglamento ha sido materia de un proceso de Acción Popular planteado por Sindicato Unitario de Trabajadores Operadores de Estación de Control de Agua Potable y Alcantarillad, siendo que la Segunda Sala Laboral de Lima, en el proceso N° 169-08-AP, mediante resolución de 29 de diciembre de 2010, resolvió lo siguiente:

8.- Siendo así, en relación al cuestionamiento del demandante al **numeral uno del artículo cuarto del Reglamento** cabe señalar lo siguiente: Del análisis del artículo 2 de la Ley N°29245, se puede concluir que categóricamente fija la definición de tercerización, como 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. Además en este mismo artículo, segundo párrafo, nos informa cuales son 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. Por otro lado, en este artículo remarca que en ningún caso se admite la sola provisión de personal.

9.- De lo que se advierte a todas luces es que la definición y características establecidas por la norma, si bien es cierto es amplia y genérica en el ámbito de su aplicación, no lo es en cuanto establece los parámetros objetivos para la configuración de la tercerización, con sus características propias y definidas los cuales se configuran copulativamente y no de forma independiente, por lo que no dan espacio para el análisis e interpretación. Sin embargo, el numeral 1 del artículo 4 del Reglamento bajo análisis, al referirse a los elementos propios de los servicios de tercerización, estipula que los “indicios de la existencia de autonomía empresarial, los cuales deben ser evaluados en cada caso concreto, considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora”. De lo anterior se advierte de la precitada norma del Reglamento al refe-

irse a la autonomía empresarial permite una evaluación en cada caso concreto, en función a un conjunto de criterios, lo cual desvirtúa lo regulado por la Ley y permite que se pueda desnaturalizar la figura de tercerización como está regulada en la Ley pues, como se ha señalado líneas arriba, la tercerización constituye un instrumento de gerencia moderna que no es negativa en sí salvo su desnaturalización. Siendo así, en este punto, resulta fundada la demanda de acción popular.

Del análisis de la sentencia citada se puede concluir que la Segunda Sala Laboral de Lima declaró fundada, en parte, la demanda de Acción Popular e inaplicable el citado artículo 4.1 del REGLAMENTO. Sin embargo, con fecha de 20 octubre del 2011 la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica revoco la citada sentencia y declaro infundada la demanda (Exp. AP N°1338-2011-Lima).

5.1 Pluralidad de clientes

El Decreto Legislativo N° 1038, publicado al día siguiente de la Ley 29245, respecto a la pluralidad de clientes, establece que las empresas comprendidas en los alcances de la Ley N° 29245 podrán adecuarse a lo dispuesto por el artículo 2° de la misma, en lo que respecta a la pluralidad de clientes, en un plazo de un año a partir de la vigencia de la indicada ley. De igual plazo dispondrán las empresas que recién se constituyan, a contar desde el momento de su constitución.

Señala asimismo que esta disposición no exonera de la prohibición de efectuar simple provisión de personal ni de las exigencias de autonomía empresarial en la tercerización de servicios. En casos excepcionales, por razones objetivas y demostrables, la pluralidad de clientes puede ser no considerada como característica. El Reglamento de la Ley N° 29245 precisará lo pertinente a tal situación.

En efecto, el REGLAMENTO en su artículo 4.2 establece lo siguiente: De acuerdo con lo previsto por el artículo 1 del Decreto Legislativo, la pluralidad de clientes no será un indicio a valorar en los siguientes casos:

- a) Cuando el servicio objeto de tercerización sólo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora;
- b) Cuando, en base a la naturaleza del servicio u obra, existan motivos atendibles para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora;

c) Cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa.

Corresponde señalar que el citado artículo 4.2 del reglamento fue materia de un proceso de Acción Popular planteado por Sindicato Unitario de Trabajadores Operadores de Estación de Control de Agua Potable y Alcantarillado, proceso antes citado, siendo que la Segunda Sala Laboral de Lima, en el proceso N° 169-08- AP, mediante resolución de 29 de diciembre de 2010, resolvió lo siguiente:

10.- En relación al cuestionamiento realizado por el sindicato accionante **al punto 4.2, literales a, b y c**. Al respecto es preciso señalar que el Decreto Legislativo N°1038, artículo 1, al referirse al plazo para adecuación al artículo 2 de la Ley N° 29245, en el párrafo in fine, se aprecia que esta norma autoriza a que este punto se regule posteriormente en el Reglamento, cuando señala que: “En casos excepcionales, por razones objetivas y demostrables, la pluralidad de clientes puede ser no considerada como característica. El Reglamento de la Ley N° 29245 precisará lo pertinente a tal situación.” (Sic). Siendo que existe una delegación expresa efectuada a través del Decreto Legislativo N° 1038, el cual tiene rango de ley, a efectos de que el Reglamento regule este aspecto, no se evidencia contravención alguna la ley de tercerización. Por lo que en este segmento corresponde declarar infundada la demanda.

5.2 Que cuente con equipamiento y local

Respecto a este elemento debemos señalar que con el objeto de evitar situaciones de fraude o simulación de tercerización se requiere que la empresa tercerizadora debe contar con equipamiento, lo que significa que las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquella.

Sin embargo, el artículo 4.3 del REGLAMENTO prevé que cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral.

Corresponde señalar que el citado artículo 4.3 del REGLAMENTO ha sido materia de un proceso de Acción Popular planteado por Sindicato Unitario de Trabajadores Operadores de Estación de Control de Agua

Potable y Alcantarillado, siendo que la Segunda Sala Laboral de Lima, en el proceso N° 169-08- AP antes citado, mediante resolución de 29 de diciembre de 2010, resolvió lo siguiente:

11.- En relación al cuestionamiento al primer párrafo del **punto 4.3 del Reglamento** y en cuanto al segundo párrafo de este punto en el extremo que se declara “Cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración”. Como se ha mencionado líneas arriba la ley de tercerización en su artículo dos establece, como parte integrante de la definición de la tercerización, que las empresas tercerizadoras “cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales”, asimismo, señala como uno de sus elementos que lo caracterizan a las empresas tercerizadoras es “que cuente con equipamiento,” , de lo que se aprecia que la Ley en mención no regula este aspecto bajo la figura de “propiedad” pues debe tenerse en cuenta además que en la gestión de las empresas existen mecanismos como el arrendamiento financiero (leasing) mediante los cuales las misma pueden contar con equipamiento. Siendo así, este extremo no contraviene la Ley de tercerización, por lo que debe declararse infundado.

12.- En relación al cuestionamiento al segundo párrafo del **punto 4.3 del Reglamento** respecto del extremo que establece “[...] o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral”. Como se ha señalado líneas arriba, la empresa tercerizadora debe contar necesariamente con el local o equipamiento necesario para el cumplimiento de la actividades o proceso encargados por la empresa principal, esto constituye un elemento caracterizante de la tercerización.

13.- Que, como se tiene anotado, los equipos o locales, antes mencionados, deben ser utilizados bajo la administración de la empresa tercerizadora, es decir, que deben estar a cargo de esta última. En consecuencia, al señalarse en el Reglamento la disyuntiva “o” con el complemento “formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral”, en el supuesto en comentario, se abre la posibilidad de que se desnaturalice la tercerización pues se está permitiendo que el equipamiento pueda ser proporcionado por la empresa principal bajo el argumento o justificación de que forma parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral. De esta forma, se estaría desvirtuando uno de los elementos típicos de la tercerización, esto es, que la contratista cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales. Siendo así, dicho extremo de la demanda resulta amparable.

Del análisis de la sentencia citada se puede concluir que la Segunda Sala Laboral de Lima declaró fundada, en parte, la demanda de Acción Popular e inaplicable el citado artículo 4.3 del Reglamento. Sin embargo, con fecha de 20 octubre del 2011 la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica revoco la citada sentencia y declaro infundada la demanda (Exp. AP N°1338-2011-Lima).

5.3 Otros elementos

Tanto la empresa tercerizadora como la empresa principal podrán aportar otros elementos de juicio o indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de una simple provisión de personal, tales como la separación física y funcional de los trabajadores de una y otra empresa, la existencia de una organización autónoma de soporte a las actividades objeto de la tercerización, la tenencia y utilización por parte de la empresa tercerizadora de habilidades, experiencia, métodos, secretos industriales, certificaciones, calificaciones o, en general, activos intangibles volcados sobre la actividad objeto de tercerización, con los que no cuenta la empresa principal, y similares. (Artículo 4.4 del REGLAMENTO).

6 DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

El artículo 2 de la LEY señala que la aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

Por otro lado, el artículo 4 de la misma LEY señala que los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora realiza el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, en el cual debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.

Asimismo, el artículo 7 de la LEY establece que los trabajadores de las empresas que prestan servicio de tercerización tienen los siguientes derechos, sin perjuicio de los ya establecidos en la legislación laboral vigente:

Los trabajadores bajo contrato de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminados. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización, respecto de su empleador;

Los trabajadores que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal en una tercerización, cualquiera fuese la modalidad de contratación laboral utilizada, como todo trabajador contratado a tiempo indeterminado o bajo modalidad, tiene respecto de su empleador todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa vigente; en consecuencia, los trabajadores no están sujetos a subordinación por parte de la empresa principal;

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 laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical;

Cuando corresponda, los trabajadores pueden interponer denuncias ante la Autoridad Administrativa de Trabajo o recurrir al Poder Judicial, para solicitar la protección de sus derechos colectivos, incluyendo los referidos en el numeral 2 del presente artículo, a impugnar las prácticas antisindicales, incluyendo aquellas descritas en el numeral 3 del presente artículo, a la verificación de la naturaleza de los contratos de trabajo sujetos a modalidad de acuerdo con la legislación laboral vigente, a impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación, y obtener, si correspondiera, su reposición en el puesto de trabajo, su reconocimiento como trabajador de la empresa principal, así como las indemnizaciones, costos y costas que corresponda declarar en un proceso judicial, sin perjuicio de la aplicación de multas.

7 DESNATURALIZACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN

El artículo 5 de la LEY señala que “los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan que los

trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes.”

El REGLAMENTO en su artículo 5 considera que se produce la desnaturalización de la tercerización: a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente reglamento 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. c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.

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

8 RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR LOS DERECHOS LABORALES

El artículo 9 de la LEY establece que La empresa principal que contrate 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 la LEY respecto a la solidaridad 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 “Ramírez c/ Russo Comunicaciones e Insumos S.A”, impone de una manera inequívoca la responsabilidad solidaria, como medio para proteger al trabajador (acree-

dor), 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.¹¹

Sin embargo, el Decreto Legislativo N°1038 ha establecido las siguientes limitaciones a la solidaridad regulada por la LEY. En ese sentido se señala que:

a) De conformidad con el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 junio 2008, las obligaciones y restricciones establecidas en los artículos 4 al 9 de la presente Ley, son aplicables a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica;

b) De conformidad con el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 junio 2008, la solidaridad a que se refiere el artículo 9 de la presente Ley se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral;

c) De conformidad con el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 junio 2008, la empresa principal obligada a asumir obligaciones de la tercerista, en razón de la solidaridad establecida por la presente Ley, tiene derecho de repetición contra ésta, y adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra.

El Reglamento respecto a la solidaridad señala lo siguientes alcances: la extensión de responsabilidad a la que se refiere el artículo 9 de la Ley alcanza al empresario principal, al contratista y al subcontratista, quienes son deudores solidarios frente al trabajador impago o a la entidad de previsión social. Las obligaciones laborales establecidas por norma legal incluyen el pago de las remuneraciones ordinarias y de los beneficios e indemnizaciones laborales previstas por ley.

Las obligaciones de previsión social incluyen las contribuciones y aportes que debe retener o pagar el empleador al Seguro Social de Salud, o a un sistema pensionario. La extensión de responsabilidad comprende a los incumplimientos que se produzcan durante el período de desplazamiento.

11 Toledo Toribio, Omar. La Tercerización en el Sistema Laboral Peruano. A propósito de la reciente aprobación de la Ley que la regula En Libro de Ponencias del III Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima 2008, p. 173-177.

La solidaridad en materia de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo se rige por lo dispuesto en el artículo 5 de las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, aprobadas por el Decreto Supremo Nº 003-98-SA. El plazo de prescripción de la responsabilidad solidaria se inicia ocurrido el fin del desplazamiento.

9 LA REGULACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La regulación de la tercerización en el derecho comparado es sumamente variada. Si queremos obtener un denominador común las legislaciones tienden a establecer una serie de medidas con el objeto de evitar que la tercerización no se convierta en un mecanismo destinado únicamente a ahorrar costos laborales.

En América del Sur podemos apreciar que existen dos tendencias a nivel legislativo respecto al tratamiento de la tercerización, derivadas de la consideración de los posibles efectos negativos. A estas tendencias se refiere el profesor Wilfredo Sanguineti Raymond, cuando llama **enfoque patológico** a la subcontratación como actividad prohibida, implementado por Ecuador y, en cierta forma, por Venezuela, y **enfoque fisiológico**, a la subcontratación como actividad regulada, modelo al que adscribe las regulaciones que tienen Chile, Uruguay, Colombia, Argentina y Perú.¹²

a) Argentina

La Ley de Contrato de Trabajo de Argentina, (Nº 20744), del 05-09-1974, establece en su Artículo Nº 29, que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social.

Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los artículos 99 de la presente y 77 a 80 de la Ley Nacional de empleo,

12 Sanguineti Raymond, Wilfredo. Derecho del Trabajo, Tendencias contemporáneas. Lima: GRIJLEY, 2013. p. 200-210.

serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente continuo o discontinuo, con dichas empresas.

Cabe precisar que según el artículo 29 (bis) establece que el empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con aquella por todas las obligaciones laborales y deberá retener de los pagos que efectuó a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la seguridad social y depositarlos en término.

Sin embargo, la norma que se refiere de manera específica a la tercerización es el artículo 30 de dicha ley, referido a la subcontratación y delegación. El citado numeral establece que quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo.

Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa.

El incumplimiento de alguno de los requisitos harán responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social”.

Las disposiciones insertas en este artículo resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el artículo 32 de la Ley 22.250.

b) España

El Estatuto de los Trabajadores de España en su Artículo N° 42 regula la Subcontratación de obras y servicios en los siguientes términos:

1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante;

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata. No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial;

3. Los trabajadores del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen;

4. Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el Artículo 64 de esta Ley, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una

empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos:

- a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista;
- b) Objeto y duración de la contrata;
- c) Lugar de ejecución de la contrata;
- d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal;
- e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. Cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

5. La empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos a que se refieren el apartado 3 anterior y las letras b) a e) del apartado;

6. Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan 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 centro de trabajo y carezcan de representación. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende;

7. Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos previstos en el Artículo 81 de esta Ley.

La capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación.

A su turno el Artículo 43° regula la Cesión temporal de trabajadores a otra empresa en los siguientes términos:

1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan;

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente Artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario;

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos;

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

c) Chile

Respecto a la República de Chile debemos hacer referencia a la Ley 20.123, del 16 de octubre de 2006, que agregando al LIBRO I del Código del Trabajo, el Título VII, regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. Conforme a esta Ley la tercerización tiene dos manifestaciones: la subcontratación y el régimen de los trabajadores transitorios.

El trabajo en el régimen de subcontratación se encuentra regulado en el artículo 183-A, y siguientes, en la forma siguiente:

Artículo 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. Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478.

Artículo 183-B.- La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal. En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos. La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente. El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este Párrafo. En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural.

Artículo 183-C.- La empresa principal, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informada por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas.

El monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales a que se refiere el inciso anterior, deberá ser acreditado mediante certificados emitidos por la respectiva Inspección del Trabajo, o bien por

medios idóneos que garanticen la veracidad de dicho monto y estado de cumplimiento. El Ministerio del Trabajo y Previsión Social deberá dictar, dentro de un plazo de 90 días, un reglamento que fije el procedimiento, plazo y efectos con que la Inspección del Trabajo respectiva emitirá dichos certificados. Asimismo, el reglamento definirá la forma o mecanismos a través de los cuales las entidades o instituciones competentes podrán certificar debidamente, por medios idóneos, el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales de los contratistas respecto de sus trabajadores.

En el caso que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, la empresa principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquéllos, el monto de que es responsable en conformidad a este Párrafo. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas. Si se efectuara dicha retención, quien la haga estará obligado a pagar con ella al trabajador o institución previsional acreedora.

En todo caso, la empresa principal o el contratista, en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

La Dirección del Trabajo deberá poner en conocimiento de la empresa principal, las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. Igual obligación tendrá para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas.

Artículo 183-D.- Si la empresa principal hiciere efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo anterior, responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores del contratista o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena. Igual responsabilidad asumirá el contratista respecto de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

Se aplicará también, lo dispuesto en el inciso precedente, en el caso que, habiendo sido notificada por la Dirección del Trabajo de las infrac-

ciones a la legislación laboral previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas, la empresa principal o contratista, según corresponda, hiciera efectivo el derecho de retención a que se refiere el inciso tercero del artículo precedente.

Artículo 183-E.- Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis de la ley N° 16.744 y el artículo 3° del decreto supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud. En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán las obligaciones y responsabilidades señaladas en el inciso precedente, cuando quien encargue la obra sea una persona natural. Sin perjuicio de los derechos que se reconocen en este Párrafo 1° al trabajador en régimen de subcontratación, respecto del dueño de la obra, empresa o faena, el trabajador gozará de todos los derechos que las leyes del trabajo le reconocen en relación con su empleador.

Por otro lado, el régimen de los trabajadores transitorios se encuentra contemplado en el Artículo 183 F de la citada norma en los siguientes términos:

Artículo 183-F.- Para los fines de este Código, se entiende por:

a) Empresa de Servicios Transitorios: toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos.

b) Usuaría: toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 183-Ñ de este Código;

c) Trabajador de Servicios Transitorios: todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquella, de acuerdo a las disposiciones de este Párrafo 2°.

d) Colombia

La regulación de la tercerización o subcontratación se encuentra regulada en el artículo 34 del código sustantivo del trabajo en los siguientes términos:

1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos de que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

A su turno, el Artículo 35° regula quienes son los simples intermediarios señalando lo siguiente:

1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador;

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo;

3. El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.

e) Ecuador

En Ecuador, el Mandato Constituyente N°8 de fecha 30 de abril de 2008 elimina y prohíbe la tercerización laboral. En efecto, se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador (artículo n°1). Sin embargo el mismo mandato constituyente establece que se podrán celebrar contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias de: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria.

En estos contratos la relación laboral operará entre los prestadores de actividades complementarias y el personal por esta contratado en los términos de la ley, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se preste el servicio. Los trabajadores de estas empresas de acuerdo con su tiempo anual de servicios participarán proporcionalmente del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas usuarias, en cuyo provecho se realiza la obra o se presta el servicio. Si las utilidades de la empresa que realiza actividades complementarias fueren superiores a las de la usuaria, el trabajador solo percibirá éstas. Además, los trabajadores que laboren en estas empresas, tendrán todos los derechos consagrados en la Constitución Política de la República, convenios con la OIT, ratificados por el Ecuador, este Mandato, el Código del Trabajo, la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables. Finalmente, en el contrato de trabajo que se suscriba entre la empresa que se dedica a actividades complementarias y cada uno de sus trabajadores, en ningún caso se pactará una remuneración inferior a la básica mínima unificada o a los mínimos sectoriales, según la actividad o categoría ocupacional. Dichos contratos de trabajo obligatoriamente deben celebrarse por escrito y registrarse dentro de los treinta días subsiguientes a su celebración, ante el Ministerio de Trabajo y Empleo.

Este Mandato Constituyente fue ratificado por el artículo 327 de la constitución en los siguientes términos: La relación laboral entre personas

trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.

f) Venezuela

En Venezuela la ley orgánica del trabajo, los trabajadores y las trabajadoras establece la prohibición de la tercerización, en los siguientes términos:

Artículo 48. Queda prohibida la tercerización, por tanto no se permitirá:

1. La contratación de entidad de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma;

2. La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante;

3. Las entidades de trabajo creadas por el patrono o patrona para evadir las obligaciones con los trabajadores y trabajadoras;

4. Los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil;

5. Cualquier otra forma de simulación o fraude laboral.

g) Uruguay

En Uruguay la Ley No. 18.099 establece que “todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad previsional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación a esos trabajadores (artículo N°1).

Asimismo, el artículo 3° de la Ley establece que en ningún caso podrán emplearse las modalidades de contratación referidas en el artículo 1 de la presente ley para reemplazar trabajadores que se encuentren amparados al subsidio por desempleo por la causal de suspensión parcial o total de trabajo o en conflicto, sin perjuicio de las disposiciones especiales que rigen los servicios esenciales. Por su parte el Artículo 4° precisa que todo trabajador contratado mediante alguna de las modalidades previstas por esta norma será informado previamente por escrito sobre sus condiciones de empleo, su salario y, en su caso, la empresa o institución para la cual prestará servicios. Por otro lado el Artículo 5° establece que los trabajadores provistos por empresas suministradoras de empleo temporal no podrán recibir beneficios laborales inferiores a los establecidos por laudos de los consejos de salarios, convenios colectivos o decretos del Poder Ejecutivo para la categoría que desempeñen y que corresponda al giro de actividad de la empresa donde los mismos prestan sus servicios.

10 CONCLUSIONES

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 éste (*insourcing*) o fuera de él (*outsourcing*), de manera que los trabajadores de la contratista se encuentran bajo las órdenes y el control de éste 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;

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. 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 *corebusiness* de la empresa, hacia un proveedor especialista;

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 *corebusiness*, 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 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;

Recién a partir del año 2008 en nuestro medio existe una regulación específica de la tercerización. En efecto, se expide la Ley N° 29245 (24-06-08) - en adelante LA LEY- y, al día siguiente, el Decreto Legislativo N° 1038 (25-06-08) que constituyen las normas que regulan los servicios de tercerización, normas que han sido reglamentadas por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, publicado en el Diario “El Peruano” el 12 de septiembre del 2008, en adelante EL REGLAMENTO;

El Artículo 2 de LA LEY define que 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. 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. Es el REGLAMENTO que en su artículo 2 define el ámbito de la tercerización señalando que comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas;

Teniendo en cuenta que en virtud a lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución Política del Estado una norma reglamentaria no puede contradecir o desnaturalizar lo dispuesto por la ley, nosotros sostenemos que no es posible tercerizar la actividad nuclear, esto es, el *corebusiness*, que constituye la razón de ser de la empresa;

Conforme a lo señalado en la segunda parte del artículo 2 de la ley 29245 constituye elementos característicos de la tercerización, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento y local, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal. El Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°006-2008-TR, en adelante EL REGLAMENTO, en su artículo 4.1 establece que los elementos propios de los servicios de tercerización que se encuentran regulados en el segundo párrafo artículo 2 de la Ley constituyen, entre otros, indicios de la existencia de autonomía empresarial, los cuales deben ser evaluados en cada caso concreto, considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora;

La precitada norma del Reglamento al referirse a la autonomía empresarial permite una evaluación en cada caso concreto, en función a un

conjunto de criterios, lo cual desvirtúa lo regulado por la Ley y permite que se pueda desnaturalizar la figura de tercerización como está regulada en la Ley pues, como se ha señalado líneas arriba, la tercerización constituye un instrumento de gerencia moderna que no es negativa en sí salvo su desnaturalización;

El contar con equipamiento y local constituye un elemento establecido con el objeto de evitar situaciones de fraude o simulación de tercerización, esto es, se requiere que la empresa tercerizadora debe contar con equipamiento, lo que significa que las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquello. Sin embargo, el artículo 4.3 del REGLAMENTO prevé que cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral;

Como se tiene anotado, los equipos o locales, antes mencionados, deben ser utilizados bajo la administración de la empresa tercerizadora, es decir, que deben estar a cargo de esta última. En consecuencia, al señalarse en el Reglamento la disyuntiva “o” con el complemento “formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral”, en el supuesto en comento, se abre la posibilidad de que se desnaturalice la tercerización pues se está permitiendo que el equipamiento pueda ser proporcionado por la empresa principal bajo el argumento o justificación de que forma parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral. De esta forma, se estaría desvirtuando uno de los elementos típicos de la tercerización, esto es, que la contratista cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales;

La norma contenida en la LEY respecto a la solidaridad 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. Sin embargo, el Decreto Legislativo N°1038 ha establecido limitaciones a la solidaridad regulada por la LEY. En ese sentido se señala que la solidaridad solo es aplicable a

aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica. Asimismo, la solidaridad se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral.

Del análisis de la legislación comparada se puede apreciar que la regulación de la tercerización en el derecho comparado es sumamente variada. Si queremos obtener un denominador común las legislaciones tienden a establecer una serie de medidas con el objeto de evitar que la tercerización no se convierta en un mecanismo destinado únicamente a ahorrar costos laborales perjudicando los derechos de los trabajadores. En América del Sur podemos apreciar que existen dos tendencias a nivel legislativo respecto al tratamiento de la tercerización, derivadas de la consideración de los posibles efectos negativos. A estas tendencias se refiere el profesor Wilfredo Sanguinetti Raymond, cuando llama **enfoque patológico** a la subcontratación como actividad prohibida, implementado por Ecuador y, en cierta forma, por Venezuela, y **enfoque fisiológico**, a la subcontratación como actividad regulada, modelo al que adscribe las regulaciones que tienen Chile, Uruguay, Colombia, Argentina y Perú;

Antes de la dación de la ley de tercerización 29245 se aprecia que la jurisprudencia, sobre todo a nivel de las salas laborales superiores, ha seguido mayoritariamente una línea en el sentido de considerar de que las actividades nucleares no pueden ser materia de tercerización. Como consecuencia de ello se aprecian diversos pronunciamientos que, luego de haber verificado que el se ha tercerizado una actividad nuclear, ha dispuesto la incorporación de los trabajadores en la planilla de la empresa usuaria.

Después de la dación de la Ley 29245, y en virtud de la precisión efectuada por el Reglamento aprobado por el D.S. 006-2008-TR, se ha observado que las empresas han recurrido de manera más intensiva a la tercerización incluso de las actividades esenciales o nucleares de las mismas. Este recurso frecuente a recurrir a la tercerización ha originado la aparición de numerosas empresas de tercerización, muchas de las cuáles carecen del equipamiento propio que justifique su autonomía respecto a la empresa usuaria. Ello ha traído como consecuencia que la jurisprudencia post ley 29245 ha exhibido

numerosos pronunciamientos referidos a casos de tercerización fraudulenta vinculados a la falta de real autonomía de la empresa tercerizadora respecto a la empresa usuaria. Ello ha determinado que el órgano jurisdiccional determine que en realidad ha existido una relación laboral con la empresa usuaria.

BIBLIOGRAFÍA

MARTÍN VALVERDE Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. **Derecho Del Trabajo**. 18.ed. Madrid: Tecnos, 2009.

OLEA Manuel Alonso; CASAS BAAMONDE, María Emilia. **Derecho Del Trabajo**. 18.ed. Rev. Madrid, 2001.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. **Derecho Del Trabajo, Tendencias Contemporaneas**. Lima: Grijley, 2013.

RAZO DELGUE, Juan. **Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y Derecho del Trabajo**. Montevideo: Fundación de la Cultura Universitaria, 2000.

PEYRANO, Jorge W. La privatización, transferencia o tercerización de funciones judiciales. **Revista uruguaya de Derecho Procesal**. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Uruguay, n.3, 2000.

SCHNEIDER, Ben. **Outsourcing la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios**. Lima: Grupo Editorial Norma, abr.2004.

DRUKER, Peter F. **La Gerencia en la Sociedad Futura**. Lima: Grupo editorial Norma, 2002.

DRUKER, Peter F. **La sociedad postcapitalista**. Bogotá: Grupo editorial Norma, 1994.

CAMPANA, David y PRELLE, Herbert La Reforma Normativa de la contratación laboral durante los noventa: ¿Flexibilidad o precarización?. En: **Estudios sobre la flexibilización en el Perú**. Lima: Organización Internacional del Trabajo, 2000.

PASCO, Mario. La flexibilización en el Perú. Aproximación metodológica y balance crítico. En: IUS ET VERITAS. **Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derechos de la Pontificia Universidad Católica del Perú**. Lima, Año 9, N. 18, 1999.

La Intermediación Laboral en el contexto de la flexibilización del Derecho del Trabajo. Entrevista al doctor Valdés Dal-Re. En: IUS ET VERITAS. **Revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú**. Lima, Año 6, N.11, 1995.

VILLAVICENCIO, Alfredo. La Flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: El caso de la intermediación. En: **Estudios sobre flexibilización en el Perú**. Cuaderno de trabajo. Lima: OIT, 2000.

NEVES MUJICA, Javier. **Introducción al Derecho Laboral**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

- SANGUINETI, Wilfredo. Los contratos de trabajo sujetos a modalidad de la Ley de Fomento del Empleo. En: **Revista Asesoría Laboral**. Lima, N.26. Feb. 1993, p.30.
- FERRO DELGADO, Víctor. La empresa y los límites de la intermediación laboral. En *Thémis*. **Revista de Derecho**. N. 31, Lima. p. 66-69.
- BOZA PRO, Guillermo. Convenios de Formación Juvenil y de Prácticas: ¿Capacitación para el empleo o precarización del mismo? En: **Asesoría Laboral**. N.18. Lima, jun. de 1992.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **Los principios del Derecho del Trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, **Libro de Ponencias del III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, Chiclayo 29, 30, 31 de Oct. 2008.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **95° Reunión**. 2006. Inspección del Trabajo. Ginebra. 2006.
- TLC y cumplimiento Laboral. **Análisis Laboral**. AELLE. Enero 2008.
- STIGLITZ, Joseph E. **Como Hacer Que Funcione La Globalización**. Colombia: Taurus, Pensamiento, 2006.
- MORALES CORRALES, Pedro G. Primacía de la realidad, intermediación laboral y tercerización de servicios; su aplicación en el origen, desarrollo y finalización de las actuaciones inspectivas. En: Alcances y eficacia del derecho del trabajo: Tercerización, inspección y derechos colectivos, **III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho y Seguridad Social**, Lima, Set. 2008, p. 251.
- ECHAIZ MORENO, Daniel. **Instituciones de Derecho Empresarial**. Lima: Editorial APECC, 2010.
- CASTELLO, Alejandro. Relaciones Laborales en Los Grupos de Empresas. **Cuadernos da AMATRA IV**. 10° Cuaderno de Estudios sobre Processo e Direito do Trabalho. III Encontro Internacional de Professores do Direito e do Processo do Trabalho”, HS Editora Ltda., Porto Alegre – RS – Brasil, mar. 2009, p. 75.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Protección, privilegio, tiempo, forma y pago de los Beneficios Sociales. **Revista Derecho y Sociedad**. N. 17, p. 67.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.; ARETA MARTINEZ, M. El Derecho del Trabajo y los grupos de empresas: inventario. **Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración**, 2004. Disponível em: <http://www.uah.es/eduardo_lopez_ahumada/Estos.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2012.
- PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. **Conjunto Económico o Grupos de Empresas**. En cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p.196.

MONTOYA MANFREDI, Ulises y otros. **Derecho Comercial**: Tomo II. Lima: GRIJLEY, 2006, p. 319.

RASO DELGUE, Juan. **La Contratación Atípica del Trabajo**. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernández S.R.L., 2009, p. 238.

BARRERA NICHOLSON, Antonio J. La Responsabilidad Laboral en la franquicia. **Derecho Laboral**. Santa fe: Editorial Nova tesis, 2000, p. 254.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. Descentralización Productiva y Ordenamiento Laboral. En busca de respuestas jurídicas a la desprotección del trabajador. En: **Temas Centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI**, Lima: PUCP y Ara Editores, 2009, p.157.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. **Los contratos de trabajos y otras instituciones del derecho laboral**. Lima: Gaceta Jurídica 2008, p. 171.

TOLEDO TORIBIO, Omar. El outsourcing en el sistema laboral peruano. A propósito de la reciente regulación introducida por el D.S. 020-2007-TR (20/09/07). En: **Compendio De Temas De Derecho Laboral**. Centro de Investigaciones Judiciales. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, Lima jun., 2008.

TOLEDO TORIBIO, Omar. A propósito de la reciente aprobación de la Ley que regula la tercerización en el sistema laboral peruano. **En Libro de Ponencias del III Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2008, p. 173-177.

TOLEDO TORIBIO, Omar. Intermediación Laboral, *Outsourcing* y *Downsizing*. En: **Revista Consejo Nacional de la Magistratura Información Institucional y Doctrina**. Lima Perú, Año 1, N.3, Nov. 2008.

