

La tercerización del trabajo en el Perú Análisis de su reciente regulación con especial énfasis en la responsabilidad solidaria derivada de las acciones de subcontratación laboral^(**)

Oxal Víctor ÁVALOS JARA^(*)

Sumario: 1. Introducción. 2. Conceptualización y precisiones. 3. La tercerización en el Perú. 4. La responsabilidad solidaria derivada de las acciones de tercerización. 5. Conclusiones.

Resumen: *En el presente trabajo, el autor efectúa un exhaustivo análisis acerca de la subcontratación laboral, con especial énfasis en la tercerización. De este modo, no solo se limita a estudiar sus antecedentes y su actualidad legislativa, sino busca encontrarle un sustento teórico a lo que se deriva de esta estrategia empresarial, principalmente en lo que respecta a la responsabilidad solidaria.*

1. Introducción

La intermediación laboral¹ y la tercerización² son, desde el punto de vista empresarial, dos herramientas sumamente útiles, que permiten que las empresas no solo puedan reducir sus costos laborales, sino también ser más competitivas y eficientes, pues, por un lado, el empresario podrá servirse de la labor personal de ciertos trabajadores destacados por una tercera empresa para realización de trabajos temporales, complementarios o especializados; y, por otro lado, podrá beneficiarse del servicio integral que un tercero le puede brindar para procesar uno de los sectores productivos de su empresa. Ambas estrategias de negocios vienen siendo utilizadas por muchas empresas de nuestro país, siendo la intermediación laboral la que más operadores tiene, sin embargo, es la figura de la tercerización la que en este último tiempo viene tomando mayor fuerza.

Sin embargo, desde la óptica del Derecho del trabajo ello no es tan así. Esta rama del Derecho apunta su análisis a las relaciones surgidas como consecuencia de la

^(**) El presente artículo, en su versión reducida, forma parte del libro de ponencias del III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

^(*) Abogado por la Universidad de Lima. Especialista en Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Derecho Empresarial. Cursa estudios de Maestría con mención en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socio principal del Estudio Ávalos Jara, Abogados & Asociados (www.avalos-jara.com). Miembro del Área Legal y de Investigación Jurídica de la Corporación Grijley. Subdirector y Coordinador General de la revista *JuS-Doctrina & Práctica*. Coordinador del Área Laboral y de Seguridad Social de *JuS-Jurisprudencia*. Miembro de la asociación peruana "Derecho y Deporte".

¹ En el Perú, a las empresas que realizan estas actividades se les conoce coloquialmente como *services*.

² Mejor conocida como *outsourcing*.

ejecución de los contratos de intermediación laboral y de tercerización celebrados entre dos o más empresas, y en los que el trabajador se ve involucrado. Concretamente al desplazamiento del que es sujeto y a la forma cómo inciden sobre él quienes se benefician con su trabajo. En este sentido, se busca que si bien las empresas utilicen estas herramientas, ello no suponga un menoscabo o una vulneración de los derechos laborales consagrados en la Constitución, los tratados internacionales y en la ley.

Es indudable, entonces, que el tratamiento del tema de la subcontratación en las relaciones laborales constituye un acápite sumamente importante. No obstante, por la amplitud de ambas figuras, y por la trascendencia y connotación actual de la tercerización que nos abocaremos a estudiarla³. De la misma manera, es preciso indicar que en la presente ponencia solo nos dedicaremos a estudiar lo concerniente al ámbito del Derecho del trabajo.

2. Conceptualización y precisiones

Para poder cumplir nuestro objetivo, es importante conocer qué es la tercerización, así como otros conceptos que se encuentran estrechamente vinculados a ella, y que nos serán de mucha utilidad para entender de mejor manera nuestra ponencia.

2.1. Las implicancias en el ámbito del Derecho del trabajo

En el escenario del Derecho del trabajo, la tercerización ha tomado mucha importancia, ello como consecuencia de la creciente utilización de esta figura por parte de los empresarios, la que por cierto en la mayoría de casos resulta fraudulenta⁴, esto es, usada con la finalidad de evadir responsabilidades, pero sobre todo para pagar un menor monto por concepto de remuneración y de beneficios laborales⁵.

El interés del Derecho del trabajo es, básicamente, la protección del trabajador que es sujeto del desplazamiento como consecuencia del contrato de tercerización celebrado entre dos o más empresas. En efecto, se busca que esta figura contractual no sea utilizada de forma tal que restrinja los derechos del trabajador –entiéndase, que se les recorte y disminuya los derechos que en condiciones regulares y legales percibirían– y, por consiguiente, que permita que el empresario se aproveche ilegítimamente de lo que, en una situación de no existencia del ejercicio abusivo del derecho, le correspondería al trabajador.

³ Hace aún más atractivo este estudio el hecho de que recientemente se han publicado: la Ley que regula los servicios de tercerización, la norma que precisa sus alcances y el correspondiente dispositivo reglamentario.

⁴ Para un interesante estudio acerca del fraude en el Derecho del trabajo, sugerimos revisar FERREIRÓS, Estela Milagros, OLAVARRÍA Y AGUINAGA, Jesús María, LÓPEZ PALOMERO, Eduardo y VÁZQUEZ, María Cristina, *El fraude y sus consecuencias jurídicas*, La Rocca, Buenos Aires, 2007, pp. 47-145.

⁵ Nos referimos, sobre todo, a la ejecutada en los sectores minero y petrolero.

2.2. La tercerización

La tercerización puede ser entendida como la “técnica innovadora de administración, que consiste en la transferencia a terceros de ciertos procesos complementarios que no forman parte del giro principal del negocio, permitiendo la concentración de los esfuerzos en las actividades esenciales a fin de obtener competitividad y resultados tangibles. Esta técnica se fundamenta en un proceso de gestión que implica cambios estructurales de la empresa en aspectos fundamentales tales como la cultura, procedimientos, sistemas, controles y tecnología cuyo objetivo es obtener mejores resultados concentrando todos los esfuerzos y energía de la empresa en la actividad principal”⁶.

De la misma manera, puede decirse que la tercerización supone 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 diversos tipos”⁷.

Otras definiciones señalan que la tercerización “apunta al proceso de sacar al exterior de la empresa procesos de la producción o del trabajo, tradicionalmente desarrollados al interior de la misma”⁸. Asimismo, la tercerización debe ser entendida como la “externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa”⁹.

A nuestro entender, la tercerización supone la delegación de responsabilidades y compromisos que no constituyen la columna vertebral del negocio, con el objeto de que un tercero desarrolle las actividades delegadas por su cuenta y costo, a cambio de una retribución, a efectos de lograr una mayor y mejor especialización y, en consecuencia, la máxima eficiencia.

2.3. ¿Es trascendente subcategorizar a la tercerización?

Ya hemos señalado que en virtud de la tercerización, la empresa contratista se obliga a prestar un servicio especializado o a desarrollar y/o ejecutar una obra a favor de la empresa contratante. En este punto, cabe preguntarnos, ¿es trascendente hacer la diferencia entre los servicios especializados y el desarrollo y/o ejecución de una obra?

⁶ ROMERO, Antonio, “El *outsourcing*”, en www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/ger/outsourcingantonio.htm.

⁷ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, en *Trabajo y Seguridad Social*, N° 13, Madrid, 1994, p. 8.

⁸ RASO DELGUE, Juan, “*Outsourcing*”, en *Advocatus*, N° 9, Lima, 2003, p. 195.

⁹ DEL REY GUANTER, Salvador y GALA DURÁN, Carolina, “Trabajo autónomo y descentralización productiva”, en *Relaciones Laborales*, N° 1, Madrid, 2000, p. 446.

La respuesta es sencilla. Para efectos laborales es intrascendente, pues, como mencionamos anteriormente, lo que importa es el tratamiento que se le da al trabajador producto del desplazamiento del que es sujeto por parte de su empleador a la empresa contratante, siendo irrelevante para estos fines el título en virtud del cual las empresas contratantes han llegado a un acuerdo.

Sin embargo, no ocurre lo mismo para afectos civiles, básicamente contractuales, pues no es lo mismo celebrar un contrato de locación de servicios¹⁰ que uno de obra¹¹. En efecto, si bien en ambos contratos el contratante (independientemente de su denominación legal) tiene la obligación de pagar una retribución en calidad de contraprestación, no ocurre lo mismo con el contratado, ya que éste en calidad de prestación, en un caso, deberá prestar un servicio material o intelectual y, en otro, deberá entregar un resultado con contenido predeterminado.

Y no solo eso, ya que las reglas jurídicas aplicables a los contratos de locación de servicios, por más que sean similares, no son iguales a las que regulan el contrato de obra.

2.4. Disimilitudes con otras figuras

Cuando hablamos de subcontratación laboral no necesariamente nos estamos refiriendo únicamente a la tercerización y a la intermediación laboral, pues obviamente también incluimos a figuras como la provisión de trabajadores y la colocación laboral; sin embargo, es menester precisar que por ser las más usadas y por su deficiente regulación son las que en algún punto podrían causar confusión.

Antes de deslindar dicha confusión, y habiendo ya establecido nuestro concepto acerca de la tercerización, procederemos a explicar cada una de ellas.

a. La intermediación laboral

En el Perú, la intermediación laboral puede ser efectuada por empresas privadas o cooperativas, debidamente constituidas para estos efectos y que han cumplido con los requisitos establecidos por ley, y que para Pérez Yañez¹² tienen por finalidad “la cesión o destaque de trabajadores para que estos laboren bajo la

¹⁰ **Código Civil**

“Artículo 1764°.- Definición

Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”.

¹¹ **Código Civil**

“Artículo 1771°.- Definición

Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución”.

¹² Citada por TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, “Tercerización e intermediación laboral. Diferencias y tendencias”, en *Derecho y Sociedad*, N° 30, Lima, 2008, p. 92.

dirección de la empresa usuaria, en tanto que existe un reparto de las facultades empresariales entre la empresa usuaria y la empresa de servicios especiales”.

De conformidad con la Ley N° 27626, ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, la intermediación laboral puede ejecutarse a través de empresas de servicios especiales, temporales y complementarios, además, en el caso de las cooperativas, para que se desarrollen labores correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia¹³. Los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa.

De acuerdo con esta normativa, las *empresas de servicios temporales* son aquellas que contratan con empresas denominadas usuarias, con el fin de colaborar temporalmente con ellas en el desarrollo de sus actividades, incluso en las principales, mediante el destaque de sus trabajadores para desarrollar las labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia¹⁴.

Asimismo, las *empresas de servicios complementarios* son las que destacan su personal a terceras empresas denominadas usuarias para desarrollar actividades accesorias o no vinculadas a su actividad principal (objeto social principal) o giro del negocio.

Por su parte, las *empresas de servicios especializados* son las que brindan servicios que suponen alta especialización para la empresa usuaria que las contrata. En este caso, la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados.

¹³ Para mayores alcances acerca de estas modalidades contractuales, sugerimos revisar ÁVALOS JARA, Oxal Víctor, *Los contratos de trabajo temporal. Un estudio práctico acerca de los contratos sujetos a modalidad*, Grijley, Lima, 2008.

¹⁴ En un anterior trabajo hemos señalado que el contrato ocasional es aquel que tiene por objeto atender “aquellos requerimientos empresariales eventuales, inciertos y de escasa duración, que necesita la empresa para satisfacer las exigencias que le demandan sus propias actividades que no son ordinarias, pero que coadyuvan a la optimización de la actividad principal”. De la misma manera, el contrato de suplencia tiene por finalidad “sustituir a un trabajador estable de la empresa cuyo vínculo se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente o por efecto de las disposiciones convencionales aplicables en el centro de labores; en otras palabras, supone reemplazar momentáneamente a un trabajador que cuenta con una relación de trabajo indeterminada por otro contratado a plazo determinado o determinable y por el tiempo que dure la ausencia del primero, como consecuencia de la configuración de alguna causa justificada que se encuentra regulada expresamente en la ley como tal, por acuerdo de las partes o por decisión unilateral del empleador” (ÁVALOS JARA, *Los contratos de trabajo temporal. Un estudio práctico acerca de los contratos sujetos a modalidad*, cit., pp. 89-110).

Finalmente, con relación a las cooperativas de trabajadores, se establece que estas podrán tener como única finalidad destacar a sus socios trabajadores a las empresas usuarias a efectos de que estos desarrollen labores correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia; en otras palabras, si bien podrán prestar un servicio complementario o especializado, este deberá ser temporal.

De lo vertido se aprecia que lo problemático de esta figura con relación a la tercerización es, qué duda cabe, la semejanza entre los servicios especializados y la tercerización.

Previamente hay que decir que la norma reglamentaria de la Ley N° 27626, aprobada por el Decreto Supremo N° 003-2002-TR, establece en su artículo 4° que: “No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193° de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal”¹⁵.

No obstante, con fecha 27 de abril de 2007 se publicó el Decreto Supremo N° 008-2007-TR, norma que precisa los alcances de los términos “actividad principal” y “actividad complementaria”. Así, se señala que la primera es aquella actividad “que es consustancial al giro del negocio. Son actividades principales las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa”. Del mismo modo, se indica que “constituye actividad complementaria de la empresa usuaria aquella que es de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tal

¹⁵ Es importante señalar que en virtud de la Acción Popular N° 1949-2004-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 21 de noviembre de 2005, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República establece que el Reglamento de la Ley N° 27626 no transgrede a la ley reglamentada, ya que su artículo 4° no excede los términos de la ley. Ello resulta sumamente trascendente si tenemos en consideración que dicho órgano de justicia afirma que al hacerse mención a la tercerización no es que se le haya regulado, pues su alusión solo se debe al establecimiento de criterios de identificación y diferenciación con la intermediación laboral. Por lo tanto, podría afirmarse que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29245, la tercerización no se encontraba regulada en nuestro país.

como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza. La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria". Ello generó que se clarifique con mayor alcance, aunque no con el esperado, la diferencia entre la intermediación laboral y la tercerización.

Posteriormente, con fecha 20 de septiembre de 2007, se publicó el Decreto Supremo N° 020-2007-TR, norma que aprueba diversas disposiciones mediante las cuales se amplían y precisan los alcances del aludido artículo 4°. En efecto, dicha norma regula temas tales como los contratos con desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa del cliente (tercerización interna o *insourcing*), la desnaturalización de los contratos y la generación de una relación laboral directa con la empresa cliente en los casos en que se detecte la mera provisión de personal, y la garantía de los derechos laborales de los trabajadores desplazados en la tercerización, con especial énfasis sobre los derechos sindicales, de resarcimiento y restitución en los casos de despido injustificado y de observancia al principio de igualdad.

Los decretos supremos antes aludidos han ayudado a clarificar el umbral existente entre la prestación de servicios especializados provenientes de la intermediación laboral y la tercerización; sin embargo, aunque el panorama se avizora con mejores perspectivas que hace unos años, con el objeto de despejar cualquier duda mencionaremos algunas características de cada una de estas figuras.

Así, entendemos que en la intermediación laboral solamente hay un destaque de forma individualizada de mano de obra a la empresa usuaria; mientras que en la tercerización se brinda un servicio integral a la empresa contratante para el desarrollo de uno de sus sectores productivos. En la intermediación laboral se prestan servicios para la ejecución de labores complementarias o especializadas de la empresa usuaria, así como para la realización de labores en las actividades principales de la empresa, pero solo de forma temporal; en tanto que en la tercerización desaparece esa clasificación, pues lo trascendente es la asunción de una parte integral del proceso productivo, lo que evidentemente se traduce en la prestación de servicios especializados o de obra. En el caso de la intermediación laboral los trabajadores que realizan actividades principales temporales no pueden exceder del 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria; mientras que en la tercerización no existen límites porcentuales, ello en razón de que la prestación de servicios no se individualiza en los trabajadores destacados, sino se refleja en el servicio integral, no importando cuantos trabajadores son necesarios para lograr el objetivo. Las empresas que realizan intermediación laboral deben inscribirse en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de intermediación laboral; en cambio las que brindan servicios de tercerización deben hacerlo en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras.

b. La provisión de trabajadores

Es la Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 27626 la que hace referencia a la provisión de trabajadores al señalar que: “En los casos en que mediante contratos o subcontratos de naturaleza civil se *provean trabajadores* para desarrollar labores que correspondan a la actividad principal de la empresa usuaria, se entenderá que tales trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria desde su respectiva fecha de iniciación de labores en dicha empresa” (las cursivas son nuestras)¹⁶.

En términos generales “se puede afirmar que la provisión o cesión de trabajadores tiene lugar cuando un sujeto (denominado cedente) transfiere trabajadores subordinados a otro (denominado cesionario), con la única finalidad de cubrir puestos de trabajo que se encuentran dentro del ámbito organizativo de este último.

La ilicitud de la cesión de trabajadores se debe a que estas prácticas parecen favorecer a todos, menos a los propios trabajadores. El cesionario obtiene un doble beneficio, ya que deja de ser considerado como el empleador formal de los trabajadores (lo cual significa una reducción en sus costos laborales), mientras que en la práctica sigue actuando como el empleador real de los mismos (lo cual le permite mantenerlos bajo su subordinación real). Por su parte, el cedente obtiene sus ganancias de la diferencia entre lo que le paga a los trabajadores y lo que percibe del cesionario, limitándose a actuar como un simple testaferro de este”¹⁷.

Sin embargo, es menester precisar que no toda provisión de trabajadores es ilícita, ya que mientras el trabajador cedido no se vea perjudicado de algún modo, y el empleador ejerza sus poderes legítimamente, podría hablarse de una provisión de trabajadores lícita. En efecto, si tenemos en consideración que la provisión de uno o más trabajadores se sustenta en el hecho de que tanto el empleador¹⁸ como el usuario se reparten los poderes empresariales (dirección, fiscalización y sanción) y que ambos responden por las obligaciones de carácter laboral, entonces no encontraríamos motivos para vetar la figura de la provisión de trabajadores.

En este sentido, queda claro que la diferencia más marcada que podemos encontrar entre la figura materia de análisis y la tercerización es que en la primera tanto el empleador originario como el usuario ejercen subordinación sobre el trabajador en cuestión, mientras que en la tercerización, además de no individualizarse el servicio, la subordinación es ejercida únicamente por el empleador, no por el contratista.

¹⁶ También se menciona a esta figura en la parte final del segundo párrafo de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.

¹⁷ ESPINOZA LAUREANO, Frank, “¿El fin de la intermediación laboral?”, en *JuS-Doctrina & Práctica*, N° 5, Lima, 2008, p. 38.

¹⁸ Básicamente direccionando la fuerza de trabajo de su empleado a favor del usuario.

c. La colocación laboral

Se hace alusión a esta figura cuando en el artículo 2º del Decreto Supremo N° 005-2003-TR, norma que crea el Registro Nacional de Agencias Privadas de Empleo, se señala que: “Entiéndase por Agencias Privadas de Empleo a aquellas personas jurídicas, independientes de la administración pública, *que intervienen en el mercado de trabajo a efectos de vincular ofertas y demandas de empleo, sin convertirse en parte de las relaciones laborales que se deriven entre los solicitantes de empleo y las personas naturales o jurídicas que requieren trabajadores*. No son consideradas Agencias Privadas de Empleo, las bolsas de trabajo de las instituciones educativas cuya finalidad es la inserción laboral de sus egresados, siempre que las indicadas bolsas de trabajo carezcan de personalidad jurídica propia y no efectúen cobro alguno por su servicio” (las cursivas son nuestras).

Asimismo, Monereo Pérez¹⁹ señala que “la colocación o mediación laboral viene a ser el conjunto de actividades jurídicas y materiales realizadas con carácter previo [...] la celebración del contrato de trabajo que tienen por finalidad el acercamiento –puesta en contacto– y equilibrio entre la oferta y la demanda de mano de obra en el mercado de trabajo; es decir, la actividad mediadora es una actividad encaminada a facilitar la conclusión de contratos laborales sin que la persona o ente interviniente asuma la condición de parte del contrato celebrado ni tampoco realice una labor de ‘puesta a disposición’ del trabajador de un empresario”.

Se evidencia, entonces, que la colocación laboral supone la intervención de una persona que busca acercar a las partes con la finalidad de que estas puedan convenir en ser trabajador y empleador una de la otra; es decir, se trata de aproximar a quienes en el futuro podrían tener una relación laboral. En consecuencia, y como la propia definición legal lo indica, el interventor está fuera del ámbito de la relación laboral que pudiese surgir entre las partes. Así pues, ello supone la principal diferencia con la tercerización.

3. La tercerización en el Perú

3.1. Antecedentes

a. Legislativos

No compartimos la posición de quienes señalan que antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29245 ya se encontraba regulada la tercerización. En efecto, gran parte de la doctrina nacional señala que la tercerización laboral encontró su primera regulación cuando en el artículo 4º del Decreto Supremo N° 003-2002-TR se estableció que: “No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193º de la Ley General de Sociedades, *los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas,*

¹⁹ Citado por ESPINOZA LAUREANO, “¿El fin de la intermediación laboral?”, cit., p. 40.

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. [...]” (las cursivas son nuestras).

El hecho de haber mencionado supuestos que constituyen acciones de tercerización no supone que se haya regulado a esta figura. A pesar de ello, muchos autores nacionales insisten en que sí. No obstante, para zanjar la controversia creemos que es importante recurrir a la jurisprudencia, específicamente a la Acción Popular recaída en el Expediente N° 1949-2004-Lima, en donde la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República establece que el hecho de que en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR se haya hecho referencia a una figura ajena a la intermediación laboral no implica que se le haya regulado; es más que ello fuera así, el mencionado artículo 4° sería ilegal, toda vez que excedería los márgenes de ley²⁰. En este sentido, en apreciación con la que estamos de acuerdo, la Sala Suprema manifiesta que cuando se alude a la tercerización, en realidad solo se están estableciendo criterios de identificación y diferenciación entre la intermediación laboral y la tercerización. Por lo tanto, la tercerización se encuentra regulada en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR.

En este orden de ideas, a pesar de que posteriormente se hayan ampliado los alcances del artículo 4° en cuestión, como sucedió por efecto del Decreto Supremo N° 020-2007-TR, la tercerización recién se halla a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 29245²¹, del Decreto Legislativo N° 1038²² y del Decreto Supremo N° 006-2008-TR²³; por tal razón, dichas normas no tienen antecedentes.

b. Antecedentes jurisprudenciales

A nivel de nuestra Corte Suprema de Justicia de la República, hasta la fecha no tenemos ningún pronunciamiento acerca de algún tema directamente relacionado con la tercerización. Sin embargo, en sede de la Corte Superior de Justicia de Lima ocurre lo contrario, puesto que hay varios pronunciamientos, pero dentro de todos ellos encontramos una sentencia que resulta muy interesante, pues en ella se discute acerca de la naturaleza jurídica de la tercerización.

Efectivamente, en la sentencia recaída en el Expediente N° 3000-2006-IDNL(S), la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima ha señalado que si bien es cierto que la tercerización es una modalidad contractual con miras a que una empresa (contratista) satisfaga el requerimiento de otra (contratante) mediante la prestación de un servicio integral no subordinado ni personalizado,

²⁰ De conformidad con el inciso 8 del artículo 118° de nuestra Constitución, corresponde al Presidente de la República: “Ejercer la potestad de reglamentar las leyes *sin transgredirlas ni desnaturalizarlas*; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones” (las cursivas son nuestras).

²¹ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de junio de 2008.

²² Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de junio de 2008.

²³ Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12 de septiembre de 2008.

también lo es que existen determinadas actividades de la empresa que se benefician con el servicio que no pueden ser sujetas de la tercerización, entendiéndose por ellas a la principal, nuclear o distintiva. Por tal razón, si se verifica la realización de alguna actividad prohibida para ser ejecutada mediante la tercerización, debe colegirse que los contratos –de prestación de servicios o de obra– se han desnaturalizado, lo que genera el reconocimiento de una relación laboral entre el trabajador sujeto de desplazamiento y la empresa contratante.

En el presente caso, la cuestión controvertida radicaba en determinar si existen límites para la tercerización de servicios, esto es, si es posible tercerizar cualquier actividad de la empresa contratante o solo algunas, entiéndanse, las no principales.

Siendo que a la fecha de dicho pronunciamiento no existía regulación expresa sobre la tercerización –solo las normas generales de los contratos de locación de servicios y de obra contenidos en nuestro Código Civil– ni pronunciamientos al respecto, la Sala Laboral recurre a la doctrina para determinar la naturaleza jurídica de la tercerización.

Así, tomando en consideración las definiciones de Raso Delgue²⁴ y Ben Schneider²⁵, quienes señalan que solo son “tercerizables” las actividades no principales de la empresa contratante, la Sala Laboral concluye que, sobre la base del principio de primacía de la realidad, el demandante tiene una relación de trabajo, además de la empresa contratista, con la empresa contratante.

Sobre el particular, consideramos que la lógica plasmada en la presente sentencia es correcta, pues la Sala Laboral efectúa un acertado análisis de lo que realmente es la tercerización como figura jurídica (aunque no regulada en su momento), impidiendo, además, que la empresa contratista haga un ejercicio abusivo de su derecho de contratar.

²⁴ En el considerando quinto de la sentencia materia de análisis se señala: “La tercerización es definida por Juan Raso Delgue como ‘la transferencia al externo de la empresa de etapas de la gestión y de la producción, reteniendo esta el control sobre las mismas’” (RASO DELGUE, Juan, “*Outsourcing*”, en *Cuarenta y dos estudios sobre la desnaturalización empresarial y Derecho del trabajo*, Fundación de la Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 38).

²⁵ En el mismo considerando se indica: “Ben Schneider, en un magnifico libro publicado en nuestro medio, señala que ‘se requiere de una herramienta de gestión a través de la cual una organización pueda optar por concentrarse únicamente en su *core business* (actividad distintiva, según el propio Schneider) y no tomar parte en procesos importantes pero no inherentes a su actividad distintiva. Para dichos procesos existe la posibilidad de contratar a un proveedor de servicios especializados y eficientes que, a la larga, se convierta en un valioso socio de negocios. En eso consiste el *outsourcing*’” (SCHNEIDER, Ben, *Outsourcing: la herramienta de gestión que revoluciona el mundo*, Norma, Lima, 2004, p. 31).

3.2. Actualidad normativa

Con fecha 24 de junio de 2008 fue publicada la Ley N° 29245, denominada “Ley que regula los servicios de tercerización”. Esta normativa, empieza por determinar qué constituye la tercerización; en este sentido, establece que la tercerización es “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”. Asimismo, en contrapartida con el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, en el artículo 3° de la mencionada ley se señalan los casos que constituyen tercerización, siendo estos: “Los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, *los procesos de tercerización externa* y los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo” (las cursivas son nuestras).

Estos dispositivos resultan importantes a la luz de la controversia doctrinaria referida a si la actividad principal o distintiva puede ser tercerizada. Ya vimos como en un anterior pronunciamiento, la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, sustentándose justamente en la doctrina, concluyó en que no es factible que en virtud de la tercerización se descentralice productivamente la actividad principal o distintiva de la empresa contratante. Sin embargo, a pesar de dicho pronunciamiento, toda vez que la ley no lo prohíbe, consideramos –aunque dogmáticamente no estamos de acuerdo– que en términos legales sí es posible que la actividad principal o distintiva de la empresa contratante pueda ser tercerizada. Corrobora nuestra apreciación lo estipulado en el artículo 1° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, Reglamento de la Ley N° 29245, en el cual se establece que la tercerización “es una forma de organización empresarial por la que una empresa principal *encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras*, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma” (las cursivas son nuestras).

Reiteramos nuestro desacuerdo con la ratio de la ley, ya que para nosotros la tercerización solo puede apuntar a las actividades no principales y no distintivas de la empresa contratante, pues de otro modo se podría dar el caso de que existan empresas sin trabajadores, ya que todos los procesos productivos se harían a través de la tercerización. En este orden de ideas, nos preguntamos: ¿qué sentido tiene una empresa si no es ella la que produce al menos de modo mínimo sus bienes o servicios? ¿En dónde queda la especialización de la empresa contratante de la que tanto se ha hablado y qué es la esencia de la tercerización? Al permitirse la tercerización de la actividad principal o distintiva, ¿no se estaría facilitando el fraude laboral? Todas estas interrogantes nos llevan a pensar que la ley se fundamenta en un dogma equivocado y peligroso, el que definitivamente no es concordante con nuestra opinión.

Del mismo modo, la Ley N° 29245 señala que los principales elementos coadyuvantes o sintomáticos para identificar a las actividades de tercerización son: la pluralidad de clientes, el equipamiento propio, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio.

De todos ellos nos llama fuertemente la atención uno: el de la pluralidad de clientes. La Ley N° 29245 establece que si la empresa tercerizadora no cumplía con tener más de un cliente²⁶, la tercerización perdería su naturaleza jurídica, presumiéndose la existencia de un fraude laboral²⁷. Sin embargo, felizmente, el Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 de junio de 2008, precisó los alcances de esta norma, señalando que, en el caso de las empresas ya constituidas, tendrán el plazo de un año desde la vigencia de la ley para cumplir con este requisito; mientras que en el caso de las empresas que inician sus actividades luego de la vigencia de la ley, lo deberán hacer en los mismos términos, pero contado desde el día en que iniciaron sus actividades.

Estimamos que la precisión efectuada por el Decreto Legislativo N° 1038 es muy positiva, pues beneficia sobre todo a las empresas que cuentan con poco capital, y que requieren de un “plazo de gracia” para su crecimiento empresarial. Además, es importante resaltar que el aludido decreto legislativo ha señalado que, siempre y cuando se acredite de forma objetiva la imposibilidad de contar con dos o más clientes, el requisito de la pluralidad no será considerada. Asimismo, debemos mencionar que el Reglamento de la Ley N° 29245, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, en su artículo 4° ha establecido en qué casos no es necesario el cumplimiento del requisito referido a la pluralidad de clientes, encontrándose entre ellos el supuesto en que la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la microempresa²⁸.

Por otra parte, en su artículo 4°, la Ley N° 29245 señala que el personal desplazado a la empresa contratante en virtud de la tercerización no podrá verse afectado en lo que respecta a sus derechos laborales y de seguridad social. Del mismo modo, dicho dispositivo indica que la subordinación de los trabajadores

²⁶ Entendemos que dicho precepto se basa en una buena intención, evitar en la medida de lo posible el fraude laboral, es decir, que una empresa brinde servicios de tercerización exclusivamente a una sola empresa.

²⁷ Lo que hubiese resultado muy perjudicial, sobre todo, para las micro y pequeñas empresas, quienes no tendrían la capacidad de competir con la empresas por los pocos recursos con los que cuenta, de tal forma que dicho elemento supondría una especie de impedimento para entrar al mercado de las empresas que brindan servicios de tercerización.

²⁸ La que según el Decreto Legislativo N° 1086, es aquella que con un máximo de 10 trabajadores no supera en ventas anuales las 150 unidades impositivas tributarias. De esta forma, la exoneración de este requisito no alcanza la pequeña empresa, la que según el mismo decreto legislativo es aquella que puede contar con un máximo de 100 trabajadores y no superar en ventas anuales el monto de 1700 unidades impositivas tributarias.

desplazados siempre debe provenir de la empresa contratista, pues de lo contrario, de conformidad con el artículo 5º del Reglamento de la Ley N° 29245, se generaría una relación laboral directa con la empresa contratante. De la misma manera, se establece que en el contrato en virtud del cual se desplaza a los trabajadores a la empresa contratante, deberá señalarse de forma clara que quien dirige la fuerza de trabajo de los empleados desplazados es la empresa contratista, 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 contratante se realiza la labor. Con relación a esto último, estimamos que si no es colocada esta información en el contrato, no supone que este se vaya a desnaturalizar, ya que es evidente que ello no constituye una formalidad *ad solemnitatem*, es decir, que su omisión acarrea la nulidad del acto jurídico, pues su inobservancia no ha sido sancionada expresamente por la ley como un supuesto de desnaturalización. Solo constituirá un medio de prueba.

Asimismo, la Ley N° 29245 establece que todo desplazamiento de trabajadores que no se encuadre dentro del marco legal de la tercerización, acarreará la desnaturalización del contrato de tercerización, lo que implica el reconocimiento de una relación laboral entre el trabajador desplazado y la empresa contratante, sin perjuicio de otras sanciones administrativas reguladas por la ley. Es preciso indicar que la norma reglamentaria de la Ley N° 29245, además del supuesto aludido en el párrafo anterior, sanciona con la desnaturalización del contrato de tercerización cuando determina que la empresa tercerizadora no goza de autonomía y cuando la empresa contratista continúa brindando los servicios de tercerización a pesar de que su registro no se encuentra habilitado y hayan transcurrido 30 días calendario desde que caducó dicho registro.

Otro tema importante que ha regulado la Ley N° 29245 es el referido al derecho a la información de los trabajadores desplazados con respecto a la identidad de la empresa contratante y las labores que tendría que realizar. En este caso, creemos que la regulación es sumamente positiva, pues no es el trabajador quien tendrá que solicitar la información, sino esta última la que se encuentra obligada a facilitársela: entendemos que con esto se procura que el trabajador conozca con precisión los alcances de sus derechos y, de ser vulnerados, pueda acudir a la autoridad administrativa de trabajo con mayor sustento en aras de proteger sus derechos²⁹.

En virtud de su artículo 7º, la Ley N° 29245 establece ciertas precisiones con relación a los derechos de los trabajadores desplazados. En este sentido, se reafirma la cláusula contenida en el artículo 79º de la Ley de Productividad y

²⁹ Con respecto al derecho del trabajador de ser informado, el artículo 8º del Decreto Supremo N° 006-2008-TR señala que esta información deberá ser cumplida antes de que inicie el desplazamiento. Dicha información se refiere, por un lado, a la actividad empresarial a ejecutar y, de otro, a la unidad productiva o ámbito de la empresa principal donde la misma será realizada.

Competitividad Laboral, en el sentido de que no existe diferencia entre los derechos de los trabajadores contratados modalmente y aquellos que prestan sus servicios de manera indefinida, salvo en lo que respecta al cálculo de la indemnización por despido arbitrario. Del mismo modo, se indica que el trabajador desplazado no tendrá menores derechos que aquellos que laboran para su mismo empleador pero que no han sido sujetos del desplazamiento. Igualmente, se establece que la tercerización de servicios y la contratación modal no pueden ser utilizadas con el fin de vulnerar los derechos de índole colectivo o sindical, tales como 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. Por último, este dispositivo indica algo que para nosotros es innecesario en la medida que supone el libre y pleno ejercicio del derecho de defensa consagrado en nuestra Constitución, nos referimos al hecho de que todo trabajador se encuentra habilitado para efectuar las denuncias, reclamos y demandas pertinentes por la vulneración de sus derechos reconocidos en nuestra carta magna y la ley. Estimamos que aun así en el inciso 4 del artículo 7º de la Ley Nº 29245 no se hubiese regulado algún supuesto por el cual se reconozca el derecho del trabajador de ejercer su derecho de defensa, igualmente lo podría hacer, pues nuestra Constitución, como norma suprema, reconoce ese derecho.

Con respecto al registro de empresas tercerizadoras, la Ley Nº 29245 estableció como requisito para operar que éstas deban inscribirse en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras en un plazo máximo de 30 días hábiles desde su constitución. No obstante, el Decreto Legislativo Nº 1038 precisó este mandato señalando que se encuentran obligadas a registrarse las 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. Lamentablemente el Decreto Supremo Nº 006-2008-TR no ha definido lo que significa “desplazamiento continuo” y “desplazamiento eventual o esporádico”.

Finalmente, la Ley Nº 29245 regula el tema de la responsabilidad solidaria de la empresa contratante en el caso del pago de los derechos, beneficios laborales y obligaciones referidas a la seguridad social que no hayan sido cumplidas oportunamente. Siendo que el tema reviste un interés particular, en la siguiente parte del trabajo haremos un análisis exhaustivo de esta figura jurídica.

4. La responsabilidad solidaria derivada de las acciones de tercerización

Este tema reviste mucha importancia sobre todo tratándose del pago de las obligaciones laborales. La poca regulación³⁰ en el ámbito del Derecho del

³⁰ La que básicamente emana de la legislación del mercado de valores (Resolución Conasev Nº 090-2005-EF/94.10) y del impuesto a la renta (Decreto Supremo Nº 179-2004-EF) y que se refiere esencialmente a los conceptos de vinculación y grupos económicos.

trabajo³¹ ha generado que ante causas en las que tengan que determinarse la responsabilidad solidaria, los criterios adoptados sean disímiles, pero lo que es peor, es que en algunos casos dichos criterios carecen de sustento jurídico.

Es por eso que en esta parte del presente trabajo analizaremos los alcances de la responsabilidad solidaria, esencialmente de la que emana de la tercerización. En este sentido, comenzaremos por conceptualizar a esta figura, exponiendo su fundamento y viendo su naturaleza jurídica, así como los escenarios en donde esta puede presentarse, para finalmente determinar si corresponde equipararla con la regulada por nuestro Código Civil.

4.1. ¿Qué es la responsabilidad solidaria?

Es claro que toda persona o personas que se comprometen a cumplir una obligación deben responder por ella ante su incumplimiento. La relación obligacional genera que sean las partes que celebraron el acto jurídico las únicas obligadas (*inter partes*). En este sentido, a efectos de la explicación del presente trabajo podríamos denominar a este supuesto como responsabilidad sin alcance a terceros³². Sin embargo, puede ocurrir que otras personas, las que en principio no se obligaron expresamente, puedan verse obligadas a responder. En efecto, por determinados hechos jurídicos, estos terceros pueden ser alcanzados por la responsabilidad de quienes se obligaron expresamente. Esto es lo que podríamos llamar responsabilidad con efectos protectores o derivada de intereses legítimos.

Justamente es este último supuesto el que nos interesa estudiar por lo complejo que ha resultado hasta la fecha entender en qué medida una persona que al inicio no era responsable, termina obligándose por la configuración de cierta situación jurídica.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, la obligación solidaria es “aquella en que cada uno de los acreedores puede reclamar por sí la totalidad del crédito, o en que cada uno de los deudores está obligado a satisfacer la deuda entera, sin perjuicio del posterior abono o resarcimiento que el cobro o el plazo determinen entre el que lo realiza y sus cointerésados”³³.

³¹ De conformidad con el artículo 25º de la Ley Nº 27626, “en caso de que la fianza otorgada por las entidades [intermediadoras] resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores destacados a las empresas usuarias, estas serán *solidariamente responsables* del pago de tales adeudos por el tiempo de servicio laborado en la empresa usuaria” (las cursivas son nuestras). Asimismo, de acuerdo con el artículo 9º de la reciente Ley Nº 29245, “en los casos de tercerización la empresa contratista y la contratante son *solidariamente responsables* por el pago de los derechos, beneficios y obligaciones de seguridad que corresponden por el trabajador” (las cursivas son nuestras).

³² Toda vez que son los contratantes los únicos que se encuentran obligados.

³³ En http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=solidario.

En el ámbito del Derecho del trabajo se entiende por responsabilidad solidaria al vínculo obligacional que envuelve a un tercero como consecuencia de un reconocimiento expreso, un mandato legal o por la conexidad particular que existe entre el obligado, generalmente el empleador, y un tercero. En efecto, tal como señala Gorelli Hernández, “la obligación solidaria se caracteriza por el hecho de que distintos sujetos deben una misma prestación; es decir, originariamente los distintos sujetos están obligados frente al acreedor”³⁴.

La responsabilidad solidaria laboral se basa en la identificación de ciertos sujetos, normalmente el aparente empleador y otro que se beneficia del servicio del trabajador, con la finalidad de que estos respondan de forma conjunta, como si fuesen un mismo patrimonio, por las obligaciones que mantienen pendientes con el trabajador. Se trata, entonces, de una imputabilidad legítima con el objeto de proteger los créditos del trabajador.

En términos prácticos, la solidaridad laboral se traduce en la facultad con la que cuenta el trabajador para poder demandar indistintamente por sus acreencias laborales a su empleador y/o a quien se aprovechó, directa o indirectamente, de sus servicios subordinados.

4.2. La vinculación empresarial como gran fundamento de la solidaridad laboral

Cuando aludimos a la vinculación empresarial³⁵, nos referimos al conjunto de empresas independientes que se encuentran sustantivamente interrelacionadas por efecto de sus intereses comunes. Así, también, se ha señalado que “el grupo de empresas no es otra cosa que varias empresas, jurídicamente independientes, sometidas a una estrategia general común. Esto es, “la interrelación de unidades empresariales autónomas en torno a una dirección unitaria. [...]. En algunas ocasiones el grupo podrá conformarse por subordinación y en otras por coordinación. En el primer tipo, las empresas que forman el grupo obedecen a una empresa matriz que personifica la dirección unitaria. No hay poder de negociación de aquellas sobre las directivas emanadas de esta última. En cambio, en el segundo tipo, las empresas que conforman el grupo no se someten al designio de ninguna de las otras empresas. Todas negocian conjuntamente las decisiones de la dirección unitaria”³⁶.

³⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, Grupo Difusión, Sevilla, 2007, p. 182.

³⁵ En una reciente Sentencia Casatoria, la signada con el N° 2441-2006-Piura, publicada en *El Peruano* el 1 de septiembre de 2008, la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, además de tratar brevemente el tema de la solidaridad laboral, invoca el concepto de “grupo de empresas” a efectos de resolver la cuestión controvertida de dicho proceso, lo que constituye una absoluta novedad tratándose de pronunciamientos en sede suprema.

³⁶ ARCE ORTIZ, Elmer, *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Palestra, Lima, 2008, p. 113.

Sobre la base de esta noción, puede afirmarse que en algunos casos la vinculación empresarial es evidente y en otros no. Así, puede tratarse de empresas que por su notoriedad social no tengan porque negar su vinculación con otras; mientras que, en la mayoría de casos, se da que de forma voluntaria y coordinada muchas empresas, con la finalidad de obtener el mayor beneficio posible, tratando de evitar cualquier responsabilidad y no importándoles el perjuicio que le causan a los trabajadores, ocultan su entorno empresarial, de forma tal que “disfrazan” su verdadera identidad, que es la de formar parte de un grupo empresarial.

En este sentido, podría clasificarse a la vinculación empresarial como conocida o revelada. Siendo que respecto de la primera no hay dudas acerca de la vinculación; en el caso de la segunda, lo importante resulta que, ante la presunta relación empresarial que trae consigo perjuicio para uno o más trabajadores, se corrobore la existencia de una vinculación empresarial con la finalidad de proteger los créditos laborales.

Como mencionamos, la responsabilidad solidaria es el efecto jurídico o la consecuencia que se deriva de las obligaciones contraídas e incumplidas por alguno de los miembros del grupo de empresas. En este orden de ideas, es preciso indicar que la solidaridad laboral, como efecto de la vinculación empresarial, no se da por el solo hecho de ser parte del grupo de empresas, sino que debe tener una razón o justificación como por ejemplo, el fraude en la modalidad de ocultarse bajo otra personalidad jurídica para evitar cumplir con sus obligaciones, o la insolvencia.

Para los casos de fraude, jurídicamente se han creado mecanismos que tienen por objeto “desenmascarar al auténtico empleador o la existencia de un copatronato”³⁷. El más importante, qué duda cabe, es el del levantamiento del velo societario o *disregard*, teoría que tiene por finalidad “responsabilizar a quien no integró la sociedad, quien no es otro que el controlante, quien detenta el poder efectivo de los negocios sociales mediante la posibilidad de formación de la voluntad social, pudiendo ser interno (societario) o externo (contractual), y ejercer el poder de una manera ‘directa’ o ‘indirecta’”³⁸. El sustento de ello es que “la personalidad jurídica como instrumento, es un medio al servicio del bien común de la sociedad y no un beneficio personal para sus integrantes, que utilizando el valladar de su diferente personalidad, frustren los derechos de terceros, persigan fines extrasocietarios o la utilicen como un mero recurso para violar la ley, el orden público y la buena fe”.

³⁷ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, *La utilización fraudulenta de la persona jurídica*, Jurista, Lima, 2005, p. 248.

³⁸ BURGIO, Gustavo Alberto, “La solidaridad legal que deviene de la aplicación de las normas societarias, más protectorias que las del ámbito del Derecho laboral”, en GRISOLIA, Julio Armando (dir.), *Derecho del trabajo*, Nova Tesis, Buenos Aires, 2005, pp. 22-23.

Es lógico que en estos casos las empresas solidariamente responsables aleguen que no deben responder basándose en la independencia de la persona jurídica; sin embargo, ello no resultaría oponible en la medida que se ha determinado la existencia de vinculación, lo que tiene como efecto que se considere a las empresas vinculadas como un solo ente a efectos de las obligaciones de carácter laboral, ello en razón del abuso de la personalidad jurídica³⁹.

Para los casos de insolvencia el tratamiento es distinto. En esencia se busca un respaldo económico que garantice la acreencia del trabajador. Con esto no queremos decir que cuando una empresa es insolvente se busca a otra para que cancele sus deudas laborales; lo que manifestamos es que cuando una empresa es insolvente y, además, tiene vinculación empresarial con otras, es que estas deben asumir sus obligaciones.

Pero, ¿cuál sería el fundamento de ello? Más que el buscar un accionar fraudulento para evitar el pago, lo importante resulta encontrar una garantía que tenga un sustento justo. Así, consideramos que tratándose de empresas vinculadas, es evidente que las demás empresas que conforman el “grupo de empresas” deben responder, ya que si se beneficiaron indirectamente con la labor del trabajador, es justo y coherente que respondan ante él; lo que podríamos denominar un beneficio recíproco. Este mismo parecer es el de Rodríguez-Piñero, quien señala que “quien se beneficia de una prestación laboral no puede quedar fuera por completo de las responsabilidades derivadas de la posición del empleador”⁴⁰. Igualmente, Ferreirós, Olavarría y Aguinaga, López Palomero y Vázquez manifiestan que “quien estuvo vinculado provechosamente a un proceso, debe hacer frente a las consecuencias del mismo. La estructura concatenada de la producción [...] ordena la generación de la solidaridad pasiva, garantizando al acreedor un espectro patrimonial más amplio, con miras al cobro de su crédito”⁴¹.

4.3. Escenarios en donde se presenta la responsabilidad solidaria

En el ámbito del Derecho del trabajo, la responsabilidad solidaria se presenta en varios supuestos⁴²; sin embargo, por ser los más comunes, consideramos solo dos escenarios: el de la intermediación laboral y el de la tercerización.

³⁹ Es importante tener en cuenta lo que señalan sobre este tema FERREIRÓS et al., *El fraude y sus consecuencias jurídicas*, cit., pp. 118-121.

⁴⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, “La regulación protectora del trabajo en contratas”, en *Revista de Política Social*, N° 93, Madrid, 1972, p. 51.

⁴¹ FERREIRÓS et al., *El fraude y sus consecuencias jurídicas*, cit., p. 93.

⁴² No los únicos, pues como señala Burgio, pueden existir otros supuestos en donde es aplicable esta figura; así tenemos al vencimiento del contrato societario sin liquidación legal del ente, los casos del levantamiento del velo societario, el transvasamiento (sucesión empresarial), la infracapitalización (insolvencia societaria), la vigencia jurídica de la sociedad sin giro real en los negocios y la liquidación de la sociedad son contemplarse la deuda reclamada (BURGIO, “La solidaridad legal que deviene de la

Así, en el caso de la intermediación laboral, la responsabilidad solidaria para el pago de las obligaciones laborales supondría que tanto la empresa intermediadora como la empresa usuaria se hacen responsables indistintamente por los créditos del trabajador destacado. Ante ello, y con relación a la responsabilidad de la empresa usuaria, surgen tres preguntas: ¿por qué?, ¿hasta dónde? y ¿hasta cuándo?

Con respecto a la primera pregunta, debe señalarse que por mandato del artículo 25º de la Ley N° 27626, solo en el caso en que la fianza⁴³ que haya otorgado la entidad intermediadora no alcance para cubrir el pago de los derechos laborales de los trabajadores destacados, la empresa usuaria será responsable por el pago de tales adeudos, y únicamente por el tiempo de servicios prestados en la empresa usuaria.

Ello supone que el sustento de la solidaridad laboral se encuentre en la ley y, a su vez, en la ratio de que como la empresa usuaria se benefició de la fuerza de trabajo del empleado, ella también deberá responder por los créditos del trabajador.

A manera de respuesta de la segunda pregunta planteada, diremos que es la misma ley la que limita esta responsabilidad. En este sentido, no es que la empresa usuaria deba responder hasta cubrir por completo la acreencia del trabajador, sino que debe hacerlo en la medida en que este le prestó servicios efectivos⁴⁴.

Finalmente, con respecto a la tercera interrogante, es necesario decir que esta responsabilidad de la empresa usuaria terminaría por dos motivos: por el pago de la deuda correspondiente o por haber transcurrido el plazo prescriptorio de las acciones laborales⁴⁵.

aplicación de las normas societarias, más protectorias que las del ámbito del Derecho laboral", cit., p. 21-24).

⁴³ **Ley N° 27626**

"Artículo 24º.- De la fianza

Las empresas de servicios o las cooperativas, reguladas en la presente ley, cuando suscriban contratos de intermediación laboral deberán conceder una fianza, que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria.

[...]"

⁴⁴ Sobre el particular, es interesante revisar el trabajo de Arce Ortiz, quien desarrolla con mucho acierto y amplitud el tema de la responsabilidad solidaria en los casos de intermediación laboral (ARCE ORTIZ, Elmer, *Subcontratación entre empresa y contratos laborales*, Palestra, Lima, 2006, pp. 39-87).

⁴⁵ De acuerdo con la Ley N° 27321, las acciones por derechos derivados de la acción laboral prescriben a los cuatro (4) años, contados desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral. En consecuencia, en el supuesto que analizamos, empezaría a contarse desde el momento en que el trabajador dejó de prestar sus servicios para la empresa usuaria. Cabe precisar que si bien el trabajador puede haber dejado de laborar

En este punto es indispensable preguntarnos, ¿puede haber solidaridad laboral más allá de lo contenido en el artículo 25º de la Ley N° 27626?

Si bien la ley ha previsto un solo supuesto, ello no supone que no se puedan invocar otros supuestos de responsabilidad solidaria en el caso de las empresas intermediadoras y usuarias, más aún si no existe una prohibición expresa.

Ahora bien, en cuanto a la tercerización, la responsabilidad solidaria se presentaría en caso la empresa contratista como la contratante se obliguen conjuntamente frente al trabajador desplazado para el pago de sus créditos de orden laboral. Al igual que en el caso anterior, cabe hacernos tres preguntas con respecto a la responsabilidad del tercero: ¿por qué?, ¿hasta dónde? y ¿hasta cuándo?

En su artículo 9º, la Ley N° 29245 establece que la empresa contratante que se beneficia del servicio brindado por la empresa contratista es solidariamente responsable⁴⁶ por el pago de los derechos, beneficios laborales y obligaciones referidas a la seguridad social del trabajador desplazado⁴⁷, y solo por el tiempo que los servicios de éste fueron redireccionados hacia la empresa contratante, precisando que solo serán responsables solidarias con aquellas que realicen sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, mas no así las que lo realizan esporádica o eventualmente. Asimismo, dicha norma señala que esta responsabilidad se extiende por un año a la culminación de su desplazamiento, mientras que la empresa tercerizadora lo hará por el plazo de cuatro años, conforme lo establece el artículo único de la Ley N° 27321.

Queda claro, entonces, que la responsabilidad solidaria en el caso de la tercerización tiene como fuente a la ley, sin embargo, no estamos de acuerdo con que pre-exista solidaridad, pues tal y como está planteada la norma no habría

para la empresa usuaria, ello no significa que también haya dejado de prestar sus servicios subordinados para la empresa intermediadora, lo que puede significar que el plazo prescriptivo sea distinto con relación a la empresa usuaria y la empresa intermediadora.

⁴⁶ Si bien es cierto que la empresa contratista es solidariamente responsable, también lo es que tiene el derecho de repetir contra la empresa tercerista por los pagos que ha tenido que sufragar. En este sentido, de conformidad con el artículo 4º del Decreto Legislativo N° 1038, el derecho de repetición de la tercerista adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia y quiebra. Sobre el particular, recomendamos revisar MAZA, Alberto y LORENTE, Javier Armando, *Créditos laborales en los concursos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2000, pp. 221 y ss..

⁴⁷ El artículo 3º del Decreto legislativo N° 1038 precisa que “la solidaridad a que se refiere el artículo 9º de la Ley N° 29245 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”.

fundamentos para su existencia. Consideramos que solo cuando haya fraude o peligro en el pago es que debe operar el velo protector de la solidaridad laboral.

En caso la empresa contratista deba responder solidariamente, esta lo hará solo por los derechos que se generaron durante el periodo en que se benefició con los servicios del trabajador, es decir, hasta el monto de lo que se ha devengado mientras el trabajador se encontraba desplazado a su favor.

Por último, el artículo 9º de la Ley N° 29245 es bastante claro en señalar que la responsabilidad de la empresa contratante se extiende hasta un año posterior a la culminación efectiva del desplazamiento. Por lo tanto, concluido el año siguiente en el que el trabajador dejó de ser desplazado continuamente a una empresa contratante, la responsabilidad es únicamente de la empresa tercerizadora.

Antes de concluir esta parte del trabajo, es importante mencionar que a pesar de que las Leyes N°s 27626 y 29245 han limitado la responsabilidad de las empresas beneficiarias de los servicios del trabajador, en un caso, al tiempo prestado a favor de la empresa usuaria y, en otro, al tiempo prestado en beneficio de la empresa contratista y a que el trabajador le impute responsabilidad antes del año siguiente en que terminó su desplazamiento continuo, ello no obsta para que, si se acredita que se trata de empresas vinculadas, deban responder fuera de la limitación, esto es, para que puedan verse sometidas al cumplimiento de los créditos del trabajador afectado por el plazo de cuatro años, según lo establece el artículo único de la Ley N° 27321.

4.4. ¿Responsabilidad solidaria civil o laboral?

Principalmente para la jurisprudencia⁴⁸ siempre ha habido confusión en saber si la solidaridad aplicable en el ámbito laboral se sujeta a las mismas reglas establecidas en nuestro Código Civil⁴⁹ o si por la propia naturaleza del Derecho del trabajo, en el ámbito laboral, la solidaridad toma otro matiz⁵⁰.

⁴⁸ Nos referimos básicamente a las Sentencias Casatorias N°s 932-2002-Lima, 474-2003-Lima, 568-2004-Lima y 1720-2005-Arequipa. Para ver un interesante comentario acerca de las dos primeras sugerimos revisar HERRERA GONZALES-PRATTO, Isabel, "Grupo económico vs. vinculación económica y rasgado del velo societario", en *JuS-Doctrina & Práctica*, N° 11. Lima, 2007, pp. 35-44.

⁴⁹ **Artículo 1183º.-**

La solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa".

⁵⁰ Ello puede verificarse, sobre todo, en las conclusiones del reciente "Pleno Jurisdiccional Laboral 2008", en donde se planteó como Tema N° 2, referido a la responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales, la siguiente interrogante: ¿en materia laboral resulta procedente disponer la solidaridad en el pago de las obligaciones laborales en supuestos distintos a los previstos en el artículo 1183º del Código Civil o en forma exclusiva o excluyente en los casos regulados por esta norma? En respuesta a la pregunta planteada, unánimemente se respaldó la primera de las ponencias que señala que: "Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran

Nosotros consideramos que sí hay diferencias, y notorias. Estas comienzan a notarse desde su origen. Como señala Gorelli Hernández, “el dato fundamental es la posición de los sujetos responsables: mientras que en la obligación solidaria [civil] todos los deudores ocupan su posición como deudores principales; por el contrario en el caso de la contrata o subcontrata⁵¹ vamos a encontrar cómo los deudores ocupan una posición subordinada o secundaria: el sujeto obligado frente al trabajador es el empresario titular de la relación laboral, el contratista, el subcontratista; mientras que el comitente lo es de manera secundaria, surgiendo su obligación no de manera originaria, sino solo ante el incumplimiento del contratista. Para el comitente no estamos ante una deuda solidaria originaria: el salario no es debido por los dos empresarios, de manera que el trabajador pueda dirigirse indistintamente frente a los dos, sino que el deudor del mismo es el empresario auxiliar, y la responsabilidad del principal surge cuando aquel incumple su obligación”⁵².

A lo citado debemos agregar que, además, por los fines buscados por la solidaridad en cada rama del Derecho, esta necesariamente debe tener un tratamiento distinto. Así, mientras que en el Derecho civil lo esencial es proteger el crédito de sujetos que se encuentran en un mismo plano negocial, en el Derecho del trabajo, por su carácter tuitivo, lo principal es la protección de los derechos del trabajador.

En este sentido, a efectos de evitar el fraude, se deja de lado el formalismo del Derecho civil por la practicidad –entendida como preferencia de la realidad– del Derecho del trabajo. Así, como consecuencia de la aplicación de los principios del Derecho del trabajo, principalmente los de primacía de la realidad y de irrenunciabilidad de los derechos laborales, se preferirá la solidaridad fáctica frente a la formal.

5. Conclusiones

En virtud de lo expuesto, podemos concluir en lo siguiente:

- La tercerización supone la delegación de responsabilidades y compromisos que no constituyen la columna vertebral del negocio, con el objeto de que un tercero desarrolle las actividades delegadas por su cuenta y costo, a cambio de una retribución, a efectos de lograr una mayor y mejor especialización y, en consecuencia, la máxima eficiencia.

los supuestos previstos en el artículo 1183º del Código Civil, sino además en los caos en los que exista vinculación económica o grupos de empresa”. Sobre este tema, es interesante revisar el trabajo de GRISOLIA, Julio Armando y HIERREZUELO, Ricardo Diego, “Responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales”, en *JuS-Jurisprudencia*, N° 10, Lima, 2008, pp. Xx.

⁵¹ Entiéndase empresa contratista y subcontratista.

⁵² GORELLI HERNÁNDEZ, *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, cit., p. 182.

- Si bien existen varias figuras que se asemejan a la tercerización, tales como la intermediación laboral, la provisión de trabajadores y la colocación laboral, queda claro que jurídicamente no hay interposición con estas, pues la comprensión teórica de cada una de estas figuras y la confrontación con su normativa, determinan que hay notorias diferencias.
- Legislativamente, la tercerización recién se encuentra regulada a partir de la vigencia de la Ley N° 29245, pues hasta antes de esta normativa solo se le hacía referencia. Corroboró esto lo expresado por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Acción Popular N° 1949-2004-Lima.
- Si bien la Ley N° 29245 no prohíbe expresamente la tercerización de la actividad principal o distintiva de la empresa contratante, es doctrina mayoritaria la que señala que ello no es posible, pues desnaturalizaría la figura de la tercerización como herramienta de eficiencia empresarial, no tendría sentido alguno que el empresario busque la especialización, además permitiría que el empresario pueda hacer un ejercicio abusivo de su derecho de contratar. Ello se ve reforzado por algunos pronunciamientos de las salas laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- La responsabilidad solidaria puede ser entendida como el vínculo obligacional que envuelve a un tercero como consecuencia de un reconocimiento expreso, un mandato legal o por la conexidad particular que existe entre el obligado, generalmente el empleador, y un tercero.
- La solidaridad laboral es la facultad con la que cuenta el trabajador para poder solicitar o demandar indistintamente por sus acreencias laborales a su empleador y/o a quien se aprovechó, directa o indirectamente, de sus servicios subordinados.
- La vinculación empresarial es el conjunto de empresas independientes que se encuentran sustantivamente interrelacionadas por efecto de sus intereses comunes.
- La vinculación empresarial, que constituye un gran fundamento para que opere la solidaridad laboral, puede ser evidente o no. A efectos de la protección de los créditos laborales, solo interesa saber si las empresas realmente son independientes o no. En este sentido, en el caso de la vinculación evidente no hay inconveniente, lo que sí habría en el caso de las empresas presuntamente vinculadas.
- En este sentido, no se trata de responsabilizar arbitrariamente a otras empresas para que respondan por las obligaciones laborales, se trata de corroborar la real existencia de la vinculación empresarial.
- Por tal razón, la solidaridad laboral como efecto de la vinculación empresarial no se da por el solo hecho de ser parte del grupo de empresas, debe tener una razón o justificación, como son: el fraude o la insolvencia.

- En el caso del fraude, justifica la aplicación de la responsabilidad solidaria no solo el hecho de que las empresas se encuentren vinculadas, sino también que se acredite un abuso de la personalidad jurídica.
- En el caso de la insolvencia, además de la vinculación empresarial, se busca que quienes se aprovecharon de la prestación del trabajador no queden exentos de responsabilidad.
- Si bien legalmente, en las Leyes N°s 27626 y 29245 se han estipulado limitaciones temporales, para la responsabilidad solidaria, si acredita la existencia de fraude, dicha limitación desaparecerá, siendo la responsabilidad del obligado solidariamente igual que la del obligado principal.
- No es correcto aplicar todas las reglas de la solidaridad en materia civil para obligaciones que emanan del contrato de trabajo, pues ello no solo contravendría los fines y principios de esta rama del Derecho, sino también legitimaría el ejercicio abusivo del derecho por parte de los empresarios.