

Hacia una adecuada determinación de la autonomía empresarial en la ley y el reglamento de los servicios de tercerización.

Guillermo Enrique Chira Rivero ¹

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO	RESUMEN
<p><i>Historia del artículo:</i> Recibido el 14 de junio 2020 Aceptado el 18 julio 2020</p>	<p>En el presente trabajo el autor estudia los elementos que determinan la validez de la tercerización, figura que es parte de los procesos de descentralización productiva, y a través de la cual se da la contratación de una empresa especializada denominada contratista o tercerizadora. Para el análisis, se toman en cuenta la Ley que regula los servicios de Tercerización - Ley N° 29245 y; su reglamento, el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, con la finalidad de evaluar si la vigente legislación contiene articulados que pueden dar lugar a un alto grado de discrecionalidad, posibilitando que se dé un uso indebido de la tercerización. De esta forma, el autor concluye que debería realizarse la modificación del artículo 2 de la Ley y el artículo 5 de su reglamento, a fin de evitar un uso simulado o fraudulento y, de esta forma, contribuir a la consecución del principio tuitivo.</p>
<p><i>Palabras clave:</i> Tercerización, desnaturalización, autonomía empresarial, empresa principal, empresa tercerizadora, fraude, derechos de los trabajadores</p>	<p><i>Towards an adequate determination of business autonomy in the law and regulation of outsourcing services</i></p>
<p><i>Keywords:</i> Outsourcing, denaturation, entrepreneurial autonomy, main companies, outsourcing companies, fraud, workers' rights"</p>	<p><i>ABSTRACT</i></p> <p><i>In the present work, the author studies the elements that determine the validity of outsourcing, which is part of the productive decentralization processes, and through which the contracting of a specialized company, called a contractor or outsourcing company, takes place. For the analysis, the Law that Regulates Outsourcing Services - Law N°29245 and its regulation, Supreme Decret N° 006-2008-TR, are taken into account in order to evaluate whether the current legislation contains articles that may give rise to a high degree of discretion, making it possible for outsourcing to be misused. Thus, the author concludes that article two of the Law and article five of its regulations should be amended in order to avoid a simulated or fraudulent use and, thus, contribute to the achievement of the guiding principle.</i></p>

Sumario

Introducción. 1. La figura de tercerización en el ordenamiento jurídico peruano. 1.1. Orígenes de la tercerización. 1.2. Definición de la tercerización. 2. El

contrato de tercerización: ¿civil o mercantil? 3. Formalidades del contrato de tercerización. 4. Requisitos de validez de la tercerización. 4.1. Servicios prestados por cuenta y riesgo de la tercerizadora. 4.2.

¹ Abogado. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Inspector del Trabajo en la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral de Chiclayo y docente universitario. Investigador independiente. Chiclayo, Perú. Email: guillermo.chira@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0948-5633>

Recursos financieros, técnicos o materiales propios. 4.3. Responsabilidad por los resultados de sus actividades. 4.4. Trabajadores bajo exclusiva subordinación de la tercerizadora. 5. Características de la tercerización. 5.1. Pluralidad de clientes. 5.2. Equipamiento propio. 5.3. Inversión de capital. 5.4. La retribución por obra o servicio. 6. Causas de desnaturalización. 7. Inconsistente normativa sobre la tercerización y sus implicancias. 7.1. Discrecionalidad para determinar la autonomía empresarial como causal de desnaturalización. 7.2. Simulación y fraude en la tercerización. 7.3. Precarización Laboral. 8. Propuesta de modificación de la ley de servicios de tercerización y su reglamento. Conclusiones. Bibliografía

Introducción

La figura de la tercerización tal y como es designada por la Ley N° 29245, se ha convertido en la preferida por muchos empresarios. Esta forma de descentralización productiva se ha incrementado en los últimos tiempos, generando ventajas económicas a las empresas.

La tercerización constituye una herramienta sumamente útil, pues permite entre otras cosas, que las empresas puedan ser más competitivas y eficientes, pero también tiene su lado negativo, el cual repercute sobre el trabajador, pues al tener como empleador a una empresa de tercerización de servicios, significa el inicio de una segura precarización laboral, viendo disminuidos sus derechos tales como la libertad sindical, utilidades, estabilidad laboral, entre otros.

Por tanto, si bien la tercerización es una figura que permite a las empresas desarrollar sus actividades con la máxima eficacia posible; por otro lado, disminuye los derechos de los trabajadores, aunado a ello, si tomamos en cuenta que esta figura puede ser utilizada de forma simulada o fraudulenta, la situación empeora aún más. En este sentido, es necesario analizar la normativa laboral vigente, precisamente, la Ley que regula los servicios de Tercerización - Ley N° 29245 y su reglamento, el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, para determinar cuáles son las zonas grises que permitirían realizar un uso indebido de esta figura, proponiendo la modificación de algunos articulados.

Al margen de otras regulaciones que se puedan proponer para combatir la precarización de los derechos laborales que origina esta figura, es necesario que la normativa actual sea corregida a fin de evitar los fraudes de las empresas al utilizar la tercerización como fachada, cuando en realidad pretenden disminuir sus costos laborales vulnerando con ello los derechos de los trabajadores.

Por ello, el presente trabajo, pretende proporcionar un aporte para mejorar la normativa vigente sobre tercerización y así contribuir al alcance y desarrollo del principio tuitivo en su rol de piedra angular del derecho del trabajo.

1. LA FIGURA DE LA TERCERIZACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1.1. Orígenes de la tercerización

Es a partir de la década de los 90 que se produce una creciente expansión de la tercerización en los mercados mundiales. Se abandona la empresa tradicional para abrir paso a un fenómeno de descentralización productiva.

La mayoría de empresas en el mundo han adoptado la figura de tercerización de servicios para obtener ventajas económicas y aminorar costos, delegando parte de su producción. Uno de los primeros países en América Latina en regular la figura de tercerización fue Chile promulgando su Ley 20123 sobre trabajo en régimen de subcontratación en 2006.

En el caso de nuestro país, recién a partir del año 2008 tuvimos una regulación específica sobre la tercerización, expidiéndose la Ley N° 29245 y, al día siguiente el Decreto Legislativo N° 1038, normas reglamentadas por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

Sin embargo, antes de la dación de estas normas, ya contábamos con la Ley N° 27626 del 08 de enero de 2002 que regula la actividad de las empresas especiales de servicios conocidas como *services*, que no previó la figura de la tercerización. Posteriormente, se hizo una mención a la tercerización en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, con la finalidad de excluirla del ámbito de aplicación de la intermediación laboral. Desde ahí se puede observar que la figura de tercerización de servicios no ha tenido un orden en nuestra legislación, dando la impresión que su regulación no estaba pensada para que sea parte de nuestra normatividad, siendo que años después se procedió a reglamentarla de una forma más específica. Por dicho motivo, el 20 de setiembre de 2007, se emitió el Decreto Supremo N° 020-2007-TR, el cual ampliaba el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, incorporando los artículos 4°-A, 4°-B y 4°-C, los cuales precisaban que, cuando existiera desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no podían tener como objeto, afectar los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores, debiendo constar por escrito, especificando cuál era la actividad empresarial a

ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realizaría.

Por su parte el artículo 4-C de la norma comentada, bajo el rubro de garantía de derechos laborales determinada que los trabajadores con contratos sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado respecto a su empleador.

La emisión de este decreto puso en evidencia la necesidad de una mayor regulación a la figura de la tercerización, pero a la vez, esta posterior regulación constituye una aceptación tácita de que tanto las disposiciones establecidas en el Reglamento –Decreto Supremo N° 003-2002-TR, como en el Decreto Supremo N° 020-2007-TR del 20 de setiembre de 2007 podían afectar derechos laborales fundamentales, es por ello que con esta última disposición se buscaba dar una mayor protección.

Bajo este escenario, el 24 de junio de 2008 se promulga la Ley de servicios de Tercerización, Ley N 29245 y al día siguiente se expide el Decreto Legislativo N° 1038, los cuales constituyen normas que regulan los servicios de tercerización; pero que no enmiendan en lo absoluto las falencias que ya empezaba a mostrar la regulación de esta figura.

Habiendo realizado este pequeño recorrido histórico normativo sobre la tercerización, pasaremos al análisis de esta figura poniendo más énfasis en las deficiencias que presenta la misma como parte de nuestra legislación.

1.2. Definición de la Tercerización

La palabra tercerización se conoce por la expresión en inglés *outsourcing*. Se trata de la modificación económica y social que puede afectar a los países que han ido evolucionando desde las últimas fases de la Revolución Industrial, debido a que la empresa mueve o distribuye los procedimientos para así poder cumplir las actividades de una empresa que se realizan por medio de un contrato. Así, Toyama (2015) señala que la tercerización u *outsourcing* es:

Todo proceso de externalización o desplazamiento hacia actividades empresariales autónomas o independientes, de funciones o actividades de una parte del ciclo productivo, proceso administrativo, área o actividad, que previamente se desarrollaban por una misma empresa o, que desde el inicio de sus operaciones fue delegada a un tercero. (p.188).

La descentralización productiva importa que:

Una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales, ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo. (Cruz, 1994, p.8).

Asimismo, Carballo (2019) afirma que:

Más que un desplazamiento de actividades fuera de los contornos del centro de trabajo, es un desplazamiento de las responsabilidades organizativas, y, por ende, patronales de ciertas actividades necesarias para el cabal desarrollo del proceso productivo que dirige el beneficiario o contratante, independientemente del lugar de ejecución. (p.p.71-72).

En este sentido, podemos definir a la tercerización laboral como el servicio que una empresa realiza en forma autónoma: ejecuta los servicios subcontratados de manera independiente con personal dependiente a ella y no a la principal; bienes y servicios relacionados con la actividad tercerizada; capacidad técnica propia sin la intervención de la principal; patrimonio propio; una organización administrativa, productiva y de gestión propia. (Valderrama, 2014, p.p. 73-80).

Por su parte, el artículo 2 de la Ley que regula los servicios de Tercerización, en adelante LTL, define a la tercerización como “la contratación de empresas para que presten servicios o ejecuten obras, siempre que aquellas asuman los servicios de manera integral y sean 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”.

Del mismo modo, el artículo 3 del reglamento, Decreto Supremo N° 006-2008-TR, en adelante RLTL, menciona que los cuatro requisitos establecidos en la ley, son copulativos, es decir, la inexistencia de uno de ellos desvirtúa la tercerización.

Como podemos observar, más que una definición, la Ley establece los requisitos para la validez de la tercerización.

2. EL CONTRATO DE TERCERIZACIÓN: ¿CIVIL O MERCANTIL?

Existen diversas opiniones respecto a si el contrato de tercerización debe considerarse como uno civil o mercantil, al no estar como un contrato nominado en nuestro Código Civil no podría considerarse como tal. Sin embargo, Toledo Toribio (2015), considera que: “se trata de un contrato civil, pues regula las relaciones entre la empresa usuaria y la empresa tercerizadora,

relaciones que deben someterse a las normas del Código Civil. (p.29).

Por otro lado, Echaiz Moreno considera que se trataría de un contrato mercantil, en concordancia con Pezo (2006), al afirmar que:

Sin perjuicio de la naturaleza jurídica de este contrato y de las diferencias que ostenta respecto al mandato, la locación de obra, la locación de servicios y la subcontratación (...) afirmamos que el contrato de *outsourcing* es un contrato mercantil (en el criterio tradicional) y un contrato empresarial (en el criterio moderno) que constituye una herramienta de gestión de negocios. (p.14).

Evidentemente la confusión se da por el cambio del concepto tradicional de la relación laboral, pues los trabajadores no prestan el servicio directamente a su empleador (contratista) sino a la empresa principal, siendo que la relación laboral es entre los trabajadores de la tercerizadora y esta. De esta forma, la relación entre la empresa principal y la contratista es de naturaleza civil; no obstante, el vínculo entre esta última y sus trabajadores sí es notoriamente laboral.

En tanto que, así sea considerado un fenómeno organizativo de carácter mercantil que afecta a la forma como las empresas se organizan para llevar a cabo sus objetivos, debemos tener en cuenta que es capaz de tener repercusiones de la mayor trascendencia en el plano laboral, no solamente en términos de alteración del tipo de relación jurídica que se mantiene con el titular de las actividades productivas que se atienden, sino de modificación en términos de las condiciones de trabajo del personal encargado de su atención, siendo que muchas de las deficiencias que presenta la legislación sobre tercerización, vienen produciendo una afectación en los derechos laborales de los trabajadores.

3. FORMALIDADES DEL CONTRATO DE TERCERIZACIÓN

En las normas de tercerización prevé una serie de formalidades y cargas administrativas que las acercan a la intermediación laboral: un registro de contratistas, un contrato escrito con cierto contenido y la obligación de informar al personal. La idea de las normas es brindar la mayor información posible a los trabajadores destacados en forma continua para ejercer sus derechos, ya sea para presentar una denuncia

administrativa o una demanda laboral y, naturalmente al Estado para supervisar el cumplimiento de la regulación de tercerización.

Así, el artículo 4 de la LTL prevé que:

"En los contratos de tercerización con desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se debe establecer: que no afectará los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados; que los trabajadores desplazados mantienen un vínculo de subordinación con la empresa que los desplaza; cuál es la actividad empresarial a ejecutar; en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se ejecuta dicha actividad".

En realidad, los dos primeros requisitos son declaraciones que no prescriben algo más allá de lo ya regulado en las normas generales: ninguna relación puede afectar los derechos de los trabajadores y que la tercerización importa la relación de sujeción del trabajador a la contratista². Lo relevante es la indicación del objeto específico de los servicios, así como los lugares de ejecución de los mismos. Lo primero será importante para apreciar los alcances de la tercerización, la delimitación del proceso o etapa tercerizada; lo segundo, para facilitar la determinación del lugar de los servicios para fines de analizar si el servicio se enmarca dentro de las normas de tercerización (desplazamiento de personal), así como los mecanismos de fiscalización y denuncia laborales.

De otro lado, tenemos al derecho de información sobre los aspectos más relevantes que inciden en el ejercicio de sus derechos laborales y que en nuestro país cuenta con una escasa regulación. Así, el artículo 6 de la LTL destaca que al inicio de toda prestación de servicios, "la contratista tiene la obligación de informar por escrito a los trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicio, a sus representantes, así como a las organizaciones sindicales y trabajadores de la empresa principal: la identidad de la empresa principal (nombre, denominación o razón social, domicilio y número de RUC); las actividades objeto del contrato y el lugar donde se ejecutarán las actividades. Además, se destaca que el incumplimiento de esta obligación constituye infracción administrativa sujeta a sanción administrativa" (multa).

Para el personal destacado de la contratista, la información es relevante a efectos de ejercer cualquier

² En la misma línea, la Ley de Tercerización indica que los trabajadores tienen derechos sindicales, beneficios laborales, protección contra el despido arbitrario, derecho de accionar judicialmente o denunciar administrativamente, etc. (artículo 7), en un afán del legislador de ratificar los derechos y garantías, así como

difundirlos entre los trabajadores y tener una mejor plataforma de presentación de esta ley hacia la opinión pública. Sin embargo, en términos jurídicos, este tipo de disposiciones no representa algo nuevo para el sistema jurídico.

acción de pago de los beneficios sociales contra la principal (solidaridad) y, para el personal de la principal, tiene como finalidad fiscalizar los casos de utilización de la tercerización con el objetivo de limitar el ejercicio de derechos sindicales ³. Llama la atención que la obligación de informar para el personal de la principal recaiga en la contratista, cuando lo más adecuado a nuestro entender es que corresponda a la principal por ser esta el empleador de dichos trabajadores.

Asimismo, tenemos que el artículo 8 de la LTL hace referencia al registro administrativo, al indicar que "iniciar y desarrollar sus actividades, las empresas contratistas deben inscribirse en un Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, en un plazo de 30 días hábiles contados desde su constitución".

Del mismo modo, a través de la planilla electrónica se deben registrar todos los casos de tercerización con destaque de personal, de tal manera que el Estado ya cuenta con la información de todos los supuestos de tercerización con desplazamiento de personal y, en esta línea, se afectaría el principio administrativo según el cual el Estado no debe solicitar información que ya tiene en su poder. Por ello, el RLTL ha precisado que todas las tercerizadoras comprendidas en esta norma no requieren inscribirse en el registro si hacen las respectivas declaraciones de destaque en su planilla electrónica. En este caso, las empresas principales solo pueden contratar a las tercerizadoras que estén registradas en la página web que implemente el Ministerio de Trabajo.

Conviene resaltar que el incumplimiento de los tres aspectos acarrea la imposición de una multa, pero no la desnaturalización inmediata de la tercerización, dado que se tratan de obligaciones formales.

4. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA TERCERIZACIÓN

La tercerización exige que el contratista sea una empresa real que funcione en forma independiente de la principal, lo cual puede resumirse en:

La existencia de una unidad económica en una empresa susceptible de explotación externa, y ii) una capacidad de ofrecer en forma independiente – léase sin sujeción laboral – e integral bienes y servicios requeridos para la cabal ejecución del contrato por parte del contratista. En este caso, las relaciones no tienen mayor contenido legal, pues las partes pueden dar sus propias normas y prever los derechos y

deberes que correspondan, en la medida que la empresa contratada tenga una organización económica independiente, gestión autónoma y brinde un servicio diferenciable de la empresa contratante. (Barreiro, 1999, p.169).

Así, conforme a lo señalado en el artículo 2 de la LTL, constituyen requisitos de validez de la tercerización, los siguientes:

- Asumir los servicios prestados por su cuenta y riesgo.
- Contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales.
- Ser responsables por los resultados de sus actividades.
- Que los trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

4.1. Servicios prestados por cuenta y riesgo de la tercerizadora

El primer requisito significa que la empresa tercerizadora debe desarrollar su actividad sobre la base de una estructura empresarial, por lo tanto, deberá realizar la obra o prestar el servicio asumiendo las consecuencias del resultado, lo cual trae consigo que puede obtener tantas ganancias como pérdidas, las que en este último caso podría inclusive afectar su subsistencia o la continuación de sus actividades.

La responsabilidad por la ejecución de la obra o prestación del servicio que, principalmente, será de carácter económico, es frente a la empresa principal que contrata los servicios de la tercerizadora.

Este punto resulta de mucha importancia pues permite establecer y acreditar que la tercerización no puede representar la simple provisión de personal, la empresa tercerizadora tendrá bajo su responsabilidad el resultado del servicio u obra que desarrolle.

4.2. Recursos financieros, técnicos o materiales propios

Este requisito va aparejado a la característica referida al equipamiento con el que debe contar la empresa tercerizadora y, asimismo, tiene relación con el requisito de que asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo, toda vez que uno de los indicios para acreditar su cumplimiento será que la contratista cuente con su propio 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.

³ El artículo 7.3 de la Ley indica que la tercerización -al igual que la intermediación laboral- no puede ser utilizada con la intención de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación

colectiva, interferir en la actividad sindical, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación de los dirigentes amparados con el fuero sindical.

Sin embargo, podemos advertir el que reglamento, en el artículo 4.3, señala lo siguiente:

“Se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquella.

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”. (el resaltado es nuestro)

En este sentido, el reglamento abre la posibilidad de que la figura de tercerización no pueda ser desnaturalizada, primero porque la expresión “resulte razonable” es muy subjetiva, y abre un abanico de posibilidades de poder entender que equipos o locales formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral, y si ello no fuese suficiente bastaría estar a cargo de la administración de dichos bienes, lo cual se puede conseguir a través de un contrato de arrendamiento; y, en segundo lugar y tal vez lo que resulta más grave es que se está tergiversando un requisito esencial en la tercerización, como es el caso de que la contratista cuente con su propio equipamiento y local.

4.3. Responsabilidad por los resultados de sus actividades

Es decir, la empresa de tercerización debe contar con recursos económicos elementales a fin de solventar obligaciones como el abono de las remuneraciones del personal, pagos de aportes y contribuciones legales, impuestos, adquisición de insumos, mantenimiento de maquinaria, entre otros. Esto en concordancia con el requisito de que asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo.

Por lo tanto, no puede afirmarse que la empresa tercerizadora se limite a cobrar solamente el importe de sus costos laborales que signifique el traslado de los trabajadores destacados a la principal, sino que dichos costos deben formar parte de una estructura de costo integral. Es decir, la tercerizadora debe cumplir con el pago de las remuneraciones y demás derechos laborales a sus trabajadores, independientemente de los resultados.

4.4. Trabajadores bajo exclusiva subordinación de la tercerizadora

El poder de dirección conferido por el artículo 9° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, le otorga las facultades al empleador de dirigir la actividad laboral, poder desarrollar una fiscalización sobre la misma, y en concurrencia de ciertos principios como la razonabilidad, proporcionalidad e inmediatez aplicar las sanciones que correspondan.

Este mismo poder de dirección que es compartido en la figura de la intermediación laboral queda totalmente restringido en la tercerización laboral. Al punto que el Decreto Supremo N° 006-2008-TR – RLTL, regula en su artículo 4° que el incumplimiento de esta disposición trae consigo la desnaturalización de esta figura, y como consecuencia de ello que el trabajador de la tercerizadora, pase ahora a formar parte de la planilla de la empresa principal, con todos los derechos y beneficios que le asisten a cualquiera de sus trabajadores.

En este sentido, aunque la LTL no especifique que estos cuatro requisitos deben darse para considerar que una empresa tercerizadora tiene autonomía empresarial, son esenciales para determinar la validez de la misma, ello en concordancia con el artículo 4.1. del reglamento.

5. CARACTERÍSTICAS DE LA TERCERIZACIÓN

Conforme a lo señalado en la segunda parte del artículo 2 de la LTL, además de los requisitos esenciales señalados anteriormente, constituyen elementos característicos de la tercerización:

- La pluralidad de clientes.
- Contar con equipamiento propio.
- Contar con inversión de capital.
- La retribución por obra o servicio.

5.1. Pluralidad de clientes

La regla más importante es que las empresas tercerizadoras deben tener más de un cliente principal. Lo que busca este requisito es evitar que, a través de empresas vinculadas, simuladas o de fachada creadas por el supuesto cliente principal, se evadan beneficios sociales de los trabajadores como podría ser el caso de las utilidades o lo que es peor se afecten derechos fundamentales como la libertad sindical.

De esta manera, al imponer la obligación que al cabo de un año se tenga pluralidad de clientes se pone un filtro para minimizar estos actos fraudulentos, y así garantizar mejores condiciones laborales a los trabajadores.

Sin embargo, lo que surgió como una buena iniciativa se diluyó cuando el RLTL en su artículo 4, inciso 2,

estableció una serie de excepciones que flexibilizaban en gran medida este requisito, señalando que la pluralidad de clientes no será un indicio a valorar en los siguientes casos:

- a) Cuando el servicio objeto de tercerización solo 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, con base en 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 microempresa.

Como lo ha señalado la Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima, se debe tener en cuenta que la pluralidad de clientes es efectivamente “un elemento constitutivo que debe permanecer en el tiempo, esto es, no puede configurarse únicamente por algunos períodos y en otros no, sino se desvirtúa dicho carácter” (2015, fundamento 3.23.), salvo las excepciones especificadas en el reglamento.

5.2. Equipamiento propio

Con el mismo fin de evitar situaciones de fraude o simulación se requiere que la empresa tercerizadora cuente 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 RLTL 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 RLTL fue materia de un proceso de acción popular planteado por el Sindicato Unitario de Trabajadores Operadores de Estación de Control de Agua Potable y Alcantarillado. Resaltando la Sala en su fundamento 13, que dicho artículo desnaturaliza la tercerización, pues permite que el equipamiento por ser utilizado en la tercerización pueda ser proporcionado por la empresa principal bajo argumento de que forma parte componente o vinculado con la actividad o instalación productiva que

se le haya entregado para su operación integral. En tal sentido, el artículo 4.3 sería inaplicable parcialmente. Como se ha explicado en el apartado 3.2. del presente trabajo, el reglamento desnaturaliza lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de servicios de Tercerización, contradiciendo el segundo requisito de validez de la tercerización (contar con propios recursos financieros, técnicos o materiales).

5.3. Inversión de capital

La empresa de tercerización debe contar con recursos económicos elementales a fin de solventar el abono de las remuneraciones del personal, pagos de aportes y contribuciones legales, impuestos, adquisición de insumos, mantenimiento de maquinaria, entre otros. Siendo este otro indicio de la autonomía empresarial de la tercerizadora.

5.4. La retribución se da por obra o servicio

Dependiendo de las características del servicio que contrate la empresa principal, la contraprestación por los servicios o por las obras, normalmente se materializa, en dinero (monto, oportunidades de pago, entre otros).

En la práctica, para el cálculo se utiliza ciertos parámetros que sumados dan como resultado el costo del servicio: número de personal, materiales, por el total de la obra o por fases del servicio, ganancias, riesgo, entre otros.

Se debe tener en cuenta que cualquier fórmula utilizada, no debe evidenciar por la forma de retribución del servicio, que se trata de una simple provisión de mano de obra, supuesto que se encuentra prohibido para la tercerización de servicios.

En este sentido, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 275-2012-La Libertad, señaló que será válida la tercerización, cuando:

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, asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Pudiendo ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal. (2012, fundamento 14).

6. CAUSAS DE DESNATURALIZACIÓN

Para saber si estamos ante una desnaturalización debemos aplicar el principio de primacía de la realidad, así Toyama (2015) afirma que “se trata de apreciar si en la práctica, el contrato de tercerización es una mera formalidad porque los servicios prestados se reducen al envío de trabajadores destacados a la empresa usuaria, en la que esta última mantiene todas las facultades inherentes de un empleador” (p.207).

En este sentido, la ley de tercerización establece en el artículo 5 cuándo estamos ante una desnaturalización, afirmando 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”.

Ahora bien, el artículo 5 del RLTL, señala 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.

Teniendo por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma. De esta forma, el personal de la contratista contará con una relación laboral directa e indeterminada con la empresa principal.

Como se puede evidenciar, el artículo 4 del reglamento, amplía las posibilidades de desnaturalización. En tanto que, se debe analizar los requisitos estipulados en la ley para determinar si la figura de tercerización se ha desnaturalizado. Pues, si la tercerización no cumple con los requisitos fijados por la ley estamos ante un fraude que acarreará a la desnaturalización y como consecuencia, la incorporación de los trabajadores de la contratista a la principal.

7. INCONSISTENTE NORMATIVA SOBRE LA TERCERIZACIÓN Y SUS IMPLICANCIAS

Como pudimos observar en los orígenes de la regulación de la tercerización, esta figura apareció por primera vez en la legislación para distinguirla de la intermediación laboral, y, con el paso del tiempo, a falta de reglas claras se dio una Ley específica sobre esta.

En este contexto se dio la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, y su reglamento, el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, pero lejos de alcanzar la finalidad para la cual fue promulgada, trajo consigo una serie de falencias y permisiones para que pueden ser utilizadas por las empresas para un uso fraudulento de esta figura.

7.1. Discrecionalidad para determinar la autonomía empresarial como causal de desnaturalización

El análisis y crítica del presente artículo radica en la discrecionalidad que permite tanto la Ley 29245 y su reglamento, al momento de determinar la autonomía empresarial y, como consecuencia, definir la validez o legalidad de esta figura para determinar si la misma se encuentra desnaturalizada o no.

En este sentido tenemos que, el artículo 2° de la LTL señala los requisitos de validez de la tercerización: i) que la tercerizadora asuma los servicios prestados por su cuenta y riesgo; ii) cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; iii) sean responsables por los resultados de sus actividades y, como cuarto requisito, iv) que sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Conforme con el artículo 3° del RLTL establece que solo los 4 requisitos mencionados en el primer párrafo del artículo 2 de la LTL son copulativos para la validez de la tercerización, y que, por consecuencia, ante la carencia de uno de ellos, desvirtúa la tercerización.

En tanto que, el segundo párrafo del artículo 2° de la LTL señala la frase “entre otros”, refiriéndose a los elementos característicos de la tercerización (pluralidad de clientes, contar con equipamiento, inversión de capital y retribución por obra o servicio).

Sumado a ello, el artículo 4 del reglamento, en el inciso 3, si bien hace mención al segundo requisito estipulado en la ley, sobre el equipamiento con el que debe contar la empresa contratista, en el segundo párrafo abre la posibilidad que esta pueda utilizar los equipos o locales de la principal, al indicar textualmente:

“(…) cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismo 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”. (el resaltado es nuestro).

Asimismo, el reglamento, en el artículo 4.4, señala que 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 lo que no cuente la empresa principal, y similares.

Finalmente, nos encontramos con lo dispuesto por el inciso a) del artículo 5 del RLTL en el sentido de señalar que la tercerización se desnaturaliza cuando: “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.” (el resaltado es nuestro).

Es decir, el mismo RLTL nos remite a los tres artículos como requisitos para determinar la desnaturalización, pero a su vez al utilizar la frase “análisis razonado” abre la posibilidad de que no se necesite la presencia de todos los requisitos o características para determinar la autonomía empresarial, dicho de otro modo, pese a contar con evidencia de que no todos los requisitos o características de la tercerización estén presentes, del entendimiento o interpretación que cada uno le pueda dar, podrá concluir indistintamente si existe o no autonomía empresarial.

Además, si tomamos en cuenta lo establecido por el artículo 3 del RLTL, este es claro en establecer que los cuatro requisitos señalados en el primer párrafo del artículo 2° de la ley son copulativos, y que la inexistencia de alguno de ellos desvirtúa la tercerización.

Entonces, si bien el artículo 3 del RLTL hace referencia a los 4 requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 2, el mismo artículo puede dar a entender que dichos requisitos son innecesarios para determinar la desnaturalización, pues al establecer *numerus apertus*, se deja abierta la posibilidad que la falta de autonomía empresarial pueda ser acreditada de cualquier otra forma además de las señaladas específicamente.

Sin embargo, el mayor problema, radica en la discrecionalidad y poca claridad del reglamento, estableciendo en el artículo 5 que la desnaturalización se dará bajo un “análisis razonado”; es decir, ¿los 4 requisitos de validez señalados en la ley no serían suficientes para la desnaturalización? En este sentido, el juez o cualquier otro operador del derecho podrían postular una elección antojadiza para acreditar la autonomía empresarial.

En este sentido, es preciso hacer referencia a un caso ocurrido en la región Lambayeque, que demuestra lo anteriormente afirmado, es decir el alto margen de discrecionalidad que permite la norma materia de análisis, la cual posibilita que autoridades como los jueces de trabajo y la autoridad inspectiva entiendan y apliquen de diversa forma la autonomía empresarial. La Casación Laboral N° 2346-2017 – Lambayeque, además analiza de forma conjunta los requisitos previstos en el artículo 2 de la Ley N° 29245 llegando a la conclusión que se cumplen con los mismos.

En la Casación referida, la pretensión de la demanda fue solicitar que se declare la desnaturalización de los contratos de tercerización celebrados entre Cobra Perú S.A. y Telefónica del Perú S.A.A., como consecuencia de ello, se ordene la reposición a su centro de trabajo, Telefónica del Perú S.A. Siendo que la sentencia de primera instancia declaró fundada la demanda por considerar que se han desnaturalizado los contratos de tercerización suscritos entre las codemandadas, verificándose la existencia del elemento de subordinación. En cambio, la sentencia de segunda instancia declaró infundada la sentencia emitida en la primera instancia, al argumentar que la codemandada Cobra Perú S.A.A. es una empresa con independencia jurídica, económica y administrativa, al acreditarse pluralidad de clientes, que cuenta con un equipamiento, inversión de capital y la retribución por obra o servicio. La sentencia casatoria, menciona en el fundamento décimo primero que:

La demandante sostiene que se ha desnaturalizado el contrato de tercerización celebrado entre las empresas mencionadas, por los hechos constatados por la Autoridad Administrativa de Trabajo en la Orden de Inspección N° 879-2013-GRTPELA:

- i) Telefónica del Perú S.A.A. suministra materiales de trabajo a Cobra Perú S.A.
- ii) La empresa tercerizadora utiliza los soportes informáticos “Gestel y Gescab” proporcionados por Telefónica del Perú S.A.A.
- iii) El poder de dirección lo ejerce Telefónica del Perú S.A.A., pues, de las visitas inspectivas se acredita que la empresa en mención supervisa las

labores de los trabajadores de Cobra Perú S.A. y que algunos trabajadores de la última empresa realizan labores de limpieza en las cabinas telefónicas.

Sin embargo, la Sala señala que:

El Inspector constató un trabajo en conjunto entre un trabajador de la empresa tercerizadora y un trabajador de la empresa principal, los cuales habían descendido de un vehículo; no obstante, dicho supuesto no puede ser suficiente para determinar la subordinación entre un trabajador de Cobra Perú S.A. con la empresa principal, pues, aun cuando tenga valor y fuerza probatoria, no genera convicción sobre la subordinación, más aún, si en el Informe Final de Actuaciones Inspectivas y en su aclaración, se concluye que no existe incumplimientos de la empresa tercerizadora Cobra Perú S.A., por el contrario, solo se establece indicios de desnaturalización, entre otros, por la supuesta supervisión (Aclaración).

Concluyendo la Sala, en el fundamento Vigésimo Segundo:

Ha quedado establecido que el contrato de tercerización suscrito entre la empresa principal Telefónica del Perú S.A.A. y la empresa tercerizadora Cobra Perú S.A., cumple con los requisitos establecidos en el artículo 2° de la Ley N° 29245, por lo que se constituyen como empresas autónomas. Asimismo, no se verifica que el actor esté bajo la subordinación de la empresa principal y que no laboró luego de la cancelación del registro de la empresa tercerizadora, para efectos de que se configure la desnaturalización de la tercerización conforme a lo establecido en el artículo 5° de la Ley N° 29245 y los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR. De otro lado, no se verifica que los hechos constatados por la Autoridad Administrativa de Trabajo, los cuales tienen fuerza probatoria, en atención al artículo 16° de la Ley N° 28806, acredite algún supuesto de desnaturalización de la tercerización. (el resaltado es nuestro).

Por tanto, como podemos observar, la Sala tiene un parecer totalmente distinto a la autoridad inspectiva de trabajo, de la cual no debemos olvidar que rige sus actuaciones entre otros en función al Principio de Primacía de la Realidad. Sin embargo, las jueces de la Sala no toman en cuenta la labor de los inspectores, considerando que para ellos no existe una desnaturalización del contrato de tercerización, pues como concluye, sí se cumplirían con los requisitos

establecidos, resaltando, además, la discordancia entre los jueces de primera y segunda instancia.

Este breve análisis, reafirma nuestra postura, debido a que, teniendo en cuenta la normativa vigente analizada líneas arriba, el inciso a) del artículo 5 del RLTL, al señalar que la tercerización se desnaturaliza cuando “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”, deja un alto grado de discrecionalidad para que cada juzgador señale lo que él considera como autonomía empresarial, dejando de lado los requisitos de validez de la tercerización señalados en el artículo 2° de la LTL. Lo analizado no es una preocupación menor, toda vez que si desde ya existían innumerables cuestionamientos a la figura de tercerización por considerar que precariza derechos laborales, con los cuestionamientos realizados en este trabajo a todas luces evidenciamos que la normativa no es la más apropiada, debiendo corregirse o perfeccionarse cuanto antes en su redacción, además de considerar articulados que permitan alcanzar la igualdad de derechos que debe existir entre los trabajadores de la tercerizadora y los de la empresa principal.

En este sentido, se pretende dar un aporte, analizando los errores más notables en la normativa vigente, contribuyendo así a la urgente modificación tanto en la Ley como en el reglamento, teniendo en cuenta que es un modo de subcontratación útil para la eficiencia de las empresas, no siendo mala por sí misma, pero si lamentablemente cuando algunas empresas la usan como fachada, burlando la Ley, lo cual resulta mucho más sencillo de conseguir si tomamos en cuenta la forma como están elaboradas dichas normas.

Por tanto, las normas que regulan la tercerización deben dejar el menor margen posible para impedir su uso indebido, siendo este nuestro objetivo, al observar el amplio margen de discrecionalidad con el que cuentan las empresas para acreditar la autonomía empresarial, pues ello les permite realizar una simulación o fraude, cuando en realidad solo estarían buscando la eliminación de costos o responsabilidades de carácter laboral.

7.2. Simulación y fraude en la tercerización
Respecto al fraude, implica a veces la astucia y el artificio, en otra, el engaño o una conducta desleal. Díez-Picazo y Ponce de León (1992) señalan que el fraude de ley, “tiene una idea consustancial con el deber jurídico: el deber de observancia de la norma que pueda contemplar”. (p.13).

Sabemos que el fraude a la ley puede lograrse utilizando diversas vías, una de las cuales es la simulación y habría concurrencia de ambas figuras si el negocio en fraude fuera oculto. (Neves, 2007, p.38).

Entonces, existiría simulación absoluta cuando una empresa en el marco de una falsa externalización, crea otra ficticia, con la que celebra un contrato de servicios, a donde transfiere a sus trabajadores. El vínculo jamás existió, fue creada para engañar a terceros, con el fin de posiblemente reducir o evadir costos laborales.

Asimismo, se puede materializar el fraude, cuando una empresa brinda servicios de tercerización, pero no cuenta con herramientas ni maquinarias, ni goza de autonomía financiera y técnica. En ambos, la ley sanciona con imputación de vínculo laboral a la empresa principal. Carhuatocto (2012) señala que:

La tercerización puede ser encaminada a realizar fraude laboral, principalmente abusando de la subjetividad de la persona jurídica, lo que es efectivo no solo para neutralizar la capacidad de negociación de los trabajadores tercerizados, sino principalmente para ver desaparecer su derecho a la participación de utilidades de la empresa principal. (p. 237).

De igual forma el autor señala que los supuestos más comunes de utilización fraudulenta de personas jurídicas para eludir obligaciones laborales son:

- Cuando la sociedad “empleadora” carece de actividad real y se dedica al tráfico personal a otras empresas.
- Cuando la sociedad “empleadora” es utilizada en exclusivo interés de una persona natural que para sustraerse de las obligaciones laborales constituye una sociedad comercial con el exclusivo propósito de defraudar a sus trabajadores.
- Cuando la sociedad “empleadora” efectúa el traspaso irregular del fondo de comercio a una sociedad vinculada, dejando sin garantía patrimonial a los trabajadores.
- Simulación absoluta de una sociedad que funge de empleadora, convirtiéndola en una mera ficción encaminada a realizar fraudes laborales.

Asimismo, el TC desarrolló algunos criterios sobre la simulación en la tercerización, como es conocido en la STC N° 01671-2013 se analizó por primera vez el contenido de los correos electrónicos y la entrega de herramientas de trabajo para ordenar una relación laboral directa. Así, el TC fijó una contratación directa de los trabajadores tercerizados a la principal, debido a que se había producido una desnaturalización, fundamentando que dar órdenes por correo electrónico y la entrega de celulares a tercerizados son prueba de una relación laboral.

Si bien la LTL señala que “en ningún caso se admite la sola provisión de personal” (artículo 2, segundo párrafo), rechazando que la tercerización sea utilizada para realizar cesiones de mano de obra; la normativa vigente, deja un alto margen de permisibilidad para acreditar su validez. Por ello, las empresas, muchas veces, usan a esta figura como fachada para burlar la ley. En este sentido, no estamos afirmando que por las deficiencias de la normativa de tercerización todas las empresas hacen un uso ilícito de la tercerización, sino que esta debe ser clara y dejar el menor margen posible de error para que las empresas no puedan cometer fraude.

Por tanto, la normativa sobre tercerización no puede dejar un alto grado de discrecionalidad; debe ser lo más precisa posible para determinar sus requisitos de validez y no se permita, o en el menor grado posible, que se ejerza de forma fraudulenta, en protección del trabajador.

7.3. Precarización laboral

Como sabemos, existen trabajadores que carecen de estabilidad y seguridad laboral. Situación que no es ajena a estas nuevas formas de subcontratación, como es el caso de la tercerización, que, entre sus efectos negativos, afecta el derecho a la sindicación, la disminución de remuneraciones y condiciones laborales, entre otros. (Sanguinetti, 2013) señala que: La subcontratación de actividades productivas se encuentra prohibida en algunos países como es el caso de Ecuador, a través del Mandato Constituyente núm. 8, cuyo contenido fue ratificado más tarde con algún matiz por el artículo 327 de la Constitución de ese país. La razón de esta drástica decisión es por considerar que la tercerización constituye una forma “extraña” y “precaria” de trabajo que es “imperativo suprimir y prohibir” en la medida en que, a través de ella, se “vulneran los derechos del trabajador y los principios de estabilidad, de pago de remuneraciones juntas, de organización sindical y contratación colectiva”. La minoración de los salarios y condiciones de trabajo, así como la reducción de la virtualidad de los derechos colectivos, no son contemplados de este modo, como potenciales consecuencias adversas del recurso a este mecanismo, como ocurre con frecuencia, sino como efectos ineludiblemente unidos a él. (p.p. 203-204).

Alburquerque (2019) afirma que:

La precariedad en el trabajo provocada por el *outsourcing* no solo afecta a los trabajadores que prestan servicios en las empresas satélites, sino también a trabajadores que dejan de estar protegidos por la legislación del trabajo. Con el desmembramiento de la empresa tradicional, el

Derecho del trabajo, caracterizado siempre por la nota de la expansión, conoce una nueva fase: la regresión. En efecto, el nuevo modelo de organización producción empresarial se incrementa el trabajo autónomo, nacen nuevas formas de empleo, y se registra una permanente fuga de trabajadores que dejan de ser subordinados. (p.50).

En este sentido, una de las razones por las que se opta por la subcontratación es el aligeramiento de la planilla, lo que repercutirá en las organizaciones sindicales afectadas en su poder de negociación por contar con menores asociados, al punto que pudiera desaparecer si es reducido por debajo del mínimo legal, o por falta de interés de los trabajadores que quedan.

Otro efecto directo de la subcontratación, es que los conflictos laborales se trasladan de la empresa principal a la empresa contratista, que será quien tendrán que arreglárselas para todos los años cerrar los pliegos de reclamos (negociación colectiva), y las huelgas por mejores condiciones laborales. Adicionalmente, un trabajador destacado en la empresa principal, puede ser fácilmente retirado de la empresa, pidiendo solamente su cambio, y como la empresa de tercerización brinda un servicio, puede hacerlo, y ello puede implicar el despido del trabajador de la empresa contratista, sin que esto ocasione ninguna contingencia en la empresa principal. (Carhuatocto, 2012, p. 86).

Así, otro problema vinculado a la subcontratación, pero no tanto a la tercerización de servicios, es el que ocurre en los grupos de empresas, pues acá el problema es el ocasionado por compartir trabajadores (personal nómada) y la aparición del personal del grupo o de la sede corporativa. El principio de primacía de la realidad nos permitirá observar la verdadera dimensión de estas relaciones laborales.

Si tenemos en cuenta que el desplazamiento patrimonial subrepticio de beneficios de una sociedad a otra es una modalidad de fraude a la ley laboral y tributaria común entre nosotros. Los trabajadores en general se perjudicarán al disminuir la garantía que respalda sus créditos laborales, provisionales y utilidades.

El trabajador que laboró en varias empresas de un grupo, por indicación de la sede corporativa, la matriz o la sociedad controlante, debería tener garantizado el pago de sus beneficios sociales por el grupo económico o unidad empresarial.

Lamentablemente, en el Perú, no existe una prohibición legal expresa que permita responsabilizar a los empleadores que a través de transferencias de personal entre sociedades vinculadas pretenden burlar los derechos laborales. Es por ello, que la legislación

vigente debe ser lo más clara posible para evitar que la figura de la tercerización contribuya a la precariedad laboral, que de por sí existe al haber sido establecida de esa forma, pero lo que se pretende es evitar las simulaciones o fraudes en su utilización.

8. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE SERVICIOS DE TERCERIZACIÓN Y SU REGLAMENTO

Como se ha podido observar del análisis de la ley y el reglamento de los servicios de tercerización, existen falencias en sus articulados, los cuales deben ser modificados a fin de evitar o disminuir que surjan fraudes en la utilización de la figura de tercerización.

A) Modificación del artículo 2 de la Ley N° 29245
El actual texto de la ley en el primer párrafo dice lo siguiente:

Artículo 2.- Definición

Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.

La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

Consideramos que, al final del primer párrafo debería adicionarse como quinto requisito: que la tercerizadora deberá acreditar la especialización de la actividad o servicio que brinden, quedando el texto de la siguiente manera:

Artículo 2.- Definición

Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación y acrediten la especialización de la actividad o servicio que brinden. (el subrayado es nuestro).

Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que

cuenta con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.

La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

Al establecerse dicha modificación, la empresa tercerizadora aportaría una fuerte evidencia para demostrar que la actividad o servicio que brinda puede ser mejor que el que realiza la empresa principal, y con ello empezar a despejar las dudas respecto a un uso fraudulento porque estaría quedando en evidencia la necesidad del servicio. En este sentido, aportaría a la validez de la figura de tercerización, salvaguardando el derecho de los trabajadores.

B) *Modificación del artículo 4.3 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR*

Asimismo, debería modificarse el artículo 4.3. del reglamento, el cual a la letra dice lo siguiente:

Artículo 4.- Elementos característicos

4.3. Se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquella.

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. (el resaltado es nuestro).

Quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo 4.- Elementos característicos

4.3. Se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquella.

Se debe eliminar el segundo párrafo del artículo 4.3. del reglamento, toda vez que, además de ser subjetivo, contraría lo establecido en el artículo 2 de la Ley de servicios de Tercerización, el cual fija como elemento esencial de validez, que la empresa contratista cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, no tergiversando la figura de tercerización.

C) *Modificación del inciso a) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR*

De igual forma, debería modificarse el artículo 5, inciso a, el cual establece lo siguiente:

Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización

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. (el resaltado es nuestro).

El cual deberá quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización

Se produce la desnaturalización de la tercerización: Ante el incumplimiento de algunos de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente reglamento, lo cual indica la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.

En este sentido, se pretende no dejar un margen abierto de interpretación para declarar cuándo no existe autonomía empresarial y se ha desnaturalizado la figura de tercerización.

Finalmente, debemos dejar claro que la tercerización se creó para optimizar la productividad de la empresa; sin embargo, en la actualidad se ha convertido en una herramienta que algunos empresarios usan para incurrir en fraude, por lo que la propuesta de modificación tanto de la ley como del reglamento, contribuiría a precisar mejor los requisitos para determinar la validez y, de esta forma disminuir su uso indebido, protegiendo los derechos de los trabajadores.

Conclusiones

La figura de tercerización es útil y necesaria para la competitividad de una empresa en el mercado; sin embargo, ante la deficiente regulación, algunas empresas se aprovechan y crean una fachada, simulando o cometiendo fraude con esta figura, vulnerando así derechos de los trabajadores pues los mismos deberían tener una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, gozando de los mismos derechos que los otros trabajadores.

Es necesaria una modificación de la Ley que regula los servicios de tercerización - Ley N° 29245 y; por consiguiente, su reglamento el Decreto Supremo N° 006-2008-TR. En este sentido, debería modificarse el artículo 2 de la LTL, debiendo agregarse al final del primer párrafo que se debe acreditar la especialización de la actividad o servicio que brinde, como un requisito esencial, de esta forma quedaría probado que su servicio es mejor que el de la principal, verificándose la necesidad de ser contratada.

Se debe eliminar el segundo párrafo del artículo 4.3. del reglamento, toda vez que, además de ser subjetivo, contraría lo establecido en el artículo 2 de la Ley de servicios de Tercerización, el cual fija los elementos esenciales de validez para que se configure una tercerización, específicamente el de contar con recursos propios, sean financieros, técnicos o materiales, salvaguardando que se pueda cometer una simulación o fraude de la tercerización.

Asimismo, debe eliminarse del artículo 5 inciso a) del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, la frase “análisis razonado” y precisar que, ante el incumplimiento de cualquier requisito mencionado en los artículos indicados, se acreditará la ausencia de autonomía empresarial de la tercerizadora, de esta manera, no quedaría en una interpretación antojadiza o contradictoria la valoración de los requisitos de validez por parte del juez.

Si bien el juez debe analizar en cada caso concreto si se cumplen los requisitos de validez para la tercerización, en necesario a la vez, que se cuente con una norma clara, contribuyendo así a la seguridad jurídica y, asimismo, favorecer a la protección de los derechos laborales que, como ya hemos advertido, se ven afectados por su reducción o limitación en su ejercicio en el caso de los trabajadores de la tercerizadora.

Bibliografía

- Alburquerque, R. F. (2019). La descentralización de la empresa. En *la tercerización empresarial en América Latina* (pp. 35-56), Palestra editores.
- Barreiro, G. (1999). Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna. *Revista Española del Trabajo*, volumen 94, 165-186.
- Carballo, C. A. (2019). Tercerización Laboral. En *La tercerización empresarial en América Latina* (57-100). Palestra editores.
- Carhuatocto, H. (2012). *El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización*, Jurista editores.
- Casación Laboral, 2346-2017-Lambayeque (Corte Suprema 09 de octubre de 2018).
- Cruz, J. (1994). Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, volumen 13, 7 – 33.
- Echaiz, D. (2011). *El contrato de outsourcing para la tercerización empresarial*, Derecho & Empresa. Bases para la moderna concepción del Derecho Empresarial.

- Echaiz, D. (2010). *Instituciones de Derecho Empresarial*, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación.
- Montoya, U. y otros. (2006). *Derecho Comercial, Tomo II*, Grijley.
- Neves, J. (2007). *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial Pontifica Universidad Católica del Perú.
- Pérez, M. y Aragón, V. (1999). *Flexibilización Laboral y Outsourcing*, biblioteca Jurídica Dike.
- Pezo, J. E. (2006). *Una reinterpretación del concepto de outsourcing como herramienta de gestión*, Universidad de Lima.
- Sanguinetti, W. (2013). *Derecho del trabajo*, Grijley.
- Toledo, O. (2015). *La tercerización laboral (outsourcing)*, Grijley.
- Toyama, J. (2015). *El Derecho individual del trabajo en el Perú*, Gaceta Jurídica.
- Valderrama, L. (2014). Ámbito de Aplicación y Elementos de la Tercerización de Servicios. *Revista Soluciones Laborales para el Sector Privado, volumen 78*, 73-80.
- Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima (2015, 23 de octubre). Expediente N° 31629-2013, fundamento 3.23. <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/06/Desnaturalizaci%C3%B3n-de-la-tercerizaci%C3%B3n-laboral-Legis.pe.pdf>.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1992). El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones. *IUS ET VERITAS*, p.p. 5-14. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15338>.
- Sala Constitucional y Social Permanente (2012, 8 de junio). *Sentencia Casatoria Exp. N° 000275-2012* (por Norsac Sociedad Anónima, contra la Sentencia de vista de fojas cuatrocientos ochenta y siete). <https://vlex.com.pe/vid/-472585890>.
- Tribunal Constitucional (2014, 29 de enero). *Sentencia N° 01671-2013-PA/TC* (por Juan Alberto Velásquez Serquén contra la resolución expedida por la Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/01671-2013-AA.pdf>.