

¿LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y LA TERCERIZACIÓN, DESVIRTÚAN EL EMPLEO EN EL PERÚ?

Elaborado por **Gino Aldo Bossio Rodríguez**

CONTENIDO.-

1.- Delimitación del tema.-

“¿La Intermediación laboral y la tercerización, desvirtúan el empleo en el Perú?”

2.- Fundamentación.-

La intermediación laboral, es un modelo de organización que tiene como objeto social exclusivo la prestación de todo tipo de Servicios de Intermediación Laboral, estando facultada para desarrollar simultáneamente todo tipo de actividades de intermediación laboral de servicios temporales, complementarios y especializados, análogas, afines o conexas, previstos en la ley, lo que consta en sus estatutos y en el registro correspondiente ante autoridad competente, conforme lo establecen las leyes en el Perú.

Siendo esto así, involucra a tres elementos participativos: la empresa usuaria, la empresa de Intermediación laboral y los trabajadores, a través de los cuales, se brinda el servicio de intermediación laboral (destaque de personal).

Se otorga fundamentalmente la mano de obra (fuerza laboral), es decir al personal capacitado y calificado para el desarrollo de diversas actividades requeridas por la empresas usuarias; y sólo podrá brindarse por empresas de servicios que se encuentren constituidas como personas jurídicas de acuerdo a la Ley General de Sociedades y como Cooperativas de acuerdo a la Ley General de Cooperativas y debidamente registradas ante autoridad competente.

Existe una garantía de pago hacia los trabajadores puesto que, frente a un supuesto incumplimiento de obligaciones laborales, la empresa usuaria, responde solidariamente por la empresa de intermediación.

La empresa usuaria está prohibida de contratar a una empresa de intermediación laboral para cubrir servicios que representen el core business de su actividad principal, así como también cubrir requerimientos de personal que se encuentre ejerciendo el derecho de huelga o para cubrir personal en otra empresa de servicios, de acuerdo a la Ley y reglamentos existentes.

Por un lado, la Ley existente establece porcentajes limitativos para el número de trabajadores de empresas de intermediación que pueden brindar servicios en las empresas usuarias. Esta limitación consiste -en la actualidad- en no exceder del 20% del

total de trabajadores de la empresa usuaria; por su carácter temporal. Es así, que frente a un incumplimiento respecto de los límites permisibles y/o frente a contratos de intermediación fuera de los supuestos establecidos por la norma, se genera la desnaturalización de la intermediación laboral, entendiéndose la existencia de un contrato de trabajo con dichos trabajadores, fuera de las sanciones que se le imputarían a las empresas partes.

De otro lado, la tercerización u outsourcing, es un proceso a través del cual, se externaliza hacia otras empresas, determinadas funciones o actividades, que anteriormente se desarrollaban por la propia empresa. En este caso, la tercera empresa (la Tercerizadora u outsourcer) no solo otorga la mano de obra (fuerza laboral), sino que lo hace integralmente, es decir con su propia maquinaria, equipos, infraestructura, materiales, implementos, uniformes y todo aquello que sea necesario para el desarrollo de sus actividades materia del servicio brindado, con lo cual una empresa tercerizadora brinda de manera autónoma e independiente una serie de bienes o diversos tipos de servicios.

Cabe señalar que, al momento de celebrar un contrato de intermediación laboral, o un contrato de tercerización u outsourcing, se debe considerar todo supuesto de la normatividad correspondiente, con la finalidad de no caer en ilegitimidad que lo invalide; teniendo como base el principio de la "Primacía de la Realidad", para cautelar la naturaleza de la actividad que constituyen tanto la intermediación laboral como la tercerización.

3.- Objetivo.-

Mi investigación tiene como objetivo principal, establecer cuál ha sido el avance de nuestra legislación en materia de la intermediación laboral así como de la tercerización y cómo es posible evitar que su inadecuada aplicación desvirtúe el empleo en el Perú

HIPOTESIS

4.- Estado de la cuestión.-

Que es lo que dice la doctrina actualmente sobre el tema?

La libertad del empleo con sujeción a la Ley y su protección integral, está legislada en nuestra Constitución como derecho fundamental, es base del bienestar social y un medio de realización de las personas y sus demandas se tramitan dentro de las Acciones de Garantías Constitucionales.

5.- Marco Metodológico.-

En el método inductivo que aplicaremos, se parte de casos particulares, conduciendo estos a conocimientos generales. Este método nos permite la formulación de hipótesis, investigación de leyes científicas y las demostraciones.

Pretenderemos obtener algunas entrevistas a las partes involucradas de esta triada, indagaremos las normativas actuales de relevancia que nos permitan aclarar nuestra hipótesis.

CUAL ES LA CORRIENTE METODOLOGICA?

6.- Esquema.-

Capítulo Uno: CONCEPTOS GENERALES

La intermediación laboral ha sido desde el principio de la existencia de La Organización Internacional del Trabajo OIT, la preocupación permanente de los problemas dimanantes de la intermediación. Ya en la primera reunión de la Conferencia de la OIT (Washington, 1919), se adoptó la recomendación sobre el desempleo (núm. 1), que preconizaba que los Estados Miembros "adopten medidas para prohibir la creación de agencias retribuidas de colocación o de empresas comerciales de colocación".

En cuanto a las ya existentes, se recomendaba "que su funcionamiento se subordine a la concesión de licencias expedidas por el Gobierno y que se tomen todas las medidas necesarias para suprimirlas lo antes posible".

A esta primera norma sucedieron varios otros instrumentos que directa o indirectamente trataban de la intermediación laboral en sus diferentes aspectos. Una rápida búsqueda electrónica en la base de datos ILOLEX de la OIT, relativa a los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, revela que la palabra *intermediario* figura en cinco convenios y cinco recomendaciones internacionales del trabajo, mientras que la palabra *contratista* ha sido mencionada en seis convenios y tres recomendaciones.

Muchas de estas normas tienen como objeto extender la responsabilidad de los empleadores principales a los contratistas o intermediarios, con miras a proteger la seguridad y salud de los trabajadores. Sin embargo varias otras se refieren de manera más específica a la acción de *mediar en el mercado de trabajo*, entendiendo como tal al acto de *aproximar una oferta a una demanda de trabajo, o viceversa, o al suministro de trabajadores a través de una subcontratación o alguna otra forma de interposición laboral* (como podría ser una empresa de trabajo temporal o, por citar la legislación peruana, el recurso a una cooperativa de trabajadores cuya función principal es prestar mano de obra a un empleador). A estas formas de intermediación se refieren más específicamente los convenios sobre el servicio del empleo, 1948 (núm. 88), las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 (núm. 96), la contratación y colocación de la gente de mar, 1996 (núm. 179), y sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), que es la norma más reciente en la materia. También guardan estrecha relación con el tema el instrumento o los instrumentos que la Conferencia probablemente adoptará en 1998, sobre el trabajo en régimen de subcontratación.

La presente colaboración se centra de modo particular en las normas que fueron adoptadas en la última reunión de la Conferencia, es decir el Convenio (núm. 181) y la Recomendación (núm. 188) sobre las agencias de empleo privadas. A través de ellas la OIT ha propuesto una nueva reglamentación internacional, destinada a regular la intermediación privada en el mercado de trabajo.

El convenio 181 revisa un convenio anterior, sobre agencias retribuidas de colocación, que había sido adoptado casi 50 años atrás, en 1949. A su vez la recomendación ofrece orientaciones prácticas sobre la manera como los Estados Miembros podrían dar cumplimiento al convenio. Como lo veremos, el nuevo convenio modifica de manera drástica los criterios que se aplicaban a la intermediación privada en el mercado de trabajo, a tenor de las disposiciones del convenio núm. 96, que ha revisado.

Diferentes formas de intermediación en el mercado de trabajo

La intermediación en el mercado de trabajo es un fenómeno ampliamente conocido y que puede asumir formas muy diversas. Dentro de nuestro sistema económico la más difundida y seguramente más antigua es la oficina de empleo, o agencia de colocación clásica, cuya función básica consiste en aproximar la oferta a la demanda de trabajo y viceversa, sin que la agencia asuma alguna otra responsabilidad en la relación de trabajo. Sin embargo, existen muchas otras formas de intermediación laboral, algunas de las cuales corresponden a entornos económicos muy tradicionales, mientras que otras responden a prácticas o situaciones mucho más modernas.

Dentro de las primeras no es posible ignorar a ciertas formas de reclutamiento de trabajadores rurales, que se contrataban a través de un intermediario, que habitualmente era un jefe tradicional.

También son conocidas las prácticas de ciertas actividades como la construcción o la agricultura moderna, en donde a menudo se recluta a los trabajadores a través de un jefe de cuadrilla, o de un intermediario, a veces al margen de la legalidad, o la estiba en donde un método tradicional de contratación ha sido la bolsa de trabajo portuaria.

Otro ejemplo conocido son los acuerdos de migraciones de mano de obra, que se convienen entre Estados, a tenor de los cuales uno de ellos suministra mano de obra al otro, bajo diversas formas. A veces estos acuerdos tienen como objeto el suministro de trabajadores estacionales para alguna tarea específica, que a menudo es el levantamiento de una cosecha o zafra. Otras, los acuerdos conciernen a trabajadores que son acogidos para trabajar en algún proyecto específico, o alguna industria, que por lo general

es alguna gran obra pública para la cual existe escasez de mano de obra en el país de acogida.

Tanto en unos como en otros casos la intermediación internacional puede ser asumida por el Estado del país de origen de los trabajadores, o por reclutadores privados homologados por uno u otro país, o por ambos, aunque veces los intermediarios también operan clandestinamente.

A estas formas de intermediación, conocidas de larga data, se han venido sumando muchas otras modalidades cuya aparición y desarrollo guardan una relación muy estrecha con la complejidad creciente de los procesos productivos, o con las muy fuertes fluctuaciones del ciclo productivo, que a menudo requieren el suministro rápido de una mano de obra temporal, o de trabajadores con calificaciones particulares.

De ahí que la intermediación haya venido evolucionando hacia formas cada vez más sofisticadas, sin que ello haya significado la desaparición de los intermediarios más tradicionales.

Así, un informe que la OIT sometió a la Conferencia Internacional del Trabajo en 1994 intentaba una clasificación de las agencias de intermediación en el mercado del trabajo, dentro de la que identificaba más de una decena de tipos diferentes.

Dentro de estas figuran las agencias de colocación clásicas, las que se especializan en la selección de ejecutivos de empresa (a veces conocidas bajo la denominación peyorativa de *cazadores de cabezas [head hunters]*), los gestores de carreras profesionales (por ejemplo los representantes de artistas ó deportistas altamente cotizados), las empresas de trabajo temporal y las agencias de asistencia con miras a la recolocación de personal (función conocida bajo la denominación inglesa de *outplacement*).

1.- EL TRABAJO EVENTUAL

Antecedentes.-

Existía una diversa acepción de la expresión Trabajo Eventual; de una parte la atribuida en el uso común y generalizado y, de otra, la Jurídica. Bajo la expresión de trabajo eventual, se comprenden diversas modalidades de trabajo con características distintas, cuyo común denominador, es la facultad que tiene el empleador de rescindir el vínculo laboral por su simple voluntad o de predeterminar la fecha de rescisión, existiendo en aquella época modalidades tales como:

- Trabajo transitorio o eventual en sentido estricto.
- Trabajo de temporada ó estacional.
- Trabajo estacional.
- Trabajo part-time.

- Trabajo en periodo de prueba.
- Trabajo en estabilidad relativa.
- Trabajo en empresas de servicios.

Estas modalidades de trabajo, se comprenderían bajo esta consideración genérica el concepto de trabajo eventual.¹

Hasta la promulgación del DL 18471, (Nov. 1970), no existía en el Perú, régimen laboral privado, estabilidad; los trabajadores podían ser despedidos en cualquier momento, las normas básicas aplicables eran el código de comercio de 1902 y la ley 4916; en Marzo de 1970, ya se había expedido el DL 18138 que regulaba el contrato a plazo fijo.

Con el gobierno del General Velasco y de las FF.AA en la escena política, se establece un régimen de estabilidad absoluta

En marzo de 1978 se expide el DL 22126 Creando en el Perú un marco jurídico para el trabajo eventual²

En los años 90³, se produce una reforma laboral orientada a establecer una alta consonancia entre el esquema de libre mercado en la producción e intercambio de los bienes y servicios y lo que suceda en el mercado de trabajo; se presentan olas laborales hasta que se promulga el Decreto Legislativo 728, ley de fomento del empleo de noviembre de 1991, se establecen nueve versiones de contratos sujetos a modalidad distribuidos en tres grupos, con plazos de vigencia distinta que varían hasta cinco años:

-Contratos de Naturaleza Temporal

- Por inicio o lanzamiento de una nueva actividad (hasta tres años)
- Por necesidades de mercado (hasta cinco años)
- Por reconversión empresarial (hasta dos años)

-Contratos de Naturaleza Accidental

- Contrato ocasional (hasta seis meses del año)
- Contrato de suplencia (lo que se requiera)
- El contrato de emergencia (lo que dure la emergencia)

-Contratos para obra o servicio

- Contrato para obra determinada (lo que se requiera)
- Contrato intermitente (lo que se requiera)
- Contrato de temporada (lo que se requiera)

1.1. Tipologías del Trabajo Eventual

1.1.1. ¿Qué se entiende por agencias de empleo privadas (AEP)?

¹ Cfr. JOSE BURNEO, MARIO PASCO "Trabajo eventual, dos perspectivas jurídicas", Lima, Junio, 1985, Págs. 21, 22

² Ibídem Págs. 26, 28, 31

³ Cfr. BERNEDO ALVARADO JORGE " Reforma Laboral, Empleo y Salarios en el Perú" OIT editores, 1999, Págs. 171, 173, 175, 176

El Convenio define a las agencias de empleo privadas (AEP) como toda *persona física o moral independiente de las autoridades públicas, que se ocupe de actividades de:*

- a. vinculación entre oferta y demanda de trabajo (colocación clásica); ó
- b. empleo de trabajadores con miras a su puesta a disposición de un tercero, llamado la *empresa usuaria*. Esta definición comprende a las llamadas *relaciones triangulares*, que se establecen entre las empresas de trabajo temporal, los trabajadores que éstas contratan, y las empresas usuarias en donde dichos trabajadores prestan servicios, sin que por ello adquieren la calidad jurídica de empleados de ellas;
- c. otros servicios, como la información sobre la búsqueda de empleo. Sin embargo estos últimos pueden ser objeto de una exclusión general de las disposiciones del convenio.

1.2.1.1. *Reglamentación de las AEP*

A tenor del nuevo convenio, el régimen jurídico al que estarán sujetas las AEP deberá ser determinado por la legislación o la práctica nacionales, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas. De ahí que, contrariamente a lo dispuesto por el Convenio núm. 96, la licencia de funcionamiento no es obligatoria a tenor del convenio núm. 181, pero ello siempre y cuando las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las AEP estén determinadas de otra forma por la legislación y la práctica nacionales.

1.2.1.2. *Obligaciones dimanantes del nuevo convenio*

Gratuidad: Una de las garantías fundamentales del nuevo convenio es la gratuidad de los servicios de las AEP con respecto a los trabajadores. Así, el artículo 7 dispone que las AEP no deban cobrar a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa. Excepcionalmente, y en el interés de los propios trabajadores, se podrán autorizar excepciones, respecto de determinadas categorías de trabajadores, o de determinados servicios prestados por las agencias de empleo privadas. A la luz de los trabajos preparatorios, estas excepciones se darían sobre todo respecto de actividades como la colocación de altos ejecutivos, o de artistas o interpretes, respecto de los cuales las AEP funcionarían como un empresario gestor de contratos.

Libertad sindical: A tenor del nuevo convenio se deberán adoptar medidas para asegurar que los trabajadores contratados por las AEP no se vean privados del derecho de libertad sindical ni del derecho a la negociación colectiva.

Discriminación: Todo Miembro que ratifique el convenio deberá velar por que las AEPs traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo,

religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales, tales como la edad o la discapacidad. Sin embargo, ello no deberá hacer obstáculo a que las AEPs faciliten servicios especiales o apliquen programas destinados a ayudar a los trabajadores más desfavorecidos en sus actividades de búsqueda de empleo.

Protección de los datos personales de los trabajadores: Por primera vez, un convenio de la OIT contiene disposiciones específicas acerca del tratamiento de los datos personales de los trabajadores; tema que en razón de los progresos de la informática es hoy objeto de creciente preocupación por parte de los legisladores nacionales. El nuevo convenio dispone que el tratamiento de los datos personales de los trabajadores, por las AEPs, deban efectuarse en condiciones que protejan dichos datos y que respeten la vida privada de los trabajadores, y limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores en cuestión y a cualquier otra información directamente pertinente. Acotemos que a tenor de la Recomendación se debería prohibir a las agencias de empleo privadas que consignen, en ficheros o en registros, datos personales que no sean necesarios para juzgar la aptitud de los candidatos respecto de los empleos para los que están siendo o podrían ser tomados en consideración. Además, se deberían adoptar medidas para asegurar el acceso de los trabajadores a todos sus datos personales; estas medidas deberían contemplar el derecho de los trabajadores a examinar y obtener copia de estos datos así como el de solicitar que se supriman o rectifiquen los datos inexactos o incompletos. Asimismo las AEPs no deberían pedir, conservar ni utilizar los datos sobre las condiciones de salud de un trabajador, ni tampoco utilizar esos datos para determinar la aptitud de un trabajador para el empleo, excepto cuando éstos guarden relación directa con los requisitos de una profesión determinada, y cuenten con el permiso explícito del trabajador.

Protección de los trabajadores migrantes: Uno de los problemas más graves que se han detectado, relacionados con el funcionamiento de las AEPs, concierne a las actividades que éstas cumplen en el campo de la migración laboral, terreno en donde la lectura de la prensa ofrece muy numerosas denuncias sobre trabajadores que han sido objeto de manejos inescrupulosos por parte de intermediarios que explotan las necesidades de los migrantes. Por ejemplo, la colocación internacional de trabajadoras domésticas se ha mostrado como un terreno muy fértil para los abusos. Lo mismo puede decirse de todos aquéllos casos en donde los trabajadores migrantes son llevados de un país a otro bajo promesas de empleos inexistentes o cuyas condiciones son muy distintas de las prometidas. De ahí que el nuevo

convenio contiene disposiciones que se refieren de una manera muy específica al control de las AEPs que intervienen en el reclutamiento y colocación de trabajadores migrantes. Con ese objeto todo Miembro deberá adoptar todas las medidas necesarias y convenientes, dentro de los límites de su jurisdicción y, en su caso, en colaboración con otros Miembros, para que los trabajadores migrantes reclutados o colocados en su territorio por AEPs gocen de protección adecuada, y para impedir que sean objeto de abusos. Estas medidas deberán comprender sanciones, incluyendo la prohibición de las AEPs que incurran en prácticas fraudulentas o abusos. El convenio preconiza además la conclusión de acuerdos laborales bilaterales en esta materia.

Prohibición de la utilización de mano de obra infantil: De manera específica, el convenio prescribe que todo Miembro debe tomar medidas para asegurar que las AEPs no recurran al trabajo infantil ni lo ofrezcan.

Garantías específicas en favor de los trabajadores comprendidos en una relación de empleo triangular: El convenio prescribe que los miembros deben adoptar las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores que las AEPs suministran a empresas usuarias deben gozar de una protección adecuada en materia de:

- a. libertad sindical;
- b. negociación colectiva;
- c. salarios mínimos;
- d. tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo;
- e. prestaciones de seguridad social obligatorias;
- f. acceso a la formación;
- g. seguridad y salud en el trabajo;
- h. indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional;
- i. indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales;
- j. protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales.

Además, todo Miembro deberá determinar y atribuir, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las responsabilidades respectivas de las AEPs y de las empresas usuarias, en relación con estos derechos.

1.2.1.3. Principales disposiciones de la Recomendación⁴

Métodos de aplicación: En lo que constituye un reconocimiento de la práctica existente en numerosos países, la Recomendación prevé que se podrá dar cumplimiento a la misma, no solamente mediante la legislación nacional, sino también mediante normas técnicas, directrices, códigos de deontología, procedimientos de autocontrol o por otros

⁴ Cfr. El Convenio O.I.T. 181 de 1997 y la Recomendación (núm. 188) sobre las agencias de empleo privadas

medios que sean conformes a la práctica nacional. Se observa que muchas disposiciones de la Recomendación se inspiran directamente en códigos voluntarios de conducta, y otros procedimientos de autocontrol, adoptados por las AEPs de varios países, en particular de Europa Occidental.

Contrato de trabajo escrito: Prescribe la recomendación que los trabajadores suministrados por una AEP a una empresa usuaria deberían tener, cuando sea conveniente, un contrato de trabajo escrito en donde se especifiquen sus condiciones de empleo. Como mínimo, deberían ser informados de sus condiciones de empleo antes del inicio efectivo de sus tareas.

No utilización de trabajadores como rompehuelgas: Merece destacarse que la recomendación preconiza que las AEPs no deberían poner trabajadores a disposición de una empresa usuaria con el fin de reemplazar a trabajadores de esta última que se encuentran en huelga.

Otras garantías: La recomendación preconiza que las autoridades competentes repriman las prácticas desleales en materia de publicidad y anuncios engañosos, incluidos aquéllos para empleos inexistentes. Además, se debería prohibir, o impedir con otras medidas, a las AEPs que formulen o publiquen anuncios de puestos vacantes o de ofertas de empleo que tengan como resultado, directo o indirecto, la discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, origen étnico, discapacidad, situación conyugal o familiar, orientación sexual o afiliación a una organización de trabajadores. En materia de colocación, las AEPs no deberían reclutar, colocar o emplear trabajadores para trabajos que impliquen riesgos y peligros no aceptados o cuando puedan ser objeto de abusos o trato discriminatorio de cualquier tipo. Cuando reclutan a trabajadores migrantes, deberían informarles, en la medida de lo posible en su idioma o en el que les resulte familiar, acerca de la índole del empleo ofrecido y las condiciones de empleo aplicables.

1.1.2. Las agencias de colocación con fines lucrativos

Las agencias de empleo privadas (AEP) como toda *persona física o moral independiente de las autoridades públicas, que se ocupe de actividades de:*

- d. vinculación entre oferta y demanda de trabajo (colocación clásica); o
- e. empleo de trabajadores con miras a su puesta a disposición de un tercero, llamado la *empresa usuaria*. Esta definición comprende a las llamadas *relaciones triangulares*, que se establecen entre las empresas de trabajo temporal, los trabajadores que éstas contratan, y las empresas usuarias en donde dichos trabajadores prestan servicios, sin que por ello adquieren la calidad jurídica de empleados de ellas;

- f. otros servicios, como la información sobre la búsqueda de empleo. Sin embargo estos últimos pueden ser objeto de una exclusión general de las disposiciones del convenio.

1.1.3. Las agencias de colocación sin fines lucrativos

Las agencias de colocación sin fines lucrativos, es decir, los servicios de colocación de las sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones que, sin buscar un beneficio material, perciban del empleador o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera

Los Servicios Públicos de Empleo, deben constituirse en las instancias coadyuvantes por excelencia de la vinculación entre oferta y demanda de empleo, más aún en la actualidad, cuando vivimos una situación económica y un mercado de trabajos variables e imprevisibles. Esa vinculación no sólo significa canalizar a la población desocupada a puestos de trabajos específicos, sino también orientarla y capacitarla para que obtenga un empleo en las mejores condiciones posibles.

La misión y funciones de estas instancias públicas de vinculación laboral deben estar dirigidas a satisfacer las necesidades de sus "clientes", es decir los solicitantes de empleo y las empresas que solicitan personal. Pero no puede trabajar solo porque la tarea es titánica: el Servicio Público de Empleo debe crear continuamente sinergias, es decir, involucrar a tantos interlocutores cuantos sea posible y concebir y llevar a cabo actividades en forma asociativa para que la complementariedad de objetivos y acciones permita lograr mejores resultados a menores costos y que refleje una imagen permanente de dinamismo y vitalidad.

Colaboración entre las AEPs y el servicio público de empleo:⁵

Finalmente, la recomendación preconiza que, dentro del marco de la cooperación entre las AEPs y el servicio público de empleo, prevista por el convenio, se contemplen:

- a. la puesta en común de informaciones y la utilización de una terminología común para mejorar la transparencia del funcionamiento del mercado de trabajo;
- b. el intercambio de anuncios de puestos vacantes;
- c. la promoción de proyectos conjuntos, por ejemplo en materia de formación;
- d. la conclusión de convenios entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas sobre la ejecución de ciertas actividades, tales como proyectos para la inserción de los desempleados de larga duración;
- e. la formación del personal;

⁵ *Ibíd.* El Convenio O.I.T. 181 de 1997 y la Recomendación (núm. 188) sobre las agencias de empleo privadas

- f. consultas regulares dirigidas a mejorar las prácticas profesionales.

2. INTERMEDIACION LABORAL Y LA TERCERIZACION

2.1. Concepto de Intermediación Laboral:

La intermediación laboral constituye una de las expresiones de un fenómeno cada vez más extendido denominado “subcontratación”.

La doctrina nacional e internacional ha distinguido dos tipos de subcontratación: la subcontratación de mano de obra o “intermediación” y la subcontratación de la producción de obras ó servicios denominada entre nosotros “tercerización”⁶.

En la subcontratación de mano de obra o intermediación⁷ una empresa proporciona trabajadores a otra, siendo la actividad de estos trabajadores dirigida y controlada por el empresario que se hace cargo de ellos. Hablamos, en este caso, de relaciones triangulares en las que una empresa celebra un contrato de naturaleza civil o comercial con otra para proporcionarle trabajadores que se mantienen vinculados a la primera, pero que prestarán sus servicios bajo la dirección y el control de la segunda (cesión de trabajadores)³. La subcontratación de mano de obra o intermediación puede implicar también que el trabajo sea efectuado en beneficio del empleador real o que se realice en sus locales (destaque), pero ambos elementos no particularizan a esta figura pues pueden hallarse también en otras formas de subcontratación.

Por el contrario, para la doctrina lo central y decisivo es que el objeto de la subcontratación de mano de obra o intermediación sea poner trabajadores a disposición de terceras empresas para que estas dirijan y controlen su actividad.

Como puede verse, la subcontratación de mano de obra o intermediación constituye una excepción al “principio de no interposición”, esto es, a la relación jurídica directa que debe establecerse entre quien presta y quien recibe un servicio subordinado y dependiente, dado que admite la presencia de un tercer actor que se configura como empleador desde el punto de vista formal de trabajadores que son destacados a otra empresa para prestar servicios bajo las órdenes de esta última. En virtud de este carácter excepcional, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos impone reglas específicas a la intermediación, cuyo objeto puede consistir en circunscribirla a determinados supuestos (por lo general temporales), imponer

⁶ Villavicencio Ríos, Alfredo, “La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico”, Revista Ius et Veritas, N° 29, 2004.

⁷ Subcontratación de trabajo, en términos de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo: “Trabajo en régimen de subcontratación” Informe VI (1), para la 85° Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995.

ciertas condiciones para su realización, ó establecer coberturas para la protección de los trabajadores puestos a disposición.

2.1.1. Definición legal de la intermediación

Nuestra legislación no corresponde necesariamente con los criterios de distinción aportados por la doctrina puesto que, como veremos a continuación, contiene una noción de intermediación más amplia, que engloba incluso supuestos que no consisten en la sola cesión de mano de obra sino que ingresan en el terreno de la tercerización, con la peculiaridad de que se prestan al interior de la empresa.

En efecto, la Ley N° 27626, que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores (en adelante la Ley), define su ámbito de aplicación en función de dos criterios: el destaque de trabajadores, vale decir, el desplazamiento de personal al centro de trabajo ú operaciones de la empresa usuaria; y, la cobertura de actividades principales en determinados supuestos de carácter temporal y de actividades complementarias y especializadas.

Agrega la legislación que “los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa” (artículo 3° de la Ley), debiendo considerarse, en caso de incumplimiento verificado en un procedimiento inspectivo, la existencia de un contrato laboral entre quien presta y quien recibe el servicio desde el inicio de la prestación de labores (artículo 5° de la Ley).

Conjugando ambos elementos (destaque y supuesto de procedencia) y con base en otros apartados de la normativa nacional tenemos lo siguiente:

2.2. La intermediación de servicios temporales, implica el destaque de trabajadores de la empresa de suministradora de mano de obra a la empresa usuaria para desarrollar labores bajo el poder de dirección de esta última. Obsérvese que, en este caso, las actividades desarrolladas por los trabajadores de la entidad de intermediación podrán ser incluso principales pero deberán ser necesariamente temporales, únicamente en supuestos correspondientes a los contratos de suplencia u ocasional regulados por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL). Piénsese, por ejemplo, en la sustitución temporal de cualquier trabajador que ha sido elegido congresista y debe suspender su vínculo laboral.

En este caso, al margen de la naturaleza de la labor que prestaba, se puede recurrir a cubrir su plaza utilizando una empresa de intermediación.

2.3. La intermediación de servicios complementarios implica el destaque de trabajadores a la empresa usuaria para desarrollar actividades accesorias, secundarias o no

vinculadas a la actividad principal (artículo 11° de la Ley y 2° del D.S. N° 02-2002-TR). En este caso, las actividades de los trabajadores destacados es dirigida por la propia empresa de intermediación como correlato a su autonomía técnica y funcional, sin que la empresa usuaria pueda desplegar sobre tales trabajadores ninguna de las potestades que conforman el poder de dirección (artículo 1° del D.S. N° 02-2002-TR).

2.4. La intermediación de servicios especializados implica el destaque de trabajadores para la prestación de un servicio secundario o accesorio y no vinculado a la actividad principal, pero altamente especializado (artículo 11° de la Ley y 1° del D.S. 03-2002-TR). En este caso, al igual que en la intermediación de servicios complementarios, la empresa usuaria no ejerce ninguna de las potestades que conforman el poder de dirección sobre los trabajadores destacados (artículo 1° del D.S. N° 02-2002-TR).

La distinción entre actividad principal, complementaria y especializada:

Las definiciones del concepto “actividad principal” o “actividad complementaria” son frecuentes en la doctrina y la legislación comparadas.

No obstante ello, su contenido y orientación no son uniformes, lo que ha convertido el tema en un aspecto sumamente controvertido. A los efectos de este artículo, consideramos conveniente distinguir hasta tres posturas diversas⁸

Una primera postura define actividad principal como aquella que el empresario desarrolla contratando directamente a sus trabajadores o, dicho de otro modo, será principal toda actividad para la cual el empleador decide contratar directamente a los trabajadores. Esta definición, como puede apreciarse a primera vista, deja enteramente en manos del empleador y de una decisión relativa a la gestión del personal la determinación de lo “principal” y, por ende, también de lo “complementario” ó “especializado”. En tal sentido, además de carecer de un referente objetivo vinculado a la propia naturaleza de las actividades productivas, esta postura plantea el riesgo de que la decisión del empleador de tercerizar reduzca más allá de lo razonable los alcances del concepto de actividad principal.

Una segunda postura propone una acepción muy amplia del concepto de actividad principal, identificando como tal a las operaciones necesarias o habituales en la empresa. Bajo esta postura, lo “principal” vendría determinado básicamente por la frecuencia de la actividad, tornado en irrelevante la conexión directa o indirecta de una actividad con los fines de la empresa ó con el objeto empresarial. Por su habitualidad, la limpieza ó la

⁸ CALVO GALLEGOS, Francisco, “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios” Revista Temas Laborales, Sevilla, N° 56, 2000.

vigilancia resultarían, en virtud de esta definición, actividades principales en todo supuesto, quedando reducido lo complementario o especializado a las actividades “no habituales” para la empresa. Con todo esto, se reduciría en extremo el ámbito de lo complementario a favor de lo principal.

En una tercera acepción el concepto de actividad principal se identificaría con las actividades inherentes al ciclo productivo, entendido este último como el conjunto de operaciones necesarias para obtener el resultado que constituye el fin de la empresa⁹. Esta postura deslinda lo “necesario” ó “habitual” de lo “inherente” y, por ello, no adopta un criterio de “frecuencia” sino un criterio “funcional”, orientado a distinguir únicamente aquellas actividades que permiten la realización de los fines empresariales. Esto supone la reconstrucción del proceso productivo y el cotejo de las actividades que conforman dicho proceso con la finalidad empresarial en el mercado. Aquí, “lo principal” se definiría en función de la realidad económica, esto es, de la función que la unidad productiva cumple en el mercado, y no derivará necesaria ó únicamente de lo descrito en el objeto social.

Obsérvese que, a diferencia de la primera y segunda postura que utilizan un criterio de fácil verificación en los hechos (los contratos de trabajo o el carácter necesario y habitual de la actividad), en la tercera postura la definición de lo que en concreto resulta “inherente” a un proceso productivo puede tornarse un asunto en extremo problemático, dada la variedad de formas de organizar la producción que se plantean en la realidad. Por ello, además de la reconstrucción del proceso productivo, bajo esta tercera postura será indispensable recurrir a un sistema indiciario que respalde cualquier afirmación. La doctrina reconoce como indicios a utilizar los siguientes: el lugar de la prestación de servicios, la propiedad de los medios de producción, el objeto social declarado por la empresa, la comparación de lo que es común en otras empresas del sector, la propia habitualidad de la actividad, la afectación que ocasionaría su paralización a todo el proceso productivo, o los antecedentes de contratación laboral directa a cargo de la empresa usuaria¹⁰.

Nuestra legislación contiene definiciones expresas lo que constituyen actividades principales, complementarias y especializadas. En efecto, el Reglamento original de la Ley 27626 (Decreto Supremo N° 003-2002-TR), disponía en su artículo 1° lo siguiente:

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de España del 2 de diciembre de 1987.

¹⁰ **CRUZ VILLALON**, Jesús, “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”; en Revista Relaciones Laborales, Madrid, N° 5, Pág. 133, 1992

Constituye actividad principal de la empresa usuaria “aquella que es consustancial al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el desarrollo del mismo”.

Constituye actividad complementaria de la empresa usuaria aquella que es de “carácter auxiliar, secundaria ó no vinculada a la actividad principal, tal como la actividad de vigilancia, seguridad, mantenimiento, mensajería externa y limpieza”.

Constituye actividad de alta especialización de la empresa usuaria aquella “actividad auxiliar, secundaria ó no vinculada a la actividad principal que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tal como el mantenimiento y saneamiento especializados”.

No obstante, para el caso de la actividad principal y la actividad complementaria, esta regulación ha sido modificada por el reciente Decreto Supremo N° 008-2007-TR en los siguientes términos:

Constituye actividad principal de la empresa usuaria **“aquella que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal 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”**.

Constituye actividad complementaria de la empresa usuaria “aquella que es de carácter auxiliar no vinculada a la actividad principal y cuya ausencia ó falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza.

La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria”.

Los textos citados indican claramente que definir el contenido del concepto “actividad principal” resulta decisivo para determinar la legalidad de la intermediación puesto que las actividades complementarias y especializadas, se definen por oposición a lo que constituye actividad principal (“no vinculadas a la actividad principal” señala el texto citado en ambos casos), distinguiéndose las actividades especializadas de las complementarias únicamente por el especial grado de complejidad y calificación profesional que entraña el desarrollo de las primeras. En otros términos, el uso correcto de la

intermediación de actividades complementarias ó especializadas dependerá de una adecuada definición de lo que constituye actividad principal en un concreto proceso productivo.

Ahora bien, parece claro que la “actividad principal” se define en nuestra legislación en base a dos elementos concurrentes: la consustancialidad con el giro del negocio y la afectación que su no ejecución puede ocasionar a la actividad productiva en su conjunto.

Bajo nuestra óptica, el primer elemento se asemeja a la noción de “actividad inherente al ciclo productivo” que reseñamos como tercera posición aportada por la doctrina, puesto que los conceptos “consustancial” e “inherente” poseen el mismo contenido semántico. Por otro lado, a pesar que literalmente el concepto “giro del negocio” puede referir al objeto social formalmente declarado, es muy difícil sostener que la normativa busque reducir la apreciación al giro formalmente declarado por el empleador, sin mediar una confrontación con la realidad económica, esto es, con el auténtico “ciclo productivo” de la empresa en el mercado. Sin duda, sin dejar de lado el carácter indiciario del objeto social formalmente declarado, será indispensable sobre todo un análisis de la realidad concreta, que debe fundarse en la reconstrucción del proceso productivo y apoyarse en la recolección de otros indicios que permitan establecer con claridad si existe conexión directa entre la concreta actividad analizada y el giro efectivo y real del negocio.

Con relación al segundo elemento encontramos particularidades a resaltar. Para nuestra normativa, el hecho que la no ejecución de una actividad afecte el desarrollo productivo constituye un elemento determinante para calificarla como principal. Así ha sido previsto, además, expresamente por la reforma del artículo 1º, que, para que no quepa duda alguna, agrega expresamente que “la actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria”.

En tal sentido, lo que para la doctrina constituye únicamente un indicio de consustancialidad o inherencia, para nuestra legislación conforma un elemento indispensable y determinante en el análisis. Esto, si bien no tiene mayor incidencia en el caso de la actividad principal (pues puede afirmarse que la interrupción de cualquier actividad inherente al proceso productivo afecta su desarrollo), sí puede tenerla en el caso de las actividades complementarias, ya que es posible encontrar una actividad no consustancial al negocio cuya no ejecución, quizá por el carácter continuo de la paralización, pueda afectar el desarrollo productivo.

Es importante destacar que la norma actual trae consigo un listado extenso de las etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios que forman parte necesariamente de la actividad principal: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización, de lo que no resulta difícil deducir que se ha operado una reducción considerable de las actividades complementarias, convirtiendo casi en el único campo posible a aquellas que se mencionan a título de ejemplo: vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza.

Esta extensión de lo considerado como actividad principal, además, actividades especializadas, aunque la reforma no las mencione, puesto que como éstas últimas no pueden ocuparse de tareas auxiliares, secundarias ó no vinculadas a la actividad principal, la nueva caracterización de los ciclos productivos centrales como actividad principal, le reduce tremendamente el ámbito de actuación a la alta especialización.

Por último, la definición de actividad complementaria constaría de dos partes. Una primera en la que se establece el criterio definitorio:

Lo complementario es lo accesorio ó secundario ó, como corolario a la definición de actividad principal, aquello que no es consustancial al giro del negocio y cuya interrupción no afectaría el desarrollo productivo.

Para efectos de determinar lo “consustancial”, otra vez será indispensable la reconstrucción del ciclo productivo y recurrir al sistema indiciario antes descrito. Una segunda parte de la definición enuncia un conjunto de actividades que, a título de ejemplo, podrían ser consideradas complementarias. No obstante, la valoración definitiva deberá ser realizada en cada caso concreto en función de la aplicación del criterio general. Sin duda, es muy importante tener claro que el listado enunciado en el artículo 2° del D. S. 03-2002-TR no puede tener carácter absoluto pues, de lo contrario, el criterio definitorio podría verse burlado.

Así, por ejemplo, si bien puede afirmarse que el servicio de limpieza puede constituir una actividad complementaria en el caso de oficinas administrativas, no puede afirmarse lo mismo en el caso del servicio de limpieza pública a cargo de una municipalidad¹¹ Por lo demás, como lo hemos señalado ya, las actividades complementarias se distinguen de las especializadas únicamente en la complejidad y alta calificación requerida para el desempeño de las últimas.

¹¹ En el mismo sentido podría ser interpretada la modificatoria del D.S. 03-2002-TR.

2.5. Concepto de Tercerización ^{12 13}

En la Tercerización ó subcontratación de la producción de obras o servicios¹⁴ una empresa contratante desplaza a otra empresa, denominada contratista, el desarrollo de actividades que antes realizaba directamente.

Se establece, en este caso, un vínculo de carácter civil o comer entre dos empresas, en el que la empresa contratista debe contar con patrimonio y equipos propios, autonomía técnica y funcional y con trabajadores bajo su exclusiva subordinación o dependencia. En puridad, y aunque la subcontratación también pueda implicar el destaque de trabajadores al centro de trabajo de la empresa contratante, no se produce la quiebra del principio de no interposición pues la función de la empresa contratista no consiste en poner trabajadores a disposición de otras empresas, sino en producir servicios u obras para las empresas contratantes, con sustento en una unidad empresarial propia y autónoma.

Lo anotado, sin embargo, no ha impedido que muchas legislaciones, incluso en nuestra región, establezcan una cobertura legal de protección para los trabajadores en régimen de tercerización¹⁵. Es de notar también que en la actualidad los límites de las actividades que pueden ser objeto de tercerización se vienen desdibujando, en la medida en que las nuevas tecnologías facilitan un traslado cada vez mayor de tareas, a tal punto que hay quien sostiene que “puede externalizarse cualquier tipo de actividad, en la medida en que la empresa principal conserve el control del proceso productivo.

En efecto, si se perdiera tal control, no estaríamos ante una hipótesis de externalización, sino ante una sustitución de empresas¹⁶.”

2.5.1. OBJETO¹⁷

El objeto de la tercerización y/o Outsourcing, esta destinado a la entrega de una OBRA ó a la entrega del RESULTADO de un SERVICIO

¹² Dr. VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo, Revista de Trabajo, Diciembre 2007 Pág. 12-19, Perú

¹³ Dr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, miembro estudio Miranda & Amado,

¹⁴ En la terminología de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo: “Trabajo en régimen de subcontratación” Informe VI (1), para la 85° Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995.

¹⁵ BALBIN TORRES, Edgardo: “Sobre la tercerización y los derechos laborales”; Revista de Trabajo, MTPE, Lima, 2006, pp. 24 y ss.

¹⁶ RASO DELGUE, Juan: “Outsourcing”, en AA. VV., “Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo”, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, Pág. 41.

¹⁷ Dr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, miembro estudio Miranda & Amado, exposición amcham, 2007, Lima, Perú

El elemento esencial, es que exista de parte de la empresa de tercerización, inversión de Capital y Trabajo.

Por su naturaleza jurídica la Tercerización, debe contener entre otros elementos de control, autonomía, infraestructura, capacidad económica financiera etc.

Cualquier persona jurídica o natural puede realizar tercerización. La empresa usuaria, igualmente.

LA BASE LEGAL es la Ley 27626 y el artículo 4º del D.S N° 003-2002-TR del 26 de Abril del 2002, Reglamento de la Ley N° 27626, que señala textualmente lo siguiente:

Artículo 4º.- De la Tercerización de Servicios.- *“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 ó subcontratistas siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos ó 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”.*

Los contratos se sujetan a los alcances del Código Civil

Contratos de Obra ó Locación de Servicios.

1. Control (autonomía de la tercerizadora)
2. Actividad (Autónoma)
3. Integración (Parte integrante de una empresa)
4. Trabaja para diferentes clientes ó usuarios (pluralidad de clientes).
5. Proveedor no exclusivo.
6. Instrucciones de la tercerizadora.
7. Usuaria en coordinación con la contratista escogen el lugar.
8. Debe asumir riesgo el contratista.
9. Conocimientos especializados de trabajadores de la contratista.
10. La contratista imparte información.
11. Trabajadores a exclusiva subordinación.
12. Asuman las tareas.
13. Por su cuenta y riesgo.
14. Propios Recursos Financieros.
15. Propios Recursos Técnicos.
16. Propios Recursos Materiales.

17. Pluralidad de Clientes.
18. Equipamiento propio.
19. Forma de Retribución (Obra ó Servicio).
20. No es provisión ó dotación de personal.

Tipos de contratos

1. Contratos de Obra
2. Contratos de Gerencia (Art. 185 y 193)
3. Proceso productivo Externo.(outsourcng)
4. Proceso productivo Interno (Insourcing)
5. Contrato por una parte integral de un proceso productivo.
6. Servicios de empresa contratista ó subcontratista.
7. Contrato por servicio específico.
8. Organigrama en la empresa contratista.
9. Descripción de funciones para el contrato para el cual es empleado.
10. Informe sustentatorio del mismo.
11. Documento que acredita la entrega del resultado del servicio ó de la obra.
12. Otros.

Capítulo Dos: Implicancia De Las Leyes Laborales En Perú¹⁸

2. Antecedentes

Chacaltana y García en el documento de Trabajo N° 139/OIT, refieren que el Perú fue considerado uno de los países con una de las legislaciones laborales más rígidas en América Latina sino del mundo. Los dispositivos o normas legales de inclusión de personal, enfrentaban numerosas limitaciones y elevados costos, paralelamente a ello, el despido de trabajadores eran sumamente minimizados tanto así que las posibilidades de despido eran prácticamente inexistentes, teniendo en cuenta la estabilidad laboral absoluta que en pleno gobierno militar de aquella época había adquirido jerarquía constitucional en 1979¹⁹.

El mercado de trabajo se dividió:

- a) Normativa.- cubierta por las leyes laborales proteccionistas.
- b) Desprotegida.- con el tiempo, la primera se fue haciendo cada vez más pequeña y la segunda creció de manera acelerada.

En la década de los noventa, el Gobierno del Ingeniero Alberto Fujimori, impulsó una importante, radical y rápida reforma laboral,

¹⁸ **CHACALTANA** Juan y **GARCÍA** Norberto, Documento de Trabajo N° 139: Reforma laboral, capacitación y productividad. La experiencia peruana, Lima, OIT/Oficina Internacional del Trabajo, 2001. ISBN 92-2-312770-X, ISSN 1020-3974

¹⁹ **CHACALTANA**, Juan, Una síntesis de la reforma laboral, 1999.

tanto a nivel de derechos colectivos como individuales de los trabajadores.

1) En el terreno colectivo.- se modificaron las normas correspondientes a la conformación de representaciones sindicales, la negociación colectiva y el derecho a la va concepto de estabilidad “relativa” -definida como la posibilidad de despedir arbitrariamente a cambio de una indemnización-; impulsándose paralelamente una importante ampliación en el número de las causas “justas” de despido.

2) En cuanto a la incorporación de mano de obra.- se fomentaron los denominados contratos “flexibles” como, por ejemplo, los contratos a plazo fijo, por servicios, a través de intermediarios, etc. Simultáneamente, la capacidad del Estado por verificar el cumplimiento de la legislación laboral se fue reduciendo de manera que, en la práctica, se ha observado también un creciente número de trabajadores sin contrato.

En la década del 2,000, luego de casi una década desde el inicio de la reforma laboral, algunos resultados se han empezado a observar en el mercado de trabajo. Según los autores²⁰,

“Es difícil establecer relaciones de causalidad respecto a un proceso tan complejo, algunos estudios han destacado, por ejemplo, que la reforma ha implicado una reducción en la duración de los empleos y un incremento de la rotación laboral. En efecto, la duración media del empleo se redujo de ocho a cuatro años en la década, de manera que actualmente sólo la mitad de la PEA habitual tiene un empleo doce meses seguidos (Chacaltana, 2000). Asimismo, el 26% de la Población en Edad de Trabajar (PET) experimenta por lo menos un episodio de desempleo en el año”.

Por tanto, es necesario buscar un adecuado balance entre flexibilidad del mercado de trabajo e incentivos para la capacitación laboral y productividad del trabajo.

2.1. Legislación Laboral Vigente en el Perú.

2.1.1. Ley N° 27626 “Ley que Regula la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores”.

Esta ley reguló la intermediación laboral del régimen laboral de la actividad privada, y cauteló convenientemente los derechos de los trabajadores.

²⁰ **CHACALTANA** Juan y **GARCÍA** Norberto, Documento de Trabajo N° 139: Reforma laboral, capacitación y productividad. La experiencia peruana, Lima, OIT/Oficina Internacional del Trabajo, 2001. ISBN 92-2-312770-X, ISSN 1020-3974

Estableció en su artículo 3, los supuestos de procedencia de la intermediación laboral, considerándose que la intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria, sólo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad ó especialización.

Asimismo, en su artículo 5, estableció las infracciones en los supuestos de intermediación laboral que se establecen en la presente Ley, debidamente comprobada en un procedimiento inspectivo por la Autoridad Administrativa de Trabajo, la misma que permitirá determinar en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria.

En su artículo 6, determino el número de trabajadores de empresas de servicios o cooperativas que pueden prestar servicios en las empresas usuarias, bajo modalidad temporal, en la cual se precisa que no podrá exceder del veinte por ciento del total de trabajadores de la empresa usuaria.

El artículo 8, preciso los supuestos de intermediación laboral prohibidos, indicándose que La empresa usuaria, no podrá contratar a una empresa de servicios o cooperativa, reguladas por la Ley 27626, en los supuestos de:

1. Cubrir personal que se encuentre ejerciendo el derecho de huelga.
2. Cubrir personal en otras empresas de servicios o cooperativa, reguladas por la Ley 27626.

Dicha norma en su primera disposición transitoria complementaria y final otorgó un plazo de 90 días naturales contados a partir del 10.01.2002, para que las entidades que a la fecha de entrada en vigencia de la referida Ley se encontrasen funcionando procedieran a registrarse conforme a lo dispuesto en la presente norma en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan Actividades de Intermediación Laboral; en adelante Registro, a cargo de la Dirección de Empleo y Formación Profesional o dependencia que haga sus veces del Ministerio de Trabajo y Promoción Social. En caso contrario, se tendrá por cancelada de forma automática su autorización o registro, según sea el caso

2.1.2. Ley N° 27696.-

El congreso de la república, a través de la presente ley, prorrogó en 45 días el plazo establecido en la segunda disposición transitoria complementaria y final de la ley N° 27626; la ley 27696 N° prorrogó por 45 días el plazo referido en el párrafo anterior, por lo que dicho plazo vence el 27.05.2002. mediante la norma en referencia, se ha prorrogado por cuarenta y cinco (45) días naturales, el plazo previsto en la segunda disposición transitoria, complementaria final, de la ley 27626, para que las empresas usuarias adecuen los contratos de intermediación laboral celebrados fuera de los

supuestos previstos en la misma ley. En caso de vencer el plazo anterior, si los contratos de intermediación laboral, celebrados por las empresas usuarias, no se hubieran adecuados a las normas establecidas en la Ley N° 27626, se entenderá que los trabajadores destacados fuera de los supuestos de esa norma tienen contrato de trabajo con la empresa usuaria desde el inicio del destaque, sin perjuicio de la sanción correspondiente tanto a esta empresa como a la respectiva entidad.

2.2. Análisis

La norma bajo comentario contiene las normas reglamentarias de la Ley 27626, referida en los antecedentes.

Establece que la intermediación de servicios temporales, consiste en el empleo de uno o más trabajadores con el fin de destacarlos temporalmente a una tercera persona natural o jurídica denominada empresa usuaria que dirige y supervisa sus tareas.

La intermediación de servicios complementarios o altamente especializados consiste en la prestación de servicios de carácter auxiliar o secundarios no vinculados a la actividad principal de la empresa usuaria tal como la actividad de vigilancia, seguridad, mantenimiento; o, de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tal como el mantenimiento y saneamiento especializados, por una persona jurídica que destaca su personal a la empresa usuaria para desarrollar dichas labores, en las que esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado.

La norma considera entidades a aquellas que tienen como objeto exclusivo destacar a su personal a una empresa usuaria para la prestación de la intermediación de servicios temporales, complementarios o altamente especializados.

Para el caso de las empresas de servicios la norma otorga la posibilidad de que estas puedan desarrollar las actividades indicadas en el párrafo anterior en forma simultánea. En el caso de cooperativas de trabajo temporal, estas solo podrán desarrollar actividades temporales y las cooperativas de trabajo y fomento del empleo podrán realizar actividades complementarias y de alta especialización.

Se ha establecido en el artículo 6, que los servicios temporales sólo pueden ser intermediados hasta en un 20% de los trabajadores que tienen vínculo laboral directo con la empresa usuaria y siempre que concurren los supuestos establecidos en los contratos ocasionales o de suplencia.

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

Asimismo, la norma establece que no constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas y sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo contando con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales y que sus trabajadores se encuentren bajo su exclusiva subordinación.

En cuanto a la inscripción en el Registro esta debe realizarse ante la Autoridad Administrativa de Trabajo competente del lugar donde la entidad tenga señalado su domicilio o del lugar de su sede principal, de operar con sucursales, oficinas, centros de trabajo o en general cualquier otro establecimiento de la entidad. Además de los requisitos ya establecidos en la Ley 27626 y que en el DS 003-2002, se han agregado los siguientes:

- Solicitud según formato dirigida a la Dirección de Empleo y Formación Profesional o dependencia que haga sus veces.
- Acreditar un capital social suscrito y pagado mínimo de 45 UIT o su equivalente en certificados de aportaciones al momento de su constitución. Este capital se determinará al momento de la constitución de la entidad no pudiendo ser reducido.
- Declaración respecto del centro o centros de trabajo en donde lleva la documentación laboral vinculada con sus trabajadores.
- Pago de la tasa correspondiente.

En cuanto a la inscripción de los contratos de trabajo celebrados entre la entidad y el trabajador destacado ya sean indeterminados o sujetos a modalidad, deben registrarse ante la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los 15 días naturales de suscritos.

Para las Cooperativas de Trabajo, tal obligación se considera cumplida con la presentación de la declaración jurada en la que consta la nómina de trabajadores destacados a la empresa usuaria ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. Esta nómina debe ser presentada en el mismo plazo indicado en el párrafo anterior, contado a partir de efectuado el destaque.

Los contratos de locación de servicios celebrados entre la empresa usuaria y las entidades también deberán registrarse en el plazo de 15 días naturales, contados a partir de su suscripción.

Constituye infracción de tercer grado cuando la empresa usuaria no solicita ni retiene la constancia de inscripción vigente de la entidad

que va a contratar así como la contratación de una entidad sin registro vigente.

Asimismo, constituye infracción de primer grado la no inclusión en el contrato celebrado entre las empresas de servicios ó cooperativas con las empresas la descripción de las labores a realizarse, fundamentando la naturaleza temporal, complementaria o especializada del servicio, en relación con el giro del negocio de la empresa usuaria y los términos del contrato del personal destacado, debiendo entender por estos últimos la identificación del trabajador destacado, el cargo, la remuneración y el plazo de destaque.

La norma también precisa los casos en que se desnaturaliza la intermediación laboral.

De igual modo, la norma establece las clases de fianza por las que deberá optar la entidad para garantizar los derechos de sus trabajadores destacados y el cumplimiento de las obligaciones previsionales; como fianza a nombre del Ministerio y fianza a favor de la empresa usuaria.

La carta fianza podrá ser individual en cuyo caso tendrá una vigencia mínima equivalente a la del plazo del contrato de locación de servicios entre la entidad y la empresa usuaria mas 90 días adicionales; y la global que tendrá un plazo mínimo de 3 meses renovable en los meses de marzo, junio, setiembre y diciembre.

La carta fianza se presenta ante la Dirección de Empleo y Formación Profesional o entidad que haga sus veces. Estas serán devueltas a la entidad después de su vencimiento sino existiera demanda laboral alguna en su contra.

Asimismo, se establece que la empresa usuaria es responsable solidaria con la entidad por los derechos laborales de origen legal o colectivos no comprendidos en la carta fianza.

No es aplicable la fianza ni la responsabilidad solidaria cuando se contrate con los organismos públicos.

Finalmente, se ha establecido que el plazo de adecuación a lo dispuesto en la Ley 27696 vence el 27.05.2002 y que dicho plazo también será aplicable para el registro de las entidades en el Ministerio.

2.1.3. Decreto Supremo Nº 003-2002-Tr. Disposiciones Que Regula La Aplicación De La Ley Nº 27626.-

El Enfoque de análisis de interés, para el presente trabajo acoge el informe²¹ que detalla, *“la modificación del artículo 1° del Decreto Supremo 003-2002-TR, el mismo que reglamenta la Ley 27626, la misma que regula a las Empresas Especiales de Servicios y Cooperativas de Trabajadores.”*

Asimismo, Coello, efectúa una breve reseña histórica acerca de la regulación de la intermediación laboral en nuestro ordenamiento jurídico, además de mencionar algunas normas internacionales vinculadas, luego detalla los supuestos normativos en los que se presente la citada “intermediación” y su relación con la “tercerización o outsourcing”, para finalmente detallar las consecuencias de dicha modificación.

Como es de pleno conocimiento en el ámbito laboral la denominada intermediación de trabajadores se encontró prohibida, de manera absoluta, hasta el año 1978, luego de lo cual se promulga el Decreto Ley 22126, pero como refiere el autor, *“sólo respecto de actividades complementarias”*.

Luego en 1,986 la Ley 24514, derogó el mencionado Decreto Ley y amplió los supuestos en los que procedía el uso de la intermediación a las denominadas “labores especializadas”. Más tarde, en 1,991 se promulgaría el Decreto Legislativo 728” que ampliaría aún más el margen de acción para el uso de la citada figura legal, permitiéndose así su uso para las labores principales de la empresa, en tanto se trate de una situación de carácter netamente temporal²².

Finalmente, en el año 2,002 saldría a la luz la Ley 27626, junto con su respectivo reglamento, los cuales derogarían las disposiciones antes mencionadas estableciendo un régimen más preciso.

El 27 de abril de 2,007, se publica en el diario “El Peruano” una modificación al artículo 1° del Reglamento de la Ley N° 27626, en la cual se precisa todo aquello que constituye actividad principal y actividad complementaria.

Respecto de la actividad principal se realiza una lista no taxativa a cerca de las actividades que pueden calificar bajo dicho concepto, en opinión del autor, la variación de la norma puede restringir no sólo el uso de la intermediación sino además producir algunos impactos en el uso de la tercerización, pues muchas empresas tercerizan determinados tramos de su proceso productivo, por

²¹ **COELLO HORNA**, Carlos G. Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex-director académico y de investigación de la Asociación de Análisis Económico del Derecho. <http://enfoquedeanalisis.blogspot.com/2008/02/intermediacin-y-tercerizacin-decreto.html>

²² **VILLAVICENCIO**, Alfredo. “La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: El caso de la intermediación laboral” OIT Documento de Trabajo 124-Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Pp. 89.

ejemplo, en el caso de las minería, se suele tercerizar la extracción, bajo la modificación realizar dicha actividad puede calificar como una actividad de tipo principal, y aunque no existe consecuencia jurídica o prohibición para dicho supuesto, sí puede considerarse que existe una inclinación en la norma con la finalidad de separar y definir los conceptos de tercerización e intermediación.

Villavicencio, refiere que la modificación

“causaría un impacto inmediato es la definición de actividades complementarias, en resumen, aquellas “cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial”, con ello varias actividades que se han venido considerando como amparables en la intermediación (limpieza, vigilancia, entre otros) continuarán siéndolo; sin embargo, existe una actividad que sí empezará a ser materia de controversia, el mantenimiento”.

El apego escrupuloso dado al concepto por la norma dice el autor, en la cual establece que

“sin el mantenimiento, la actividad empresarial principal sí se interrumpiría, además, no es puro azar el hecho de que se haya excluido al mantenimiento de la definición de actividades complementarias, “un error es el que se haya visto reemplazada por la “reparación”, que constituye un supuesto distinto, aunque debido a su vinculación puede inducir a interpretaciones confusas y perniciosas, disminuyendo la coherencia de la modificación, dicha actividad no debió mencionarse, pues sin la actividad de reparación también puede interrumpirse la actividad principal. La entrada en vigencia de la modificación es el 26 de julio de 2,007”.

2.1.4. Ámbito internacional.

En el ámbito internacional, el autor, alude al Convenio N° 181 de la OIT y a la Recomendación N° 188, que hacen una referencia indirecta a la intermediación laboral, ya que al referirse al concepto de Agencia de Empleo Privada (AEP), definiendo sus variantes, mencionan un supuesto que coincide con la intermediación “servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución”, dicha definición parecería coincidir con el concepto que maneja nuestro ordenamiento y doctrina a cerca de la intermediación, no sólo por hacer uso de la expresión “empresa usuaria” (también utilizada por el artículo 3° de la Ley 27626 y artículo 1° del Reglamento respectivo), sino por la descripción de la dinámica que involucra a la práctica misma de dicha actividad, ello

definiendo a la intermediación como aquella situación en la cual “una empresa denominada usuaria contrata a otra de servicios para que le suministre o proporcione personal, el cual, si bien prestará sus servicios a favor de la compañía usuaria, no sostendrá vínculo laboral con esta última (siempre que se cumplan con los requisitos por establecidos por ley) y se mantendrá bajo la dirección y control de la empresa de servicios”²³.

Definida la intermediación, el autor en su informe al que aludimos menciona que los supuestos en los cuales procede la validez de su uso, siendo más preciso el que se efectúa en:

- a) actividades complementarias, en principio definida como aquella que trata sobre una actividad con un alto grado de especialización, no relacionado con la actividad principal de la empresa usuaria.*
- b) Una segunda actividad es la de servicios temporales, constituida por el destaque (Marchandage²⁴.) de un trabajador en la empresa usuaria con el objetivo de cubrir un puesto que ha quedado temporalmente vacante, ó por otro lado ocupar un puesto cuya existencia misma es de carácter temporal.*
- c) Los servicios altamente especializados no relacionados con la actividad principal, a tal punto que la empresa usuaria no supervisa dichos servicios en cuanto a su ejecución y desarrollo de tareas.*

Por otro lado, es importante mencionar a la “tercerización”, pues si bien no se encuentra regulada de forma específica por nuestro ordenamiento jurídico, sí se le menciona como una definición negativa a cerca de aquello que no es intermediación. Así pues, la tercerización implica la actuación de una tercera empresa, autónoma y distinta de la empresa contratista, que cumple labores de producción a favor de esta última, sin que sus trabajadores se vinculen laboralmente, de ninguna forma, a la empresa contratista.

2.1.4. Tendencias Mundiales de Empleo 2,008²⁵

Las turbulencias de la economía internacional por la crisis en los mercados de crédito y el aumento en los precios petroleros podrían aumentar en 5 millones el número de personas desempleadas en el

²³ TOLEDO, Omar. “Intermediación Laboral, Outsourcing y Downsizing”. Pp. 2.

²⁴ Término despectivo acuñado en la Revolución Francesa para referirse a las relaciones laborales triangulares o prestamismo de mano de obra.

²⁵ Tendencias mundiales del empleo 2008, <http://www.oei.es/noticias/spip.php?article1906>

mundo en 2008, dijo hoy la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) al presentar la nueva edición del informe anual de Tendencias Mundiales del Empleo.

La nueva proyección para 2,008 contrasta con la situación de 2007, cuando un sólido crecimiento económico de más de 5 por ciento generó una “estabilización” de los mercados laborales, con más gente empleada, un aumento neto de 45 millones de puestos de trabajo, y sólo un leve aumento en el número de desempleados, que son 189,9 millones de personas en todo el mundo.

“El escenario del mercado laboral internacional está marcado por los contrastes y la incertidumbre”, dijo el Director General de la OIT, Juan Somavia. “Si bien el crecimiento económico genera millones de empleos cada año, el desempleo aún es elevado y este año puede alcanzar niveles sin precedentes. Y si bien hay más gente empleada que nunca antes, eso no significa que sean empleos decentes. Hay demasiadas personas que cuando no están desempleadas quedan atrapadas en las filas de los trabajadores pobres, de los más vulnerables o de los desalentados”.

El informe de la OIT destaca que la desaceleración del crecimiento en las economías industrializadas, atribuida a la crisis del mercado del crédito y los elevados precios petroleros, hasta ahora ha sido “compensada por lo que ocurre en el resto del mundo”, y en especial en Asia, donde siguió siendo fuerte el crecimiento de la economía y el empleo. Sin embargo, el documento advierte que una mayor desaceleración del crecimiento pronosticada para 2,008 podría aumentar la tasa de desempleo mundial hasta 6,1 por ciento, lo que implicaría que otras 5 millones de personas no tendrían empleo.

2.2. Cuestionamientos de la legislación vigente

2.2.1. Proyecto de Ley Nº 1475/2006-CR.-

Según León Charca²⁶, En su artículo ¿El fin de la Intermediación Laboral?, señala que en la campaña electoral presidencial de inicios del 2006, el Dr. Alan García, ofreció *frenar el abuso de las services*.

“El intento más audaz del ejecutivo en relación al tema de las services se concretó en la presentación del Proyecto de Ley Nro. 1493/2007-PE en fecha 10 de agosto del 2007”.

Dicho proyecto legislativo en la materia de regulación de la norma: *“Ley que modifica el artículo 6° de la Ley 27626, Ley que regula la actividad de la empresas especiales de servicios y de las Cooperativas de Trabajadores”* se detiene en el rubro de los

²⁶ LEÓN CHARCA, Ali Félix, ¿El fin de la Intermediación Laboral? Abogado CaC # 1926 Laboralista, Director de la revista digital www.estabilidadlaboral.com, Material de uso libre, previa cita de la fuente.

porcentajes limitativos para el número de trabajadores de empresas de servicios o cooperativas que desarrollen actividades en las empresas usuarias bajo *modalidad temporal*, fijando en el 10% del total de trabajadores de la empresa usuaria. Se excluye de la referida limitación a las empresas de servicios complementarios y a las empresas de servicios especializados que actúan vía intermediación, siempre que estas asuman plena autonomía técnica y la responsabilidad de sus actividades.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, ha efectuado paralelamente modificaciones reglamentarias sobre el particular y una mayor incorporación de inspectores para efectuar una labor de fiscalización más amplia y específica, con el objeto de reducir el incumplimiento de las normas laborales en mención.

Alvarado Romero²⁷, en su artículo ¿Es necesaria la eliminación de la intermediación laboral del régimen laboral de la actividad privada? Menciona que debe señalarse que la intermediación laboral ó subcontratación de personal se configura como una prestación de mano de obra directa ó a través de terceros, es decir un destaque de personal muy limitado en nuestro ordenamiento, que únicamente se presenta en supuestos de temporalidad, complementariedad y alta especialización.

Asimismo, hace una distinción respecto de la tercerización ó outsourcing, modalidad por la cual una empresa bajo su propia responsabilidad y utilizando su propio personal, presta servicios o ejecuta una obra para un tercero denominado contratante ó usuario.²⁸ [1]

La compleja regulación de la intermediación laboral

Las normas que regulan la intermediación laboral suelen presentar un sistema limitado, en tutela de los derechos laborales y en prevención de los abusos en los sistemas de contratación, pues, como ha destacado Plá Rodríguez, Américo, pueden utilizarse estos mecanismos para “eludir o aligerar sus responsabilidades laborales o de previsión social, promoviendo artificialmente la ficción de una empresa que figura a nombre de una persona (generalmente, un ex empleado); pero que en realidad actúa como un simple intermediario de la empresa principal, que es la auténtica empleadora tanto del que figura como intermediario como de sus

²⁷ **ALVARADO ROMERO**, Luis Alberto, Juez (s) Publicado el: 19/04/2008 en la Estafeta Jurídica Virtual, Academia de la Magistratura, Publicado; el tenor del contenido del mismo es de exclusiva responsabilidad de su autor. <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warpproom=articles&action=read&idart=1068>

²⁸ **PUNTRIANO ROSAS**, Cesar, “El Outsourcing o Tercerización. Análisis y Comentarios a una herramienta de innegable vigencia en nuestra realidad”, Doctrina especializada, Egacal – 2007.

empleados". El contenido de la actual normativa peruana es complejo, contradictorio y que merece ser destacado.²⁹

2.2.2. Proyecto de Ley N° 1475/2006-CR

Estando en el parlamento para su estudio el proyecto de Ley sobre eliminación de la intermediación laboral que prestan las empresas especiales de servicios y las cooperativas de trabajadores, lo que queda es precisar que la intermediación laboral como mecanismo de contratación de personal en forma temporal es de carácter excepcional conforme se desprende del artículo 3º de la Ley N° 27626 al establecer los supuestos de procedencia de la intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización.

La Comisión de Trabajo del Congreso aprobó un proyecto de Ley que elimina la intermediación laboral.- El miércoles 19 de marzo del 2008, la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, aprobó el dictamen de los Proyectos de Ley Nos. 1475/2006-CR (presentado por la Congresista Yaneth Cajahuanca Rosales y 1493/2007-PE, (presentado por el Poder Ejecutivo), cuyo texto propone la eliminación de la intermediación laboral.

El Proyecto de Ley N° 1475/2006-CR propuesto por la Congresista Sra. Yaneth Cajahuanca Rosales representante de Huanuco, pretende eliminar la intermediación laboral que presentan las empresas especiales de servicios temporales, complementarias ó especializadas y las cooperativas de trabajadores.

El proyecto en mención, busca que la cantidad de peruanos que se encuentra en planillas se incremente, por ello es necesario dice, que se elimine las contrataciones de personal a través de las empresas especiales de servicios temporales, complementarias ó especializadas ("las services") y las cooperativas de trabajadores.

Se sustenta en dicho proyecto de Ley, que a dichas organizaciones se les utiliza no sólo para la dotación de personal para servicios temporales, sino para que efectúen las actividades de carácter permanente que implican el core business del negocio, lo que esta expresamente prohibido.

Asimismo, se señala que estos trabajadores no gozan de los beneficios sociales de ley, no les pagan horas extras, no cuentan con ningún tipo de seguro, no gozan de descanso vacacional, no

²⁹ **TOYAMA MIYAGUSUKU**, Jorge, "La Intermediación Laboral: Regulación y sus relaciones con la tercerización" en el libro Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-2004 Pág. 369.

se les paga la CTS (compensación por tiempo de servicios), no tienen protección a los riesgos laborales, entre otros.

De este modo, se critican los Decretos Supremos N° 003-97-TR y N° 002-97-TR, así como a la Ley N° 27626 que regulan a las empresas especiales de servicios temporales, complementarias o especializadas (“las services”) y las cooperativas de trabajadores.

Finalmente, se sostiene que empresas especiales de servicios temporales, complementarios ó especializados (“las services”) y las cooperativas de trabajadores, son conformadas por personas vinculadas a las empresas usuarias. Estas empresas luego, se declaran en quiebra en colusión con la empresa usuaria, perjudicando a los trabajadores que se encuentran bajo esta modalidad, sin poder reclamar ante nadie sus derechos laborales.

El texto aprobado por la Comisión de Trabajo hasta el día de hoy, tiene los siguientes aspectos básicos:

- a. Señala que las empresas usuarias y las empresas de intermediación laboral dispondrán de un plazo de treinta días para adecuarse a la nueva medida.
- b. Dispone que los trabajadores destacados en las empresas usuarias bajo la modalidad de servicios temporales, tendrán preferencia en la contratación directa, a través de contratos a plazo fijo, por un plazo de un año contados de la fecha de vigencia de la norma.

Es conveniente destacar que incluso en el supuesto de que el pleno del Congreso de la República apruebe el citado proyecto de ley, ello no traería consigo la eliminación de la tercerización laboral (*outsourcing*), pues la tercerización laboral estaba excluida del ámbito de aplicación de la Ley que se pretende derogar.

A portas de la adopción del paquete de normas que expedirá el ejecutivo por la delegación de facultades conferida sobre la implementación del TLC ó Tratado de Libre comercio con los Estados Unidos, resulta necesario que esta herramienta de gestión la tengan las empresas a efectos de contar con todas las disposiciones necesarias en lo que respecta al tema de recursos humanos.

Bajo el texto: “Ley que elimina la intermediación laboral que prestan las empresas especiales de servicios y las cooperativas de trabajadores”, se plantea:

Artículo 1°.- Eliminación de la intermediación laboral.

Elimínese la intermediación laboral que prestan las empresas especiales de servicios temporales, complementarios o especializados y las cooperativas de trabajadores.

Artículo 2°.- Contratación directa.

El trabajador que hubiese sido contratado por las empresas especiales de servicios temporales, complementarios o

especializados y las cooperativas de trabajadores, seguirá laborando en las empresas usuarias debiendo adecuar la prestación de su servicio a la legislación nacional vigente.

Artículo 3°.- Norma derogatoria.

Derógase las disposiciones, normas reglamentarias y complementarias que se opongan a lo dispuesto en la presente ley.

Artículo 4°.- Vigencia.

La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

Está pendiente la aprobación en el Congreso de la República del Dictamen aprobatorio de la Comisión de Trabajo. Pese a los recientes feriados ya se han dejado oír algunas voces discordantes con la propuesta. El debate será muy áspero y el resultado de la pronta votación, un enigma.

El día 2 de mayo del 2,008, tal como estaba previsto, el pleno del congreso aprovecho la cercanía del día del trabajo y dio prioridad en la agenda de su sesión del miércoles 30 de abril al debate de iniciativas laborales.

La primera propuesta legislativa en ser abordada por el parlamento fue la ley que regula la tercerización, la cual tenía como su punto más polémico la responsabilidad solidaria de las empresas. Sin embargo, este no es el único proyecto que ha generado expectativa. Aún están en cartera el anteproyecto de la ley general de trabajo, el de “services” y el que plantea una nueva distribución de las utilidades.³⁰

2.3. Legislación comparada

En todas las naciones se encuentran brechas y desfases persistentes entre “la demanda” de trabajadores por parte de los empleadores y la “oferta” de personas que buscan empleo. Muchos factores explican la falta de mercados de trabajo “completamente equilibrados”: solo para comenzar, entre esos factores están la información limitada sobre las vacantes y la poca divulgación de los avisos de éstas, la incompatibilidad entre las aptitudes de los trabajadores y las habilidades que necesitan los empleadores, la falta de competencia de las personas que buscan empleo para encontrar trabajo apropiado y la discriminación. La brecha persistente entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo tiene no solamente elevados costos económicos para los países en lo referente a desempleo, subempleo y menor productividad, sino también costos sociales y efectos en las familias y comunidades.

Alrededor del mundo, se ha comenzado a trabajar por innovar y reformar la manera de ajustar mejor el trabajo a las calificaciones de la persona que lo busca. El origen de los servicios nacionales públicos de empleo se remonta a los inicios del siglo XX en las

³⁰ **EL COMERCIO**, diario, cuerpo b, economía y negocios Pág. b1, 2 Lima, mayo 2008.

economías industriales. Hoy en día, muchos de esos servicios públicos de empleo son objeto de reformulación y reforma, se amplían los servicios privados y surgen nuevas asociaciones entre ambos. En esas nuevas reformulaciones de política de los servicios de empleo, resulta más preciso dar a las entidades nacientes el nombre de sistemas de intermediación laboral, puesto que se ha ampliado la gama de servicios en el campo de la “intermediación” entre el trabajador y el empleo y entre el empleo y la formación y capacitación, el empleo autónomo y otros servicios sociales necesarios.

2.3.1. Aceptación social y regulación³¹

Las relaciones triangulares de trabajo no tienen buena reputación histórica. El tráfico de mano de obra ó **“marchandage”** fue objeto de fuerte condena social y jurídica. En ese sentido se ha interpretado también el punto de partida del Acta Constitutiva de la OIT, que enuncia que “el trabajo no es una mercancía” (Declaración de Filadelfia, 1944).

Las relaciones triangulares entre un empresario real, que se beneficia del trabajo de los trabajadores, puestos a su servicio; un empresario ficticio o prestamista de mano de obra interpuesto entre el verdadero empresario y el trabajador; y el propio trabajador cedido, han existido prácticamente siempre. Han existido “siempre con una finalidad, por parte del empresario prestamista: para obtener un lucro con esa cesión y, por parte de la empresa usuaria, para, por un lado, evitar la identificación del empresario real a efectos de eludir responsabilidades laborales y, sin duda, para evitar el sobredimensionamiento de la plantilla de la empresa³².” En esta forma de prestamismo laboral tanto las remuneraciones como el resto de las condiciones de trabajo de los empleados son inferiores a las de los contratados por las empresas usuarias.

En la evolución de estas relaciones triangulares de empleo se pueden identificar cuatro fases en relación a la aceptación social y a la regulación de que han sido objeto.

La primera, ya descrita, de rechazo y prohibición a cualquiera de sus modalidades.

Una segunda fase se inicia a mediados del siglo XX con la aparición e instalación de las ETT como organizaciones de

³¹ **ECHEVERRIA**, Magdalena, “Empresas de empleo temporario, mercado laboral y formación para el trabajo” Santiago de Chile, 2001, Proyecto CEPAL/GTZ: “Políticas para mejorar la calidad, eficiencia y la relevancia del entrenamiento profesional en América Latina y el Caribe. Fase II” (FRG/99/S126). Pág. 20.

³² **SALA FRANCO**, Tomas, 1999, Pág., 133).

facto. Las empresas dedicadas profesionalmente a suministrar trabajo temporal surgen, en Estados Unidos primero y muy pronto en Europa, después de la Segunda Guerra Mundial. Durante la guerra, muchas firmas se vieron obligadas a una rápida reconversión productiva, orientándose hacia la producción de artefactos bélicos. Finalizada la guerra, las empresas reorientaron su producción hacia los bienes y servicios propios de tiempos de paz. Esto generó la necesidad de reclutar personal con calificaciones específicas para cubrir los requerimientos de producción de la nueva economía doméstica. A ello se sumó la necesidad de reinserción laboral de los retornados de la guerra, muchos con discapacidades físicas.

La empresa Manpower en Estados Unidos fue la iniciadora de este nuevo giro empresarial. Se canalizaba de esta forma la mano de obra hacia las empresas que requirieran servicios específicos, conectando oferta y demanda y, cobrándole al empleador. Así, la actividad de las ETT comenzó a profesionalizarse a pesar de carecer de existencia legal. Su oferta se hizo más explícita y se formalizó en contratos de prestación de servicios entre estas empresas y las empresas usuarias.

Paralelamente se crearon empresas de colocación denominadas “agencias de empleo”, las que prestaban el mismo servicio, pero cobrándole al trabajador por insertarlo en un puesto de trabajo determinado. Esta forma se calificó rápidamente como una práctica ilegal y fue sancionada por la OIT en el marco del Convenio N° 96 sobre Agencias Retribuidas de Colocación³³, de 1949.

Una tercera fase se abre en la década de los 60s con el inicio de la regulación de esta actividad. Habiéndose extendido de hecho su práctica, durante un buen período ante el vacío legal existió cierta tolerancia administrativa y judicial, frente a las formas consideradas como más legítimas de la misma. Lo que buscaba la regulación en ciernes era establecer distinciones entre las formas lícitas e ilícitas, sin dejar de considerar la importante ruptura que se introducía en la concepción de la relación de trabajo asalariado o dependiente que funda el derecho del trabajo. Las diferencias se establecieron entre relaciones que se creaban para la prestación de un servicio real en contraposición con aquéllas

³³ Las agencias de colocación o bolsas de trabajo nacen antes de la Segunda Guerra Mundial y proliferan enormemente en sus finales, constituyendo un paradigma de abuso en la contratación laboral, en tanto se especulaba con las urgentes necesidades de empleo de las personas. La situación dio origen al Convenio N° 34 de la OIT (1933), que dispuso suprimir las agencias retribuidas de colocación.

orientadas a encubrir relaciones laborales y/o lucrar con la oferta de mano de obra.

Holanda fue el primer país en el cual se reguló el sistema, en 1965. El resto de los países europeos lo hicieron entre los años 70s y 80s. Irlanda en 1971, Francia y Alemania en 1972, Inglaterra en 1973, Bélgica en 1976, Portugal en 1989. En Grecia está aún prohibido.

La cuarta etapa corresponde con la expansión del trabajo temporal en las economías industrializadas, concomitante con la reorganización del modelo productivo y la crisis del empleo en la mayoría de los países. Coincidiendo, por otro lado, con el fracaso del monopolio estatal del servicio público de colocación que se debilita durante la década de los 90s. La legalización de las ETT se promovió en los países desarrollados, especialmente en Europa, como uno de los instrumentos de la flexibilización del mercado de trabajo a la vez que protector de los trabajadores tanto de las ETT como de las empresas usuarias. Faltaba un estatuto jurídico que regulara la triangulación. La legalización del trabajo temporal permitió la definición precisa de esta relación de trabajo diferenciándola de la subcontratación y de la mera cesión de trabajadores.

El empleo temporal con interposición de un tercero divide en dos la figura del empleador. Esto se ha aceptado en América del Norte, en la casi totalidad de los países europeos y en varios países latinoamericanos. Su regulación se dio siempre en el marco de una gran discusión respecto de las implicancias de esta duplicidad y de sus limitaciones.

Las legislaciones han puesto tres exigencias al desarrollo de esta actividad.

La primera es que sea ejercida por entidades solventes, con una estructura organizacional adecuada, que garanticen que responderá a las obligaciones salariales y de seguridad social.

La segunda, que cuenten con autorización administrativa.

La tercera, que los servicios que prestará el personal sean efectivamente temporales, transitorios.

Esta última condición, que es clave, se ha buscado asegurar a través de dos formas:

La primera, definiendo el tipo de actividades que pueden ser realizadas por trabajadores temporales, por ejemplo ejecución de trabajos eventuales por aumentos estacionales; realización de una obra ó servicio determinado; sustitución

del ausentismo laboral en casos de maternidad, accidente ó enfermedad.

La segunda, estableciendo tiempos límites a las prestaciones y los contratos. Por ejemplo, 3 a 6 meses en Bélgica, no más de 3 meses y no renovable en Dinamarca, 9 meses a 1 año en Alemania.

Así, por uno u otro medio, lo que se ha buscado es garantizar que efectivamente se trate de un complemento al empleo estable y no de una competencia con éste. Complemento de carácter extraordinario y no de una práctica habitual.

En la Conferencia Internacional del Trabajo de junio de 1997 se adoptó el Convenio Nº 181, sobre las Agencias de Empleo Privadas que incluyó a las ETTs. La OIT hizo esta propuesta considerando el papel que las agencias de empleo pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo y teniendo en cuenta que el contexto en que estas agencias funcionaban en La actualidad era muy distinta del existente cuando se procedió a la adopción del Convenio Nº 96 de 1949.

En el nuevo Convenio se buscó garantizar la protección de los trabajadores vinculados a estas agencias respecto de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, salarios, no discriminación, jornada laboral, seguridad e higiene, protección a la maternidad y seguridad social.

El Convenio Nº 181 destaca las limitaciones que a la información que estas agencias pueden recabar sobre su personal, así como el libre acceso que éste debe tener a ella. El Convenio especifica que los datos obtenidos deberán limitarse a las calificaciones y la experiencia profesional de los trabajadores y que en todo caso deben “respetar la vida privada de los trabajadores, conforme con la legislación y las prácticas nacionales vigentes”.

Es importante de tener en cuenta esta observación en tanto se ha criticado que las empresas usuarias pueden recurrir a las ETT para seleccionar personal, el que incluye una suerte de investigación sobre las características personales (físicas y psicológicas), del comportamiento social, político y hasta íntimo de los empleados a reclutar, contraviniendo todos los principios de no discriminación frente al trabajo. La situación es más delicada en aquéllos países en los cuales Las discriminaciones no cuentan con un rechazo bien asentado en la sociedad civil ni en el marco normativo nacional.

Desde el punto de vista empresarial, la CIETT (*Confédération Internationale des Entreprises de Travail Temporaire*)

considera las restricciones legales existentes un obstáculo para el más amplio desarrollo del empleo temporario. Así, postula que el particular crecimiento de esta actividad en el Reino Unido, por ejemplo, se debe a la existencia de una mayor liberalización regulatoria. Esta entidad distingue tres tipos de limitantes normativas:

1. límites en las causales del contrato.- es decir, las acotaciones respecto de las ocasiones en que puede hacerse uso o no de esta forma de empleo (reemplazos por enfermedad, reemplazo de trabajadores en huelga, *peaks* de producción, etc.);

2. restricciones en la extensión máxima de tiempo, que pueden durar los servicios.

3. restricciones sectoriales.- (en muchos países no pueden emplearse en la construcción, el transporte, la administración pública o en rubros que las legislaciones nacionales estimen de alto riesgo para la salud).

En América Latina, el empleo temporario y las ETT, se encuentran en una situación similar a la que experimentaron inicialmente los países desarrollados en términos de regulación y aceptación social.

En primer lugar, las ETT se enfrentan con una competencia desleal. Existen suministradores de personal informales que son meras fachadas, caso muy extendido en Chile.³⁴ Ó las llamadas cooperativas de trabajo asociado y las empresas asociativas de trabajo en Colombia y otras figuras similares en países como Brasil y Ecuador. En todos los casos se trata de entidades sin solvencia real, que no tributan y que ofrecen precios más bajos a sus clientes (según la Confederación Latinoamericana de Empresas de Trabajo Temporario y Afines -CLETYA- 1,999). Esta realidad conduce a que se tienda a confundir el sector formal de las ETT con estas otras formas de triangulación y pasen por lo tanto, a ser desaprobadas socialmente.

Ahora bien, no es solo un problema de “apariencias”. Esta competencia es una de las razones por las cuales las ETT en América Latina, incluso en algunos casos empresas transnacionales, utilizan prácticas ilegítimas, como la de poner a disposición de empresas usuarias y administrar la relación laboral de empleados permanentes. Ó bien, bajan

³⁴ Echeverría, M., Uribe-Echevarría, V., Solís, V., 1998, La amplia variedad de figuras fue tipificada en “**El otro trabajo. El suministro de personas en las empresas**”, Cuaderno de Investigación N° 7, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo.

notablemente las remuneraciones, las condiciones de trabajo y el acceso a la seguridad social, para poder competir por precios en el mercado del suministro de personal. Este problema se ve reforzado en los países que aún no han establecido una regulación de este tipo de empleo que prohíba las formas espúreas del suministro de trabajadores por un tercero.

El segundo problema que reclaman fuertemente los empresarios del sector, es la obligación de cumplir con cargas tributarias dobles, una por contratar personal y otra por colocar personal.

El tercer problema, es la obligación de ejercer “un objeto social único”, esto es, la dedicación exclusiva al envío de trabajadores “en misión” para colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades del usuario, excluyendo explícitamente otras actividades como la selección y capacitación del personal.

Esta limitación estuvo y está presente aún en algunas legislaciones europeas, en tanto lo que se buscó fue poner a prueba el desarrollo del empleo temporario a través de empresas autónomas dedicadas realmente a ello y de evitar que se utilizara mal el sistema, al dejar una figura amplia.

Por ejemplo, que una misma empresa usuaria, se dividiera artificialmente y bajo la función de reclutar y formar personal, realizara artificialmente también las contrataciones laborales reales.

En la actualidad, la situación por países en Latinoamérica es la siguiente: En Argentina y Colombia las ETT fueron reguladas a comienzos de la década de los noventa, cuando se modificó en Argentina (1991) el texto del Régimen de Contrato de Trabajo; y en Colombia (1990) con la reforma del Código Sustantivo del Trabajo. Se han introducido modificaciones y adecuaciones posteriores, encontrándose en discusión actual en Argentina la erradicación de limitaciones y recaudos especiales. Las normas en ambos países son muy protectoras del trabajo temporal y consideran un fuerte intervencionismo de la administración pública laboral, buscando evitar el fraude.

En Brasil, el trabajo temporario puede tener una duración máxima de seis meses, prorrogables por tres más. En cambio la “tercerización” o “*outsourcing*” se utiliza por tiempo indefinido y sólo están limitados en el sector público a un máximo de cinco años.

En Perú, originalmente se reguló el funcionamiento de estas empresas como intermediación laboral y, posteriormente se amplió sus actividades. Desde 1991 la Ley de Fomento al Empleo, regula integralmente las empresas de servicios especiales, a través de la Dirección General de Empleo y Formación Laboral del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Durante una década de implementación se han ido generando diversos escenarios y En la actualidad el gobierno peruano actual, tiene la intención de eliminar la informalidad de las empresas que compiten deslealmente, en tanto ha activado el servicio de inspecciones, dando el Ministerio de Trabajo y Promoción Social importantes normas que permiten su actuación y desempeño eficaz, verificando el fiel cumplimiento de sus obligaciones y los requisitos de formación de estas. Hoy se exige que las empresas del sector entre otras garantías requeridas que tengan un capital no menor a 45 UIT (unidades impositivas tributarias), asimismo, que presenten una carta fianza que garantice el pago total de los beneficios sociales de los trabajadores, entre otras.

En Ecuador, según el presidente de la Asociación Nacional de Empresarios de Servicios de Personal (Anesep), la carencia de una regulación de la actividad del empleo temporario “ha permitido la proliferación de compañías mal llamadas de Trabajo Temporales que, obviamente, confunden el mercado y no permiten que el sector se desarrolle y crezca profesionalmente, como sucede hoy en casi todos los países del mundo”. “Se estima que existen más de 1,200 empresas de este tipo, lo que hace que se produzca una competencia sin ningún profesionalismo, alejada de la ética y las buenas prácticas que deben regir toda actividad de recursos humanos”, en la actualidad La versión final del reglamento para la Ley de intermediación laboral y tercerización de servicios aún no llega al Ejecutivo, pese a que después de la última reunión del Consejo Nacional del Trabajo (CNT), el ministro de Trabajo, José Serrano, aseguró que enviaría el documento esto se dio en el 2,006. La Ley de intermediación laboral y tercerización de servicios modificó 22 artículos del actual Código del Trabajo; las reformas fueron aprobadas el 30 de mayo y sancionadas el 15 de junio por el presidente de la República, Alfredo Palacio; Las principales reformas establecen beneficios laborales para los trabajadores tercerizados, como pago de fondos de reserva y utilidades; prohíben la vinculación entre empresas contratantes o usuarias y tercerizadoras o intermediarias, así como la intermediación de menores de 18 años, entre otras.

En Uruguay no existe una regulación específica de las ETT. Estas operan de hecho en el marco de la normativa general de la legislación del trabajo y por aplicación del artículo 36 de

la Constitución que consagra la libertad de trabajo industrial y comercial (Ameglio, E., 1999). Según el representante uruguayo a la mencionada reunión de la Confederación Latinoamericana de Empresas de Trabajo Temporario y Afines (Clettya). Secretario de CUDESP, la carencia de una reglamentación específica de la actividad diferencia también dos sectores en el mercado uruguayo: “un conjunto de empresas, cuyo número es muy difícil de establecer, que constituyen la llamada “competencia desleal” por trabajar mayoritariamente sin ajustarse a las normas laborales del país”, y “las empresas afiliadas a la Cámara Uruguaya de Empresas Suministradoras de Personal (CUDESP), que cumplen estrictamente con las normativas generales del trabajo y vierten, en tiempo y forma, los aportes a la seguridad social, dando garantías absolutas a las empresas clientes y a los propios trabajadores.” Debido estas exigencias, sólo existen cinco ETT que son reconocidas por la Confederación.

En Chile la actividad no está aún regulada. Sin embargo, inicialmente la Asociación Gremial de Empresas de Servicios Temporarios (AGEST) presentó un proyecto de ley en enero de 1999 que fue discutido en la cartera de trabajo y finalmente en 2001, en el marco de la propuesta de reformas laborales, el ejecutivo ha enviado un proyecto de ley para normar el suministro de trabajadores a las empresas y para dar cabida a las empresas de empleo temporario.

2.3.2. El empleo temporal en América Latina³⁵

En América Latina, el trabajo a tiempo parcial es incipiente, la tendencia central sigue siendo los trabajos en jornadas a tiempo completos y extensos. El Informe de UBS Swiss Economic Research, (2000) señala que entre las ocho ciudades con jornadas laborales más extensas se encuentran tres de países latinoamericanos. La ciudad de Santiago de Chile ocupa el primer lugar con 2.244 horas, Bogotá el cuarto con 2.182 y Ciudad de México el séptimo con 2.150 horas anuales. La información es consistente con la entregada hace unos años por *The World Competitiveness Yearbook* de 1996, en el cual Chile encabeza también el *ranking* de todos los países como aquél en el cual se trabajaban en promedio el mayor número de horas al año 2.400 frente a 1.700 en algunos países europeos.

³⁵ ECHEVERRÍA, Magdalena, “Empresas de empleo temporario, mercado laboral y formación para el trabajo” Santiago de Chile, 2001, Proyecto CEPAL/GTZ: “Políticas para mejorar la calidad, eficiencia y la relevancia del entrenamiento profesional en América Latina y el Caribe. Fase II” (FRG/99/S126). Pág. 31.

En el estudio publicado por OIT (Tokman y Martínez, 1999), se postula que las reformas a las legislaciones laborales realizadas en la década actual facilitan la contratación y subcontratación de trabajadores por tiempo determinado y amplían las causales de despido, reduciendo los montos de indemnización.

Según Tokman y Martínez, las reformas, al abaratar los costos del empleo, buscaban promover la contratación temporal de las categorías más vulnerables de la fuerza de trabajo: jóvenes, desocupados y mujeres.

En segundo término, permitir a las empresas adecuar su plantilla a los cambios en los niveles de actividad. Y, en tercer lugar, reducir el trabajo no registrado (ó trabajo “en negro”) y fortalecer la formalización de las contrataciones laborales introduciendo nuevas modalidades de contratos y reduciendo los costos laborales no salariales. El estudio en referencia se basa en investigaciones hechas en cuatro países de la región; Argentina, Chile, Perú y Colombia en la década de los 90s.

Respecto de los objetivos buscados por las reformas laborales se concluye lo siguiente: en primer lugar hay una tendencia clara hacia el asalaramiento del empleo privado, cuestión que se refleja en el crecimiento del trabajo dependiente privado por sobre el crecimiento del empleo total. Este crecimiento, con la excepción de Colombia, fue siempre superior en las microempresas. En segundo lugar, este proceso se caracteriza por un crecimiento de trabajo sin contrato y un aumento del empleo temporal.

Tomados los cuatro países en conjunto los trabajadores sin contrato y los con contratos temporales representan alrededor del 45% del empleo total. El volumen de trabajadores sin contrato es mayor, en promedio alcanza a los 2/3 de ese total. El crecimiento de distintas formas de subcontratación de personal o de suministro de trabajadores por un tercero puede explicar la alta representación de las relaciones aparentemente sin contrato.

2.4. ¿Qué hacen los Servicios de Intermediación Laboral?³⁶

Los servicios de intermediación laboral se destinan a mejorar la rapidez y la calidad del ajuste de las vacantes a las personas que buscan empleo. De esa forma, esos servicios se convierten en “intermediarios” entre la oferta y la demanda de trabajo. Sus principales clientes son los trabajadores desempleados o subempleados y las compañías que buscan nuevos empleados.

³⁶ Jacqueline Mazza “*Servicios de Intermediación Laboral: Un análisis para los países de América Latina y el Caribe*” Panamá, Noviembre, 2001, Primer Seminario Técnico de Consulta Regional sobre Temas Laborales

Son muchas las ventajas que reporta el ajuste de las calificaciones de las personas que buscan empleo con las vacantes, cuando ese ajuste es más rápido, de menor costo y de mejor calidad.

En este caso, la mejor calidad significa que el empleado se adapta mucho mejor al trabajo, es más productivo en ese empleo o se ajusta mejor al mismo y, por lo tanto, puede quedarse más tiempo.

Los beneficios de la mayor rapidez y el menor costo significan que la firma contrata a un empleado para ocupar un cargo en menos tiempo (es decir, se reducen las pérdidas de producción, aumenta la productividad y disminuye el tiempo dedicado por los funcionarios a administración de personal) y un trabajador encuentra empleo más pronto (por ejemplo, es mayor el ingreso y son menores los costos sociales y familiares del desempleo o subempleo).

Los menores costos también provienen de la comunidad considerada en sentido ampliado porque se reducen la necesidad de prestar servicios sociales y los pagos del seguro de desempleo y de servicios sociales, si eso viene al caso. Para resumir en términos generales, los principales beneficios de los servicios de intermediación laboral son:

- Reducir el desempleo y la rotación en el empleo a corto plazo.
- Aumentar la productividad.
- Mejorar la movilidad laboral.
- Mejorar el bienestar social.
- Aumentar la transparencia del mercado de trabajo y reducir la discriminación.

2.4.1. Tipos y gama de servicios.-

Para lograr los beneficios citados, los servicios de intermediación laboral han establecido un conjunto de servicios “básicos” que se encuentra en cualquier servicio de esa naturaleza, son los siguientes:

2.4.1.1. Asistencia en la búsqueda de empleo.- Eso significa preparar a la persona que busca empleo para encontrar un nuevo trabajo por medio de preparación del *Curriculum vitae*, formulación de una estrategia de búsqueda de empleo, información ocupacional y contactos con empleadores.

Esto podría incluir asesoramiento del trabajador o los llamados “clubes de empleo”, donde los trabajadores se reúnen regularmente con un grupo para fortalecer sus estrategias de búsqueda de empleo.

Las investigaciones han seguido indicando que la asistencia en la búsqueda de empleo es muy eficaz en función del costo y es productiva como método de asistencia a los trabajadores en la búsqueda de nuevos empleos. También se han notado efectos

favorables en el asesoramiento en empleo, particularmente con dos sesiones o más.³⁷ Se ha demostrado que los clubes de empleo también ayudan a reducir el desempleo a largo plazo en los países desarrollados.³⁸

2.4.1.2. Colocación o “intermediación” laboral.- La función clave de los servicios de intermediación laboral es mantener un registro e información sobre las vacantes existentes y tratar de ajustar una vacante específica a un determinado solicitante.

Esa tarea no es tan sencilla como parece.

Las necesidades laborales de los empleadores cambian con rapidez y, para ser eficaz, el servicio debe obtener un número bastante amplio de vacantes, mantenerlas muy actualizadas y tener la habilidad necesaria para colocar a la persona apropiada en el empleo correcto con el fin de asegurarse de que los empleadores sigan usando el servicio.

Con el tiempo, a partir de las funciones básicas de la búsqueda de empleo y colocación, los servicios de intermediación laboral han establecido una amplia gama de servicios “secundarios” destinados a mejorar la calidad y eficiencia de la intermediación.

Esos servicios se llaman secundarios, solamente en el sentido de que no todos los sistemas de intermediación laboral los ofrecen. En muchos casos, esos servicios pueden ser un punto central del funcionamiento eficiente del ajuste de los trabajadores a los empleos. Esos servicios son:

2.4.1.3. Perfiles de empleo y evaluación de aptitudes.- El sistema de intermediación laboral está capacitado para hacer compatibles las calificaciones de las personas que buscan empleo con las vacantes si se analizan mejor con antelación las aptitudes y los requisitos de esas personas y si la estrategia de búsqueda de empleo se adapta mejor a las calificaciones de la persona interesada.

Se puede prestar una gama de servicios iniciales o el servicio de intermediación laboral puede enviar a la persona que busca empleo a esos servicios que incluyen prueba de aptitudes, perfil de la persona que busca empleo y asesoramiento individual en empleo. Por ejemplo, la persona que busca empleo puede tener la intención hacer esa búsqueda donde hay poca demanda; una buena evaluación inicial puede ayudar a dirigir a esa persona a otro

³⁷ En un estudio hecho en los Estados Unidos (1980, SRI) se observó un efecto favorable del asesoramiento con dos sesiones o más, con el debido control de la necesidad y la calidad del asesoramiento. En un estudio efectuado en el Canadá se observó que dos o más sesiones aumentaban el grado de satisfacción en el empleo. (Employment and Evaluation of the National Employment Service, Departamento de Trabajo e Inmigración, Ottawa, Canadá, 1989.)

³⁸ En un informe de la Comisión Europea se citó una amplia gama de participantes que consiguieron trabajo después de ingresar a un club de empleo, de 8% en Irlanda a 73% en un pequeño proyecto piloto en los Países Bajos (Comisión de las Comunidades Europeas, 1990).

trabajo que se adapte a su perfil y donde haya demanda o enviarla a readiestramiento.

2.4.1.4. Capacitación / Envío a capacitación.- Una función más nueva pero importante de muchos servicios de intermediación laboral consiste en enviar clientes a programas apropiados de capacitación como complemento o como transición (a corto plazo) al empleo.

El servicio mantiene una lista de las actividades de capacitación ofrecidas y de los requisitos pertinentes y está al corriente de las ofertas de empleo en el mercado.

Es posible que los candidatos desconozcan las posibilidades de capacitación o ignoren si algún curso particular les ayudaría a conseguir un empleo de verdad.

En algunos centros de intermediación se dictan cursos de capacitación aunque hay una tendencia constante a sacar a los servicios de intermediación de la actividad de capacitación.

Si el servicio también es proveedor de capacitación, corre el riesgo de que haya conflicto de interés e ineficiencia. Se recomienda mucho esta función de envío a programas de capacitación en los mercados América Latina y el Caribe, donde los “cupos” para capacitación suelen llenarse con inscripción abierta más que con el ajuste de trabajadores apropiados a programas de capacitación que se necesita para empleo en el sector privado.

El modelo de México es menos común en el sentido de que usa su red de servicios públicos de empleo como “puerta de entrada” para su programa nacional de readiestramiento de trabajadores desempleados (el *Programa de Becas de Capacitación para Trabajadores Desempleados* (PROBECAT). Dada la creciente demanda de aptitudes en los mercados de hoy, la incorporación de la intermediación para fines de capacitación en un servicio nacional de intermediación laboral reviste importancia crítica cada vez mayor para asegurar un movimiento más ágil entre el trabajo, la educación y la capacitación.

2.4.1.5. Información sobre el mercado de trabajo.- Si el servicio de intermediación laboral tiene éxito en el acopio de datos sobre un gran número de vacantes y de personas que buscan empleo y de información sobre la disponibilidad de programas de capacitación, dispone entonces de varios datos importantes y sumamente actualizados sobre el funcionamiento del mercado de trabajo, que son valiosos para los empleadores, las instituciones de capacitación y las entidades gubernamentales.

Los servicios de intermediación pueden ir más allá de los datos básicos recogidos de los clientes, ya sean empleadores o personas

que buscan empleo. Varios servicios de intermediación laboral pueden proporcionar y, de hecho, proporcionan un sistema de información sobre el mercado de trabajo mucho más complejo, de mayor uso para analizar y planear las tendencias de ese mercado.

Los servicios locales de empleo en Alemania realizan extensas investigaciones y encuestas sobre el mercado de trabajo. El Departamento de Trabajo de los Estados Unidos contrata a servicios locales de empleo para una amplia gama de actividades de recolección de datos empleados en estadísticas nacionales, incluso encuestas de empleo, estadísticas de empleo y datos ocupacionales y sobre salarios.

2.4.1.6. “Puerta de entrada” a servicios sociales y empresariales. Otra función integrada que pueden realizar y que, de hecho, realizan los sistemas de intermediación laboral en ciertos países consiste en vincular a los clientes que ingresan con los servicios sociales que pueden recibir.

En el caso de América Latina y el Caribe, los grupos de bajos ingresos tienen un vínculo importante con los programas de empleo autónomo o de microempresas. Al igual que en lo referente a capacitación, puede haber varios programas gubernamentales y sin fines de lucro para ayudar a los microempresarios, pero los aspirantes carecen de la información necesaria sobre dónde conseguir esa asistencia o para determinar si tienen la idoneidad necesaria.

Los Estados Unidos se han desplazado hacia modelos de “servicio completo” en que las personas que buscan empleo o capacitación pueden encontrar, bajo un solo techo, información sobre vacantes, establecimiento y registro de nuevas empresas y servicios sociales.

El vínculo más común de los servicios de intermediación laboral con los servicios sociales es el seguro de desempleo. Los trabajadores que reúnan los requisitos para afiliarse al seguro de desempleo pueden inscribirse y recibir beneficios y, mismo tiempo, inscribirse para recibir asistencia en la búsqueda de empleo y colocación. Esto es importante para las compañías de seguros de desempleo cuya finalidad es hacer que los trabajadores obtengan nuevos empleos con rapidez. Si bien los vínculos de información entre el seguro de desempleo y el sistema de intermediación laboral han sido bastante eficaces en algunos países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en otros, como los Estados Unidos, se observó que las tasas de colocación eran, en realidad, mayores cuando las oficinas de seguro de desempleo estaban separadas de las oficinas de empleo.³⁹ Eso es posible

³⁹ ARVIL VAN Adams, “Developing Effective Employment Services”, HRO Dissemination Notes, Banco Mundial, No. 9, 28 de junio de 1993, 2.

porque se desanimó a algunas personas que buscan empleo a usar las “oficinas de desempleo” para buscar trabajo y, posiblemente, la combinación de servicios llevó a hacer menos hincapié en la búsqueda de empleo.

El vínculo entre los beneficios del seguro de desempleo y los servicios de empleo es menos importante en el caso de los países de América Latina y el Caribe debido al pequeño número de países que tienen esa clase de seguro. Sin embargo, en los países de América Latina y el Caribe que lo tienen (por ejemplo, el Brasil y la Argentina), no hay coordinación entre el seguro de desempleo y el servicio de empleo, pero si hubiera podría ayudar a fortalecer el servicio.⁴⁰

Normas de la OIT adoptadas con anterioridad a 1997

Históricamente la intermediación privada en el mercado de trabajo fue considerada con muy poco favor por las autoridades públicas, debido a la muy larga tradición de abusos que había engendrado. De ahí que muchos países ya habían prohibido las agencias de colocación con fines de lucro, inclusive a principios de este siglo, confiriendo el monopolio de la intermediación al servicio público, y permitiendo únicamente la intermediación privada sin fines lucrativos, cuya expresión clásica fueron las bolsas de trabajo. La ya mentada Recomendación núm. 1 de la OIT, adoptada en 1919, no hizo sino recoger esta tendencia. Más adelante, en 1933 la Conferencia adoptó un convenio (núm. 34), en virtud del cual los Estados que lo ratificasen debían suprimir las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos en un plazo máximo de tres años. Sin embargo, este convenio, demasiado rígido, recibió muy pocas ratificaciones y ha sido *dejado de lado* por la OIT. En 1948 se adoptó un convenio (núm. 88) sobre el servicio del empleo, el que obligaba a los Estados que lo ratificasen a organizar y a mantener un servicio público y gratuito del empleo, pero sin que ello obligase a conferir un monopolio al Estado. Finalmente, en 1949 se adoptó el Convenio núm. 96, que revisó el convenio núm. 33, pero que de cualquier manera reflejaba una actitud muy crítica hacia la intermediación privada en el mercado de trabajo.

A la luz del convenio núm. 96, *las agencias privadas de colocación debían ser prohibidas o a lo sumo simplemente toleradas*, y en este último caso sólo a condición de que estuviesen sujetas a una estrecha vigilancia del Estado. Este convenio ofrecía dos posibilidades a los Estados que lo ratificaban. A tenor de una de ellas, formulada en la Parte II del convenio, los Estados debían comprometerse a prohibir las agencias privadas de colocación con

⁴⁰ Jacqueline Mazza, Unemployment Insurance: Case Studies and Lessons for Latin América and the Caribbean, Banco Interamericano de Desarrollo, Working Paper Series 411, octubre de 1999.

fines de lucro. A tenor de la otra, formulada en su Parte III, debían comprometerse a reglamentar muy rígidamente las agencias de colocación privadas, las que debían estar en posesión de una licencia anual renovable a discreción de las autoridades competentes, las que disponían también del poder de controlar o de fijar directamente las tarifas de dichas agencias.

El proceso de revisión del Convenio núm. 96

Si se puede decir que el convenio núm. 96 reflejaba las concepciones prevalecientes en la época en que fue adoptado, también es cierto que no tuvo el éxito que esperaban sus autores. Más de cuarenta años después de su adopción, solamente había sido ratificado por 41 Miembros de la OIT. Más aún, cuatro de ellos, Alemania, Brasil, Finlandia y Suecia, lo denunciaron.

Por otra parte, con el correr de los años fue cada vez más evidente que el convenio era muy insuficiente para regular las diferentes formas de intermediación en el mercado de trabajo. En realidad, contemplaba un sólo tipo de intermediación en el mercado de trabajo, que era la colocación en el sentido estricto del término, es decir la actividad consistente en proporcionar un empleo a un trabajador, o un trabajador a un empleador. Por el contrario, no contemplaba muchas otras formas de intermediación en el mercado de trabajo que fueron apareciendo a lo largo de los años sesenta. Tampoco aclaraba si se aplicaba o no las empresas de trabajo temporal, cuya actividad consistía en suministrar mano de obra a una empresa usuaria, sin que esta última adquiriese la calidad jurídica de empleadora del trabajador; calidad que la agencia de trabajo temporal seguía manteniendo. El trabajo temporal comenzó a ganar creciente importancia a partir de los años sesenta. Según una opinión no vinculante de la Oficina, podía ser considerado como análogo a la colocación en sentido estricto del término; motivo por el cual los Estados miembros que habían ratificado el Convenio debían prohibirlo, si aceptaban su parte II, o reglamentarlo estrictamente, si aceptaban su parte III. Sin embargo a juzgar por la posición de numerosos Estados Miembros de la OIT -que autorizaron el trabajo temporal no obstante haber aceptado las obligaciones de la parte II del Convenio 96- esta opinión de la Oficina resolvía muy insatisfactoriamente la cuestión.

Al propio tiempo se comenzó a reconocer que el monopolio del Estado en la colocación no había dado los resultados esperados. Por otra parte, la intermediación privada en el mercado de trabajo fue adquiriendo creciente legitimidad, sobre todo a partir del momento en que las propias agencias de empleo privadas comenzaron a autodisciplinarse. La propia evolución del mercado de trabajo, que demanda formas de intermediación crecientemente especializadas y sofisticadas que el sector público no ofrece o no puede ofrecer, también contribuyó a que se reconociese la utilidad de la intermediación privada. Por último, casi no es necesario

recordar que las tendencias políticas actuales han venido restringiendo cada vez más las funciones del Estado, atribuyendo funciones crecientes al mercado y al sector privado. Dentro de este contexto ideológico es muy fácil comprender que el monopolio público en la intermediación laboral fuese considerado como una incoherencia con la que había que acabar.

Todas estas evoluciones llevaron a que el Consejo de Administración de la OIT decidiese incluir en el orden del día de la reunión de 1994 de la Conferencia, para una discusión general, un punto sobre *el papel de las agencias de empleo privadas en el funcionamiento de los mercados de trabajo*. El objeto de esta discusión era evaluar la eficacia de las normas de la OIT en la materia y pronunciarse sobre la conveniencia de elaborar nuevas normas o de revisar las existentes.

La discusión de la Conferencia de 1994 concluyó con la recomendación unánime de que había que revisar el convenio núm. 96. A juicio de la Conferencia, el nuevo convenio, que reemplazaría al primero, debería perseguir diversos objetivos, *con miras a crear un entorno que permita un mejor funcionamiento de todas las agencias de empleo*. En particular, debía *elaborar principios generales y proporcionar orientaciones para proteger: i) los mercados de trabajo contra las prácticas reprensibles o inmorales; ii) los intereses de los trabajadores, incluido el caso en que la estabilidad de los sistemas de relaciones laborales puede verse afectada por las prácticas de algunas agencias de empleo privadas, y iii) a los trabajadores contratados en un país para trabajar en otro*.

En seguimiento a las recomendaciones de la Conferencia, se inscribió, en la reunión de 1997, un punto sobre Agencias de Empleo Privadas, con el cometido de adoptar normas internacionales tendentes a revisar el Convenio núm. 96. En esta reunión se adoptaron el convenio (núm. 181) y la Recomendación (núm. 188) sobre las agencias de empleo privadas. El convenio 181, cuyos rasgos esenciales se presentan a continuación implica un viraje de ciento ochenta grados con respecto al Convenio núm. 96, el que quedará cerrado para nuevas ratificaciones a partir del momento en que el primero entrará en vigor. Es muy importante destacar que el convenio fue adoptado tras una profunda discusión en el seno de una comisión técnica tripartita en donde predominó un gran espíritu de consenso, al punto que casi no fue necesario recurrir al voto para dirimir las posiciones encontradas de los sectores empleador y trabajador; de la misma manera la adopción final del convenio fue votada favorablemente por una amplísima mayoría de delegados a la Conferencia.

Rasgos principales del convenio 181

El nuevo convenio se aplica a todas las categorías de trabajadores y a todas las ramas de actividad económica, pero excluye al reclutamiento y colocación de la gente de mar, materia que desde 1920 había sido objeto de un convenio específico adoptado por la reunión marítima de la Conferencia Internacional del Trabajo. En 1996 la reunión marítima de la Conferencia revisó aquel convenio, al adoptar el convenio (núm. 179) sobre la contratación y la colocación de la gente de mar, 1996, el que aún no ha entrado en vigencia.

En contraste con el Convenio núm. 96, el convenio núm. 181 consagra el principio de que la intermediación privada en el mercado de trabajo es una actividad legal y legítima. No obstante, todo Estado que lo ratifique debe comprometerse a respetar un mínimo de obligaciones, con objeto de proteger a los trabajadores. Además, *en determinadas circunstancias* puede prohibir el funcionamiento de agencias de empleo privadas respecto de ciertas categorías de trabajadores, o ramas de actividad; de la misma manera puede excluir a determinadas categorías de trabajadores del ámbito de aplicación del convenio. El convenio no precisa cuáles serán esas *circunstancias determinadas* pero de los trabajos preparatorios surge que se trataría esencialmente de aquellos casos en donde los riesgos de tráfico de mano de obra son muy altos, por lo que puede temer la proliferación de fraudes o abusos. Sin embargo una prohibición general de operar una agencia de empleo privada sería incompatible con el espíritu del convenio.

Nuevas normas sobre el trabajo en régimen de subcontratación

Al mismo tiempo que adoptaba el nuevo convenio sobre agencias de empleo privadas, la reunión de la Conferencia de 1997 discutió en primera lectura sendos proyectos de convenio y de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación. A diferencia de lo sucedido en el debate sobre las agencias de empleo privadas, el relativo a la subcontratación fue bastante conflictivo, comenzando por la misma falta de consenso en torno a la definición de *trabajo en régimen de subcontratación*; definición que es indispensable en el marco de una norma internacional, pues en una medida muy amplia es lo que va a determinar su campo de aplicación. Ya varios años antes la Oficina había advertido sobre las dificultades de conceptualización que enfrentaría la elaboración de una norma internacional sobre este tema, pero ello no fue óbice para que en 1995 el Consejo de Administración de la OIT decidiese inscribirlo en el Orden del Día de la Conferencia de 1997. La discusión también giró en torno de la forma de los instrumentos a adoptar, pues los delegados empleadores se opusieron tajantemente a la adopción de un convenio, proponiendo la adopción de sólo una recomendación. Esta propuesta fue rechazada tras una votación para la que se requería la mayoría simple, por lo que la Conferencia retuvo la idea de adoptar un

convenio y una recomendación. La segunda lectura debe tener lugar en la próxima reunión de la Conferencia, en junio de 1998, debiéndose recordar que para la adopción final de un instrumento internacional -convenio o recomendación - se requiere la mayoría calificada de dos tercios de los delegados acreditados en la Conferencia, con derecho a voto.

A la hora actual no se puede anticipar el resultado de la segunda discusión, como tampoco la forma definitiva que adoptarán el instrumento o los instrumentos, ni su contenido. Sin embargo, a la luz de la primera discusión, se puede anticipar que, de ser adoptados, tendrían incidencia en bastantes aspectos de la intermediación en el mercado de trabajo que no son cubiertos por el convenio 181. Algunos de ellos se presentan a continuación:

Ámbito de aplicación: Las nuevas normas se aplicarían a diferentes formas de trabajo en régimen de subcontratación, el cual ha sido definido de la siguiente manera:

Todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como "empresa usuaria") por una persona (designada como "trabajador en régimen de subcontratación") cuando el trabajo se realiza por el trabajador personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas con respecto a dicha empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación de trabajo según la legislación y la práctica nacionales, y cuando:

- a. el trabajo sea ejecutado conforme a una relación contractual directa entre el trabajador y la empresa usuaria, o*
- b. el trabajador sea puesto a disposición de la empresa usuaria por un subcontratista o un intermediario.*

A tenor de esta definición las nuevas normas se aplicarían a aquellos trabajadores que prestan trabajo subordinado para una *empresa usuaria*, con respecto a la cual no tienen una relación de empleo directa, ya sea porque ha sido disimulada bajo la forma jurídica de una prestación de servicios, o porque se ha interpuesto la figura de un subcontratista que tiene como la empresa usuaria un contrato comercial, o la figura de un *intermediario laboral*. El término *intermediario* también ha sido definido, entendiéndose como tal a *toda persona física o jurídica que pone trabajadores en régimen de subcontratación a disposición de una empresa usuaria sin adquirir la calidad de empleador de esos trabajadores.*

La finalidad de los nuevos instrumentos sería garantizar una protección adecuada a los trabajadores en régimen de subcontratación, promoviendo una política de igualdad de trato entre estos trabajadores y aquellos que sí tienen una relación de trabajo reconocida con la empresa usuaria. Con ese objeto se preconizan distintas medidas, en materias como protección de la remuneración, seguridad y salud, horarios de trabajo, protección de la maternidad, cobertura por la seguridad social y ejercicio de

derechos sindicales. Una de las disposiciones más importantes del proyecto de convenio obligaría a los Miembros que lo han ratificado a *adoptar medidas para garantizar que no se eludan las obligaciones ni se nieguen los derechos previstos en la legislación laboral y de seguridad social cuando se recurra al trabajo en régimen de subcontratación.*

Como ya se indicó, la última palabra sobre estas normas aún no se ha dicho. Incumbe a la próxima reunión de la Conferencia, en junio de 1998, la ardua tarea de zanjar todas las cuestiones que quedaron pendientes después de la primera discusión, en 1997.⁴¹

Capítulo Tres: “¿La Intermediación laboral y la tercerización, desvirtúan el empleo en el Perú?”

¿Es necesaria la eliminación de la intermediación laboral del régimen laboral de la actividad privada? (*)⁴²

Al respecto debe señalarse que la intermediación laboral o subcontratación de personal se configura como una prestación de mano de obra directa o a través de terceros, es decir un destaque de personal muy limitado en nuestro ordenamiento, que únicamente se presenta en supuestos de temporalidad, complementariedad y alta especialización. Distinto en el caso de la tercerización o outsourcing, en el cual una empresa bajo su propia responsabilidad y utilizando su propio personal, presta servicios o ejecuta una obra para un tercero denominado contratante o usuario.⁴³

No obstante las grandes diferencias que existen entre una subcontratación de labores o servicios y una cesión de mano de obra, el legislador laboral peruano, tras legalizar este último mecanismo, comete el error de darles el mismo tratamiento y denominarlos genéricamente “mecanismos de intermediación laboral”. La Ley Nº 27626 extiende su ámbito de aplicación tanto a las empresas de servicios temporales, supuesto evidente de cesión de mano de obra legalizada, como a las empresas de servicios complementarios y especializados, supuestos de subcontratación de servicios.⁴⁴

Con la Ley Nº 27626 se ha potenciado aún mas el ideario legislativo de que la actividad privada se encargue de la intermediación laboral en nuestro país, institución que con el tiempo se ha

⁴¹ Arturo S. Bronstein *La intermediación laboral en las normas de la OIT*, San José, febrero de 1998

⁴² ALVARADO ROMERO: LUIS ALBERTO, Publicado en la Estafeta Jurídica Virtual de la Academia de la Magistratura del Perú. 19/04/2008

⁴³ PUNTRIANO ROSAS Cesar, en *El Outsourcing o Tercerización. Análisis y Comentarios a una herramienta de innegable vigencia en nuestra realidad*, Doctrina especializada, Egacal - 2007

⁴⁴ ARCE ORTIZ, Elmer *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*, Colección Derecho-PUCP, serie Derecho Laboral, Palestra Editores, 2006. Pág. 31

fortalecido por la tercerización de la economía, incesante demanda de mano de obra, precarización del trabajo, subcontratación de la mano de obra, triangulación de ésta, y su repercusión es tal, que la misma O.I.T. se ha encargado de tomar parte directa en este debate. Como fuera, con la intermediación laboral el patrono satisface la necesidad de mano de obra requerida para hacer marchar su empresa dentro de los estándares deseados; para el trabajador, ocupar un empleo temporal, a la espera de que mejores momentos laborales le sonrían en un mundo con tantas carencias de empleo. El Convenio O.I.T. 181 de 1997, que entró en vigencia el 10 de mayo del 2000 “Sobre las Agencias de Empleo Privadas” representa una agresiva transformación del cónclave internacional, bajo determinados parámetros de la actividad privada se encargue también del reclutamiento de la mano de obra, asunto que por décadas había estado en manos públicas.⁴⁵

Seguidamente, se presenta el siguiente cuadro acerca de las características esenciales de la intermediación laboral como de la tercerización:⁴⁶

	Intermediación Laboral	Tercerización (Outsourcing)
Partes	Relación triangular entre la empresa usuaria, la empresa de servicios y el trabajador	Relación entre la empresa contratante y la contratista
Actividad	La empresa de servicios destaca personal a la usuaria para labores complementarias, temporales o especializadas	La empresa contratista se hace cargo de una fase del proceso productivo y cuenta con una organización empresarial propia.
Poder de Dirección	La empresa de servicios cede parte de su poder de dirección (dirección y fiscalización) a la usuaria, mientras que mantiene en poder disciplinario	El poder de dirección la ejerce íntegramente la contratista.
Diferencia esencial	El trabajador destacado tiene dos empleadores: el empleador formal (empresa de servicios) y el empleador real (empresa usuaria)	El trabajador tiene un solo empleador: la contratista.
Elemento típico	Los trabajadores laboran en las instalaciones de la empresa usuaria	Las labores se realizan en las instalaciones de la contratista

La compleja regulación de la intermediación laboral

⁴⁵ GÓMEZ VALDEZ, Francisco Derecho del Trabajo, Relaciones Individuales de Trabajo, 2007. Editorial San Marcos, Pág. 219-220.

⁴⁶ Toyama Miyagusuku, Jorge “La Intermediación Laboral: Regulación y sus relaciones con la tercerización” en el libro Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-2004 Pág. 369.

Las normas que regulan la intermediación laboral suelen presentar un sistema limitado, en tutela de los derechos laborales y en prevención de los abusos en los sistemas de contratación, pues, como ha destacado PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, pueden utilizarse estos mecanismos para “eludir o aligerar sus responsabilidades laborales o de previsión social, promoviendo artificialmente la ficción de una empresa que figura a nombre de una persona (generalmente, un ex empleado); pero que en realidad actúa como un simple intermediario de la empresa principal, que es la auténtica empleadora tanto del que figura como intermediario como de sus empleados”. El contenido de la actual normativa peruana es complejo, contradictorio y que merece ser destacado.⁴⁷

La intermediación laboral y las agencias de colocación

A diferencia del criterio propuesto por la OIT (Convenio sobre Agencias de Empleo Privadas, 1997), estimamos que la actuación de las agencias de colocación no corresponde a un supuesto de intermediación laboral, en la medida que su función se limita a vincular la oferta y la demanda de trabajo, a facilitar la integración laboral del trabajador, a respaldar su movimiento funcional y geográfica, a explorar las necesidades del mercado de trabajo y a informar sobre los empleos disponibles. Cumplida esta labor de conexión, no hay una interposición en el vínculo directo entre la empresa usuaria y el trabajador, quienes pasan a celebrar un contrato de trabajo ordinario.

Así, su actuación es reducida y su implicancia, limitada. Efectuada esta labor de puente entre el trabajador y la empresa, dejan de tener relevancia en el vínculo jurídico establecido directamente entre los protagonistas del contrato de trabajo. Sin embargo es importante destacar que en el informe VI presentado como sexto punto del orden del día en la 85 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1997, que contiene las conclusiones propuestas con miras a un convenio sobre Trabajo en régimen de Subcontratación, se plantea que el término intermediario debería designar a toda persona física o jurídica que pone trabajadores en régimen de subcontratación a disposición de la empresa usuaria, sin adquirir la calidad de empleador de esos trabajadores. No compartimos esta delimitación por cuanto el intermediario, así definido, correspondería mas bien al supuesto ya regulado en el

⁴⁷ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo “Los principios del derecho del trabajo”, 2da edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1978. “Son condiciones más beneficiosas sólo aquellas que hayan sido establecidas con tal carácter, en forma definitiva. Por tanto, aquellas que hayan sido otorgadas tácita o expresamente con carácter provisor, es decir, con vida limitada en el tiempo, no pueden ser invocadas”. (DE la Lama Rivera Joaquín, citado por Plá Rodríguez Américo, los Principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones De palma, 2° edición, 1978, p.65). “un beneficio que se ha prolongado más allá de la circunstancia que le dio origen o que no se haya ligado con ninguna situación transitoria especial, debemos concluir que constituye una condición más beneficiosa que debe ser respetada.” (Plá Rodríguez op.cit.p.66)

Convenio sobre Agencias de Empleo Privadas, 1997, adoptado en esta misma reunión.⁴⁸

⁴⁸ Víctor Ferro Delgado, “La Subcontratación o Intermediación Laboral”, Selección de Textos, Derecho Laboral especial, 2003, PUCP, Pág. 145.