

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

TITULO:

“Hacia una definición del aspecto locativo en el ámbito de aplicación de la tercerización de servicios en el ordenamiento laboral peruano”

Plan de Trabajo y Capítulo I

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Autor: Silvia Emperatriz Rebaza Santa Cruz

Asesor: Guillermo Martín Boza Pro

Código de alumno: 20061081

2017

RESUMEN

Hace solo algunas décadas atrás, el modelo de empresa (y por ende de empleador) era completamente distinto a nivel mundial. Así, la gran mayoría de empresas se encargaban de realizar el íntegro de sus ciclos productivos y haciendo uso para ello de sus propios trabajadores. No obstante, con el desarrollo global y los avances empresariales, han aparecido distintas figuras complejas para la estructuración y descentralización de la empresa. Una de estas es la tercerización.

Se encuentran dentro del ámbito de la Ley de Tercerización para nuestro país únicamente aquellos casos en los que la tercerización de una actividad principal de la Empresa se produzca con el *“desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de la empresa principal”*. Por tanto, se advierte la existencia de dos ámbitos fundamentales dentro del tema de la tercerización de servicios: Un ámbito temporal, relativo a lo que se entiende por desplazamiento “continuo”, y otro ámbito denominado espacial o locativo, relativo al lugar donde se realizará dicho desplazamiento, es decir a los centros de trabajo o centros de operaciones de las Empresas

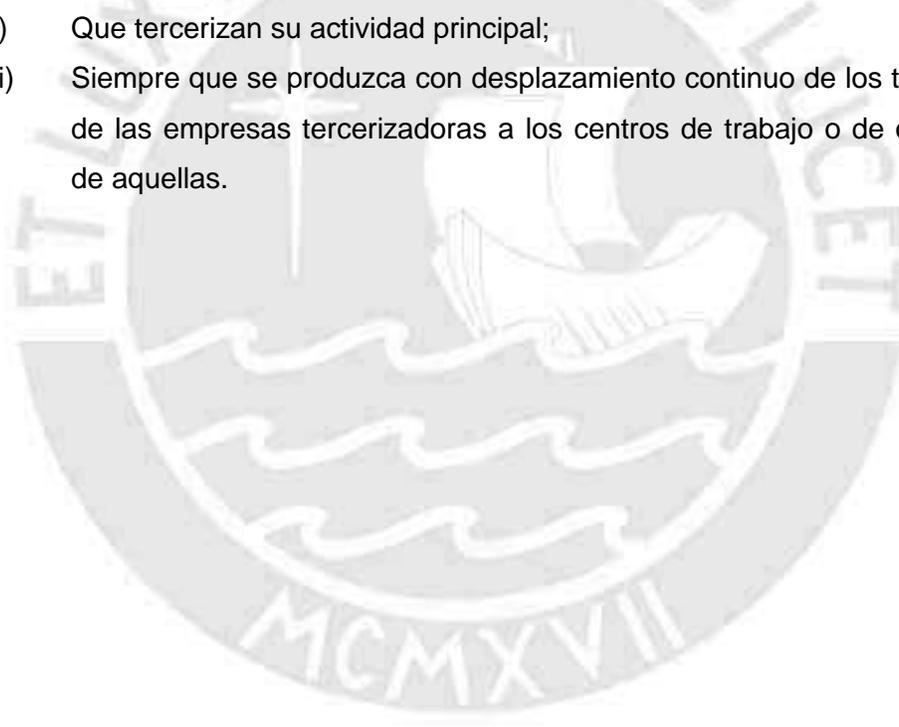
Es en este último aspecto en donde continuamente encontramos dudas con respecto a cuales han sido las intenciones del legislador peruano al momento de establecer un ámbito locativo para la tercerización, dejando fuera de regulación a la tercerización realizada sin desplazamiento. Además, de igual modo, también existen dudas con respecto a los alcances de la norma de tercerización, pues no existe una clara definición de lo que debe entenderse por “centro de operaciones” y, por ende, no existe una formula clara para poder determinar cuándo nos encontramos frente a una tercerización dentro del ámbito de la ley, y cuándo nos encontramos fuera de ésta.

A través del presente trabajo pretendemos intentar aclarar el panorama de la tercerización en nuestro ordenamiento jurídico, y específicamente el ámbito locativo de la misma, con la finalidad de poder contribuir en brindar una definición más acuciosa sobre lo que implica el *“desplazamiento al centro de trabajo o centro de operaciones de la empresa principal”*, así como, en base a ello, intentar delimitar claramente los alcances de la ley de tercerización en nuestro país.

Con respecto al Capítulo Uno, trabajado en el curso de Seminario de Trabajo Académico 2, se define la figura de la subcontratación y la figura de la tercerización de servicios en el Perú, para lo cual se delimita conceptualmente términos como subcontratación, tercerización y sus principales diferencias con la Intermediación.

De otro lado, con respecto a la tercerización de forma específica, se evalúa la importancia de los efectos de la Ley N° 29245 así como el ámbito de aplicación de ésta. Este último punto resulta relevante pues es a través del cual se fundamenta el tema de la investigación, debiendo tenerse presente que de acuerdo al artículo 2° de la Ley N° 29245, el ámbito de aplicación de la Tercerización comprende:

- (i) A las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada;
- (ii) Que tercerizan su actividad principal;
- (iii) Siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.



PLAN DE TRABAJO

I. TEMA

“Hacia una definición del aspecto locativo en el ámbito de aplicación de la tercerización de servicios en el ordenamiento laboral peruano”

II. PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Hace solo algunas décadas atrás, el modelo de empresa (y por ende de empleador) era completamente distinto a nivel mundial. Así, la gran mayoría de empresas se encargaban de realizar el íntegro de sus ciclos productivos y haciendo uso para ello de sus propios trabajadores. No obstante, con el desarrollo global y los avances empresariales, han aparecido distintas figuras complejas para la estructuración y descentralización de la empresa, las cuales se diferencian notablemente del modelo taylorista de empresa tradicional. Uno de estos “fenómenos empresariales” es precisamente la subcontratación.

La subcontratación es definida como *“la principal manifestación de los procesos de descentralización productiva que tiene como principal ventaja constituir una fórmula idónea para desintegrar la producción de una empresa en diversas colaboraciones exteriores a ella, donde terceros (contratistas) asumen con sus propios recursos las labores encomendadas por la empresa principal. De ahí que entendamos por subcontratación a la decisión de una empresa (denominada principal) de desprenderse de una parte de su unidad productiva a fin que sea asumida por un tercero (denominado contratista)”*¹.

En nuestro país esta figura viene a encontrarse regulada por la Ley de Tercerización de Servicios, Ley N 29245, y su Reglamento. Es a través de estas normas que se define lo que se entenderá como “tercerización” para nuestro país, así como también los alcances y características de dicha figura. Así, de acuerdo a lo establecido por el artículo 2 del DS 006-2008-TR:

¹ UGAZ OLIVARES, Mauro. La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de libertad de sindicación. En: Compendio de Derecho Colectivo del Trabajo. Lima: Ius Et Veritas, 2010. Pp. 295-318.

“El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas. (...)”

Los contratos y figuras empresariales que se encuentran regulados en el artículo 3º de la Ley configuran supuestos de tercerización cuando se realizan de acuerdo con las definiciones de la Ley y del presente reglamento.

Los mecanismos de vinculación empresarial como la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la Ley”.

Así, se aprecia que se encontrarán dentro del ámbito de la Ley de Tercerización para nuestro país únicamente aquellos casos en los que la tercerización de una actividad principal de la Empresa se produzca con el “*desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de la empresa principal*”. Por tanto, se advierte la existencia de dos ámbitos fundamentales dentro del tema de la tercerización de servicios: Un ámbito temporal, relativo a lo que se entiende por desplazamiento “continuo”, y otro ámbito denominado espacial o locativo, relativo al lugar donde se realizará dicho desplazamiento, es decir a los centros de trabajo o centros de operaciones de las Empresas

Es en este último aspecto en donde continuamente encontramos dudas con respecto a cuales han sido las intenciones del legislador peruano al momento de establecer un ámbito locativo para la tercerización, dejando fuera de regulación a la tercerización realizada sin desplazamiento. Además, de igual modo, también existen dudas con respecto a los alcances de la norma de tercerización, pues no existe una clara definición de lo que debe entenderse por “centro de operaciones” y, por ende, no existe una formula clara para poder determinar cuándo nos encontramos frente a una tercerización dentro del ámbito de la ley, y cuándo nos encontramos fuera de ésta.

El problema adquiere una mayor dimensión si tenemos en cuenta los grandes avances de la globalización y del derecho laboral, así como también la complejidad en las relaciones laborales, en las cuales se vienen implementando nuevas tecnologías que día a día permiten a más trabajadores prestar servicios subordinados o dependientes sin necesidad siquiera de prestar servicios dentro del centro de trabajo de su empleador (pensemos en el teletrabajo, por ejemplo). O actividades en las cuales el

trabajo se realizará necesariamente en campo y no en una oficina, por el propio giro del negocio de la empresa para la cual se presta servicios.

Así, por tanto, a través del presente trabajo pretendemos intentar aclarar el panorama de la tercerización en nuestro ordenamiento jurídico, y específicamente el ámbito locativo de la misma, con la finalidad de poder contribuir en brindar una definición más acuciosa sobre lo que implica el “*desplazamiento al centro de trabajo o centro de operaciones de la empresa principal*”, así como, en base a ello, intentar delimitar claramente los alcances de la ley de tercerización en nuestro país.

III. **OBJETIVOS**

3.1. **Objetivo General**

A través del presente trabajo pretendemos definir y profundizar en el aspecto locativo (o espacial) de la tercerización de servicios, pretendiendo otorgar un mayor contenido a dicho aspecto así como también los alcances de la ley de tercerización al poder definir claramente qué se debe entender por centro de trabajo y por centro de operaciones. Esto también nos permitirá definir de forma precisa cuándo nos encontramos dentro o fuera del ámbito de la ley de tercerización de servicios (y por ende cuando deben operar las obligaciones y derechos establecidos por la Ley N 29245).

3.2. **Objetivos específicos**

- Definir los conceptos de “centro de trabajo” y “centro de operaciones”.
- Analizar el ámbito locativo de la tercerización conceptual y comparativamente con otras legislaciones.
- Analizar los retos de la tercerización de servicios en su aspecto locativo, de cara a las mejoras tecnológicas y globales en el mundo laboral de hoy en día.
- Proponer aspectos de mejora en la ley de tercerización, especialmente en cuanto al ámbito de aplicación de la misma y su ámbito locativo.

IV. **ESTADO DE LA CUESTIÓN**

En nuestro país la subcontratación se encuentra regulada plenamente recién en la Ley de Tercerización Ley N° 29245, publicada el 26 de junio de 2008, si bien en la Ley de Intermediación Ley N° 27626 ya se habían introducido algunos conceptos de Tercerización.

De acuerdo al artículo 2° de la Ley N° 29245, se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Además, señala que constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros: (i) La pluralidad de clientes; (ii) Que cuente con equipamiento; (iii) La inversión de capital; y (iv) La retribución por obra o servicio.

Sin embargo, es el artículo 2° del Reglamento el que precisa el ámbito de la Tercerización, señalando que comprende: (i) A las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada; (ii) Que tercerizan su actividad principal; y (iii) Siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.

De esta forma, dentro del ámbito de la Ley N° 29245 únicamente se encuentra la tercerización de actividades principales, entendidas como aquellas que son consustanciales al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el desarrollo del mismo, y además se encontrará también dentro de esta ámbito a la tercerización que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores, entendido como el traslado del trabajadores de la empresa tercerizadora al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal.

De acuerdo al artículo 1 del DS 006-2008-TR, se define el “Centro de Trabajo” en los siguientes términos:

“Es el lugar o lugares donde se encuentran las instalaciones de la empresa principal a la que es desplazado el trabajador de la empresa tercerizadora, bajo las órdenes exclusivas de su empleador”.

Por su parte, se define el “Centro de Operaciones” en los siguientes términos:

“Es el lugar o lugares determinados por la empresa principal que se encuentran fuera del centro de trabajo de aquella, donde el trabajador desplazado realiza sus labores, bajo las órdenes exclusivas de su empleador”.

De otro lado, con respecto a la Desnaturalización de la Tercerización, el artículo 5° de la Ley señala que los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos de la Tercerización y que impliquen una simple provisión de personal originarán la desnaturalización de la relación, cuya consecuencia será que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del Registro de Empresas Tercerizadoras al que se refiere el artículo 8° de la Ley.

Así también lo recoge el Reglamento, el cual precisa de forma más detallada las acciones que constituirán la Desnaturalización de la relación, cuando en su artículo 5° establece:

“Se produce la desnaturalización de la tercerización:

- a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.*
- b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.*
- c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.”*

Este breve marco resulta de vital importancia para efectos de nuestro trabajo, en la medida que se establece el ámbito de aplicación de la Ley de Tercerización así como lo que actualmente constituye la definición del ámbito locativo de dicha figura.

Como se puede advertir, los límites de dicho ámbito locativo no se encuentran definidos, siendo por el contrario muy escuetos, de forma que se evidencia la necesidad de precisar los alcances y limitaciones de éste.

Ahora bien, la importancia en la determinación del ámbito de aplicación de la ley de tercerización radica en que es en atención a los criterios que se usen para definirlo que podremos determinar caso por caso cuándo nos encontramos frente a una tercerización dentro del ámbito de la ley, y por tanto con las obligaciones y derechos para las empresas y los trabajadores que formen parte de esta figura, y de igual modo cuándo nos encontramos fuera del ámbito de la ley y no se aplicarán dichos derechos y obligaciones.

Con respecto al ámbito de aplicación de las normas de tercerización (aspecto temporal y/o locativo de la tercerización) hemos podido encontrar la siguiente información referente a nuestra legislación y otras legislaciones del derecho comparado:

PERÚ

De acuerdo al artículo 2 el DS 006-2008-TR, Reglamento de la Ley de Tercerización de Servicios:

“El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas (...).”

Así, en Perú existen dos aspectos a tener en cuenta al momento de aplicar a los derechos y responsabilidades contenidos en la norma de la materia: Un aspecto temporal (al señalarse que el desplazamiento será continuo) y un aspecto espacial o locativo (al señalarse que se aplicará únicamente en los casos en los que el desplazamiento se produzca a los centros de trabajo o de operaciones de la empresa principal)

De acuerdo al artículo 6° del Reglamento de la Ley de Tercerización, se configurará la continuidad del desplazamiento cuando:

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

Con respecto al ámbito locativo o espacial, la norma establece que se producirá cuando el desplazamiento se produzca al centro de trabajo o centro de operaciones de la empresa principal, definiendo estos de la siguiente forma, de acuerdo al artículo 1 del mencionado Reglamento:

“Centro de Trabajo.- El lugar o lugares donde se encuentran las instalaciones de la empresa principal a la que es desplazado el trabajador de la empresa tercerizadora, bajo las órdenes exclusivas de su empleador”.

“Centro de Operaciones.- El lugar o lugares determinados por la empresa principal que se encuentran fuera del centro de trabajo de aquella, donde el trabajador desplazado realiza sus labores, bajo las órdenes exclusivas de su empleador”.

Como hemos señalado, si bien el aspecto temporal se encuentra claramente definido, el aspecto locativo o espacial no ha seguido la misma suerte ya que ni la jurisprudencia ni la doctrina nacional han determinado de forma más precisa que se entiende por el concepto de “Centro de Operaciones”.

No obstante, es a través del Informe N 49-2009-MTPE/9.11012 de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo que se determina qué se entiende por el concepto de “Centro de Operaciones” para los efectos de la Ley N° 29245. Así, de acuerdo a dicho Informe la calificación de los centros de operaciones como tales depende de la aplicación de los siguientes criterios:

- a) Que se trate de lugares sobre los cuales el empresario principal ejerza poder de disposición.
- b) Que la ejecución de la tercerización en dichos lugares permita la plena identificación del empresario principal en favor de quien se están llevando a cabo las labores adscritas a la contrata.

ESPAÑA

En la legislación española no existe una diferenciación expresa entre subcontratación con desplazamiento o sin desplazamiento de personal. Esta diferenciación en principio no es tomada en consideración para efectos de la aplicación del marco legal de las contratas, como por ejemplo la responsabilidad solidaria contenida en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, pues de acuerdo a ésta:

“Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la seguridad social. Al efecto recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la entidad gestora, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de 30 días improrrogables. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la seguridad social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la seguridad social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial’.

Así, por ejemplo el elemento locativo (referido al lugar donde se ejecuta la contrata) únicamente tiene efectos para aspectos como responsabilidad frente a prevención de riesgos laborales. De acuerdo al artículo 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales:

“Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.”

Es en este punto que la jurisprudencia y doctrina española han realizado interesantes definiciones y aproximaciones con respecto a lo que significa el “centro de trabajo”. Así por ejemplo tenemos las siguientes definiciones sobre el aspecto locativo:

“Alude a todos aquellos emplazamientos geográficos sobre los que la empresa principal ostenta cierto poder de disposición, por cualquier título y a los que alcanza su poder de dirección y organización con independencia de que aquellos merezcan o no la calificación técnicojurídica de centro de trabajo”²

“Es preciso definir centro de trabajo, que no debe interpretarse de manera estricta conforme al artículo 1.5 ET, entendiéndose como tal, según la definición ofrecida por la normativa internacional, comunitaria, preventiva y jurisprudencial, a todo ámbito geográfico que está bajo el poder de dirección y organización del empresario principal”³

Con respecto a jurisprudencia, tenemos lo establecido por el Tribunal Supremo española través de la STS del 18 de abril de 1992, el cual con respecto a las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales entre empresas principales y contratadas expuso las siguientes consideraciones con respecto a lo que se considera ‘lugar de trabajo’:

“Siendo el objeto principal de FECSA la producción de energía eléctrica y siendo de su pertenencia las líneas de tendido eléctrico correspondientes, es obvio que la reparación mantenimiento de esas líneas se comprende en el área de la «propia actividad» de esta empresa (...) Aunque esas líneas se encuentran, lógicamente, en el campo y el aire libre, son sin duda instalaciones propias de dicha empresa FECSA, (...) de esto se desprende de un lado que una interpretación racional y lógica obliga a equiparar estas instalaciones a la idea de «centro de trabajo» que se maneja en los preceptos antes citados, y de otro lado resulta clara la responsabilidad de FECSA en el siniestro que ha dado lugar a este proceso”.

De igual modo, luego de realizar un análisis de distintas sentencias en la materia, la autora española Raquel Serrano concluye que todas estas *“versan sobre supuestos en que el lugar de ejecución de la contratada se corresponde con los lugares o centros de trabajo de la empresa principal – incluyéndose aquí las actividades externas que se desarrollan en todo o en parte en lugares sobre los que la empresa principal ostenta*

² SERRANO OLIVARES, Raquel. “El elemento locativo en el ámbito de las contratadas y subcontratadas de obras y servicios”. Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica. Número 2. 2000. Pp. 316.

³ KAHALE CARRILLO, Diamil. Descentralización Productiva y Ordenamiento Laboral: Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas. Navarra: Editorial Aranzandi, 2001. Pp. 101.

cierto poder de disposición – por ejemplo, el mantenimiento de líneas eléctricas, la limpieza y el mantenimiento de parques y jardines o la recogida de basuras y restos de jardinería, así como las actividades externas que cuentan como base de operaciones, lugares o centros de trabajo de la empresa principal –por ejemplo, las actividades de transporte-, salvo aquellas actividades que por su propia naturaleza se desarrollan en localizaciones sobre las que el empresario ni ostenta ni puede ostentar poder de disposición alguno –así el servicio de ayuda a domicilio o la lectura de contadores a domicilio”⁴.

CHILE

A diferencia de lo que ocurre en Perú, el ámbito de aplicación de las normas y responsabilidades de la tercerización en Chile se encuentra ceñido únicamente al aspecto temporal y no al locativo. Es decir, para Chile la tercerización regulada es aquella que se presta de forma habitual por la empresa tercerizadora a la empresa principal, independientemente de si el servicio se ha prestado o no dentro o fuera del centro de trabajo de la principal.

De acuerdo al artículo 183-A del Código de Trabajo de Chile:

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

Esta norma es precisada por el Dictamen ORD. N°0141/005, el cual fija sentido y alcance de los artículos 183-A, 183-B, 183-C y 183-D del Código del Trabajo, incorporados por la Ley N°20.123. Así, en el Punto 1.1. el Dictamen establece:

⁴ SERRANO OLIVARES, Raquel. “El elemento locativo en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras y servicios”. Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica. Número 2. 2000. Pp. 326-328.

“(...) En opinión de esta Dirección, estarán afectas a la citada normativa las obras o labores que el trabajador deba realizar para la empresa principal cuando éstas implican permanencia, habitualidad, periodicidad o alguna secuencia en el tiempo, careciendo de incidencia para estos efectos la duración del vínculo contractual que une al contratista con la empresa principal.

Ello autoriza para sostener que, si no se da una situación como la ya señalada, vale decir, si las obras o labores que corresponde ejecutar al trabajador revisten el carácter de ocasionales, discontinuas o esporádicas, no se deriva para la empresa que encarga la respectiva obra o servicio, la responsabilidad solidaria o subsidiaria, en su caso, que asiste al dueño de la obra, empresa o faena, en conformidad a los artículos 183-B y 183-D del Código del Trabajo.

(...)

La propuesta se funda en que el criterio que mejor posibilita determinar con certeza la presencia de trabajo en régimen de subcontratación es el de la habitualidad. Es la permanencia en el tiempo de las labores desarrolladas por los dependientes del contratista para la persona o empresa principal, la que determina la aplicación del estatuto propuesto para el trabajo en régimen de subcontratación, sea que se trate de ejecutar obras o de prestar servicios.

Lo verdaderamente relevante, entonces, para determinar si a una obra o servicio les resulta aplicable el estatuto de subcontratación, es determinar previamente la habitualidad y permanencia en el desempeño de su labor para la empresa principal"

Posteriormente, en el Punto 1.2. del Dictamen se determina expresamente que lo importante para el ámbito de aplicación es el aspecto temporal de la tercerización y no el aspecto locativo, cuando al mencionar los requisitos de la tercerización (subcontratación) establecen lo siguiente:

“Precisado entonces que el régimen de subcontratación sólo opera en caso de prestaciones que impliquen habitualidad o permanencia , cabe referirse a los requisitos que al efecto establece el inciso 1º del artículo 183-A, cuales son :

a) Que el dependiente labore para un empleador, denominado contratista o subcontratista, en virtud de un contrato de trabajo.

b) Que la empresa principal sea la dueña de la obra, empresa o faena en que se desarrollen los servicios o se ejecuten las obras objeto de la subcontratación.

c) Que exista un acuerdo contractual entre el contratista y la empresa principal dueña de la obra o faena, conforme al cual aquél se obliga a ejecutar, por su cuenta y riesgo, obras o servicios para esta última, y

d) Que las señaladas obras o servicios sean ejecutadas por el contratista con trabajadores de su dependencia.

En lo que concierne al requisito establecido en la letra b), es necesario precisar que existirá subcontratación, tanto si las obras o servicios que ejecutan los trabajadores del contratista se desarrollan en las instalaciones o espacios físicos propios de la persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, como fuera de éstos.

En efecto, el análisis de la historia fidedigna del establecimiento de la ley N°20.123, norma de interpretación legal prevista en el artículo 19, inciso 2º, del Código Civil, permite sostener que carece de incidencia para los señalados efectos, el lugar en que deban desempeñarse los trabajadores del contratista. (Subrayado nuestro).

URUGUAY

En igual sentido que el caso chileno, para los uruguayos no importará si los servicios se realizan dentro o fuera del centro de trabajo (o de operaciones) de la empresa principal.

Así de acuerdo al artículo 1 de la Ley 18.251 tenemos que:

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

V. METODOLOGÍA

Para efectos del presente trabajado, se pretende revisar de manera exhaustiva la figura de la tercerización en el marco de lo establecido por los organismos internacionales así como el derecho comparado, a efectos de poder entender dicha figura y poder dar mayor contenido al concepto del ámbito locativo en nuestro país.

De igual modo, se revisarán informes del Ministerio de Trabajo o Sentencias judiciales, para en base a dichas fuentes poder también intentar suplir cualquier vacío existente con respecto a definición y alcances del ámbito locativo de la tercerización de servicios.

Finalmente, resulta imperioso utilizar las herramientas de interpretación sistemática del ordenamiento en conjunto así como también los principios del derecho laboral a efectos de poder definir este aspecto de la tercerización.

VI. ESQUEMA PROPUESTO

A continuación presentamos a rasgos generales nuestro esquema tentativo propuesto, el mismo que se encontrará sujeto a variación conforme se vaya profundizando en la investigación del tema escogido:

1. Introducción
2. **CAPITULO I:** La subcontratación y la figura de la tercerización de servicios en el Perú
 - 1.1. Delimitación conceptual de subcontratación, tercerización y principales diferencias con la Intermediación
 - 1.2. La tercerización en el Perú:
 - 1.2.1. Importancia de efectos de la Ley N 29245
 - 1.2.2. Ámbito de aplicación
3. **CAPITULO II:** El ámbito locativo de la tercerización de servicios: Hacia una definición jurídica de los alcances de la Ley de Tercerización

- 2.1. La importancia del ámbito espacial y locativo de la tercerización de servicios en el Perú
- 2.2. Sobre la definición de “Centro de Trabajo” para efectos de la Ley de Tercerización
- 2.3. Sobre la definición de “Centro de Operaciones” para efectos de la Ley de Tercerización
- 2.4. Otras limitaciones del ámbito locativo de la tercerización de servicios en el ordenamiento peruano y aspectos controversiales.

4. Conclusiones y Recomendaciones

5. Bibliografía

VII. **BIBLIOGRAFÍA BÁSICA**

- ARCE ORTIZ, Elmer.
2006 “Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú”.
Palestra: Lima. Pp. 8.
- BAYLOS GRAU, Antonio.
 - “El paradigma productivo de la descentralización: La subcontratación de servicios como forma de organización empresarial”.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús.
1994 “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. En:
Revista de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, Número 13. Pp. 8.
- DEL REY GUANTER, Salvador Y GALA DURAN, Carolina.
2000 “Trabajo autónomo y descentralización productiva. Nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia”. Relaciones Laborales N 7-8.
- DOLORIER TORRES, Javier
2008 “¿Es constitucional la Ley que regula los servicios de Tercerización?”.
Actualidad Jurídica, Número 175. Pp. 17-21.

- ERMIDA URIARTE, Oscar.
1984 "La teoría clásica de la empresa". En: Catorce Estudios sobre la Empresa.
Ed. Acali: Montevideo. Pp. 70.
- GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo
2008 "Tercerización de Servicios: Análisis de la anterior y actual legislación".
Actualidad Jurídica, Número 175. Pp. 45-50.
- GARCÍA CHAVARRY, Abraham
2008 Acusación Constitucional y Debido Proceso. Lima: Jurista Editores.
- GARMENDIA ARIGON, Mario y GAUTHIER, Gustavo
2012 "Tercerizaciones". Fundación de Cultura Universitaria: Montevideo.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan
2007 La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva.
Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad.
- GORELLI HERNANDEZ, Juan
2007 "La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva".
Grupo Difusión: Sevilla. Pp. 182.
- KAHALE CARRILLO, Diamil
2011 Descentralización Productiva y Ordenamiento Laboral: Un estudio sobre
la contratación externa de actividades descentralizadas. Navarra:
Editorial Aranzandi.
- MORALES CORRALES, Pedro
2009 "Primacía de la Realidad, Intermediación Laboral y Tercerización de
Servicios: Su aplicación en el origen, desarrollo y finalización de las
actuaciones inspectivas". Alcances y Eficacia del Derecho del Trabajo:
Tercerización, Inspección y Derechos Colectivos. Tercer Congreso
Nacional de la SPDTS.
- PAREDEZ NEYRA, Iván
2008 "Tercerización de Servicios: Análisis de la anterior y actual legislación".
Actualidad Jurídica, Número 175. Pp. 31-36.

- PUNTRIANO ROSAS, César
2008 “Tercerización de Servicios: Análisis de la anterior y actual legislación”.
Actualidad Jurídica, Número 175. Pp. 23-29.

- PUNTRIANO ROSAS, César.
2011 “Los efectos de la subcontratación en las relaciones laborales: Análisis
de la Responsabilidad Solidaria como mecanismo de tutela”. En:
Derecho & Sociedad N 37, Lima. Pp. 153.

- SALMON, Elizabeth y CRISTINA Blanco
2012 El Derecho al Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos. Lima: IDEHPUCP.

- SERRANO OLIVARES, Raquel
2000 “El elemento locativo en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de
obras y servicios”. Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y
Práctica. Número 2. Pp. 315-336.

- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge
2008 “Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias”.
Derecho & Sociedad, Año 19, N° 30. Pp. 84-103.

- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge
2015 El Derecho Individual del Trabajo en el Perú: Un enfoque teórico-
práctico. Lima: Gaceta Jurídica.

- UGAZ OLIVARES, Mauro
2010 “La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de libertad de
sindicación”. En: Compendio de Derecho Colectivo de Trabajo. Lima:
Ius Et Veritas. Pp. 295-318.

CAPÍTULO I:
LA SUBCONTRATACIÓN Y LA FIGURA DE LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS
EN EL PERÚ

1.1. Delimitación conceptual de subcontratación, tercerización y principales diferencias con la Intermediación Laboral

Es ampliamente reconocido que ninguna norma puede permanecer invariable en el tiempo. Así, se adaptará a las nuevas coyunturas y situaciones que surjan con el transcurrir de los años y el desarrollo de la humanidad, pudiendo progresar e innovarse con el tiempo o, por el contrario, convertirse en obsoleta y, por tanto, derogable. En el derecho laboral, estas transformaciones vienen principalmente de la mano del desarrollo industrial así como de los nuevos modelos económicos que llevan consigo la necesidad de renovar las normas laborales en tanto deban ajustarse a nuevas realidades.

Dentro del concepto original de empresa, en virtud del cual se forjó el derecho laboral, se entendía principalmente la relación entre dos actores: Uno, que representaba a la empresa y que para poder llevar a cabo sus objetivos requería de la fuerza laboral, y otro, que en atención a sus necesidades requería prestar un servicio que le asegurase una retribución para sobrevivir. Por tanto, resultaba simple en base a dicha estructura poder determinar los derechos y obligaciones de las partes, al tratarse de una relación directa.

En efecto, de acuerdo a la teoría clásica de la empresa, esta *“consiste en una sumatoria de elementos fundamentales y que, sintéticamente, puede presentarse de la siguiente manera: una persona (física o jurídica), que ostenta la titularidad del derecho de propiedad sobre determinados bienes que son necesarios para desarrollar un cierto objeto económico, contrata trabajo ajeno para llevar a cabo un emprendimiento bajo su riesgo exclusivo y, por este motivo, se constituye en única responsable de dicha explotación. Esa persona posee además un poder de dirección sobre el trabajo ajeno que utiliza, cuyo fundamento o legitimidad se presenta como una consecuencia lógica y natural de los anteriores elementos”*. [GARMENDIA ARIGON 2012:21].

Por tanto, el derecho de trabajo fue originalmente concebido para regular aquellos aspectos característicos de este tipo de relación laboral. Debe recordarse que, como bien lo señalara el Dr. Oscar Ermida Uriarte, existen cuatro claves fundamentales sobre las cuales se constituyó esta teoría clásica de empresa y que por tanto son las que dieron origen al modelo de regulación jurídica de la relación laboral: El conflicto de intereses; el predominio del capital; la ajenidad como característica principal de la organización del trabajo y el carácter fungible o intercambiable de los trabajadores. [ERMIDA 1984:70]

Sin embargo, con el desarrollo global y los avances empresariales, aparecieron distintas figuras complejas para la estructuración y descentralización de una empresa que se diferencian notablemente del modelo taylorista de empresa tradicional, en la cual una misma empresa desarrollaba todo el ciclo productivo de la misma. Nos referimos precisamente a la descentralización productiva.

Se puede definir a la descentralización productiva como *“una forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo; en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas formas o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo”*. [CRUZ 1994:08].

Son muchas las causas que originaron la variación del arquetipo original de trabajo, empresa y relación laboral, no obstante resulta consensuado que el motivo principal en la variación del modelo original de empresa y relación laboral se dio como consecuencia de la búsqueda de eficacia y eficiencia en la empresa, así como las posibilidades en ahorro de sobrecostos y/o el *expertise* de otros terceros para realizar determinadas partes del proceso productivo.

En efecto, esta descentralización productiva *“ha implicado para las empresas la externalización hacia terceros de componentes cada vez más numerosos e importantes de su ciclo productivo, incluidos aquellos pertenecientes a aspectos esenciales de su propia actividad empresarial. Entendiendo por descentralización, por tanto, toda externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que*

previamente se desarrollaban por una misma empresa. Fenómeno que, por otra parte, está teniendo un desarrollo constante en los últimos años”. [DEL REY 2000:75].

Pensemos por ejemplo en una empresa que se dedica a la elaboración y venta de camisas diversas. Bajo el concepto original de empresa y por tanto de relación laboral, el empleador debía ocuparse de todo el proceso productivo para la elaboración de dicha camisa, desde el diseño de la misma hasta su distribución a los puntos de venta. De igual modo, con respecto a sus trabajadores, dicha empresa tendrá un gran número de trabajadores a su cargo, a efectos de poder realizar todas las operaciones requeridas para poder llegar a vender las camisas que fabrica.

Sin embargo, con la descentralización productiva se permite que dicho empleador, que antes se encontraba a cargo de todo el proceso productivo, pueda ahora delegar partes de dicho proceso a otros terceros que puedan tener un mayor conocimiento o técnicas de elaboración de distintas partes de la producción, permitiendo también la disminución de costos administrativos así como laborales, dado que los terceros realizan su parte de la producción de forma autónoma. Así, por ejemplo, se podrá encargar la elaboración de los botones a una empresa y la distribución de las camisas a otra, siendo dichas actividades ya no realizadas por la empresa principal.

Si bien es cierto la descentralización productiva puede representarse en distintas formas, la figura antes mencionada corresponde al fenómeno de la subcontratación.

Se podrá definir a la subcontratación como *“la principal manifestación de los procesos de descentralización productiva que tiene como principal ventaja constituir una fórmula idónea para desintegrar la producción de una empresa en diversas colaboraciones exteriores a ella, donde terceros (contratistas) asumen con sus propios recursos las labores encomendadas por la empresa principal. De ahí que entendamos por subcontratación a la decisión de una empresa (denominada principal) de desprenderse de una parte de su unidad productiva a fin que sea asumida por un tercero (denominado contratista)” [UGAZ Pp. 295].*

También puede definirse de manera general como *“todos los mecanismos de colaboración que se establecen entre distintas organizaciones empresariales (por ejemplo, la empresa A decide despreocuparse de una unidad de su ciclo productivo y encarga a otra empresa, a la que llamaremos B, la realización de un servicio o la producción de un bien)” [ARCE 2006:08].*

Así pues, tenemos que la subcontratación es una de las formas de descentralización productiva más importantes, sin embargo no es la única. También podemos encontrar como otra forma de descentralización productiva a la figura de la Intermediación laboral (o Interposición en otras legislaciones).

Independientemente de las denominaciones que puedan tener las figuras de la tercerización e intermediación en las distintas legislaciones que las recogen así como en la doctrina, consideramos fundamental establecer las características de estas dos formas de descentralización productiva, a efectos de poder arribar a un concepto unánime de las figuras, aún cuando la denominación de estas pueda variar en atención a la doctrina y legislación comparada.

Con respecto a la Intermediación de Servicios, nos encontramos frente a una figura en la cual una empresa decide contratar a otra para que le brinde un servicio de cesión de mano de obra. Así, una empresa denominada usuaria contratará a otra empresa denominada intermediadora para que ésta última traslade a sus trabajadores a efectos de prestar servicios en la empresa usuaria, manteniéndose dichos trabajadores en la planilla de la empresa intermediadora.

Esta figura conceptualmente establecida implicaría únicamente la mera cesión de mano de obra. Es por este motivo que en distintas legislaciones se denomina a la figura como "Interposición", mientras que la denominación de "Intermediación" generalmente va ligada a aquellos casos en los cuales una agencia de trabajo conecta a empleador y trabajador, sin que éste último mantenga una relación laboral con la agencia de intermediación. Sin embargo, a pesar de las denominaciones establecidas en el derecho comparado, en nuestra legislación se ha denominado "Intermediación" a la cesión de mano de obra de una empresa intermediadora que se encuentra en calidad de empleadora de aquellos trabajadores que son destacados para prestar servicios a favor de la empresa usuaria.

Así, por ejemplo nos encontraremos en este caso cuando se decide intermediar servicios temporales, como por ejemplo frente a requerimientos de suplencia, en los cuales temporalmente un trabajador de la empresa intermediadora cubrirá un puesto de trabajo de la empresa usuaria mientras el trabajador original de dicho puesto se reincorpora a ella. Como se advierte, en esta figura no existe mayor servicio por parte

de la intermediadora que la cesión de mano de obra, pues incluso el poder de dirección del trabajador en este caso se encontraría en manos de la empresa usuaria.

De otro lado, en el caso de la tercerización de servicios u outsourcing nos encontramos ante una figura mediante la cual una empresa, denominada empresa principal, decide encargar a una empresa contratista la ejecución integral de una unidad productiva o proceso de producción, a efectos de que esta última ejecute el servicio con sus propios medios, lo cual incluye no solo a sus propios trabajadores sino que también sus propias herramientas, know-how y por su cuenta y riesgo.

Así pues, tenemos que, a diferencia de la figura de la intermediación de servicios, en la tercerización no nos encontramos frente a una simple cesión de mano de obra, sino que se trata del encargo de la realización integral de una parte del negocio por parte de una empresa distinta.

Cabe destacar que se considerará tercerización tanto a los servicios brindados con desplazamiento al centro de trabajo de la empresa principal como a los casos en los cuales el servicio será brindado por la empresa tercerizadora en su propio centro de trabajo, es decir, sin desplazamiento.

Además, en la legislación comparada será tercerización de servicios cualquier tipo de descentralización de actividades productivas, independientemente del carácter principal o complementario de estas. Así, por ejemplo, podría tercerizarse tanto las actividades principales del ciclo productivo (como la distribución, por ejemplo) así como también otros que puedan ser considerados como servicios complementarios, tales como la vigilancia por ejemplo.

No obstante, como veremos a propósito del siguiente punto, en nuestro país el ámbito de aplicación de la Tercerización de Servicios se encuentra restringido en diversos aspectos. Así, tenemos que de acuerdo a nuestra legislación únicamente se podrá tercerizar servicios principales y no complementarios, por pertenecer estos últimos a la figura de la intermediación laboral.

Además, a diferencia de otras legislaciones, nuestra norma regula únicamente la tercerización de servicios que se produce con desplazamiento continuo al centro de trabajo de la empresa principal, dejando fuera del ámbito de la ley a los casos en los

que se produce una tercerización de servicios pero sin desplazamiento al centro de trabajo.

Estas situaciones particulares de las figuras de subcontratación y descentralización productiva en nuestro país serán reguladas a propósito del siguiente apartado.

1.2. La Tercerización en el Perú: Ámbito de aplicación, elementos y requisitos

1.2.1. La importancia de la figura de la Tercerización en el país

La tercerización, como estrategia empresarial, ha sido desarrollada en el punto precedente. Así tenemos que, en puridad, consiste en una forma a través de la cual las empresas han podido dinamizar sus procesos productivos y así también mejorar los ingresos y reducción de costos, resultando en una forma de hacer más rentables y eficaces los negocios sostenidos.

Este marco, sin embargo, tiene un gran impacto en la sociedad y, especialmente, en el derecho del trabajo. En efecto, *“la subcontratación laboral es una herramienta ventajosa para la empresa pues le permite ajustar su planilla, externalizar fases de producción y actividades periféricas, esto último con el objeto de concentrarse en sus actividades centrales, pero también genera desventajas para los trabajadores, siendo la más importante la desigualdad de trato con el personal de la empresa usuaria o cliente en materia de derechos colectivos (desagregación del colectivo laboral), inestabilidad en el empleo, menores salarios, seguridad y salud en el trabajo, protección en caso de insolvencia, etc”* [PUNTRIANO 2011:153].

Esta figura por tanto generaría una especie de “huída del derecho de trabajo”, como bien lo denomina Antonio Baylos⁵, en la medida que la empresa que se beneficia de los servicios brindados no es vista ya como el centro de imputación de responsabilidades laborales.

No es materia del presente trabajo el análisis de las consecuencias que pueda generar la figura de la subcontratación en el marco del derecho del trabajo, sin

⁵ BAYLOS GRAU, Antonio. “El paradigma productivo de la descentralización: La subcontratación de servicios como forma de organización empresarial”. En: <http://baylos.blogspot.com>

embargo, sí resulta relevante el poder definir la importancia en una correcta determinación del ámbito de aplicación de la Ley de Tercerización en el país, pues si bien el marco de la tercerización en el país encuentra graves críticas en distintos aspectos, no debe olvidarse que el hecho de que ahora exista genera un cambio en el marco de la figura de la subcontratación, pues todas aquellas empresas que se encuentren dentro del ámbito de la Ley de Tercerización tendrán obligaciones y requisitos adicionales a los que se deberán ceñir, y muchos de ellos impactan directamente en los derechos laborales de los trabajadores de la subcontratista.

Así tenemos que las empresas que se encuentran dentro del ámbito de la Ley de Tercerización, Ley N 29245, y su Reglamento, DS 006-2008-TR, y las empresas tercerizadoras tendrán determinados deberes y derechos que cumplir. Estos son:

- Obligación de la tercerizadora en informar a su personal y al personal de la empresa principal sobre la identidad de la empresa principal; las actividades que son objeto del contrato celebrado con la empresa principal; el lugar donde se ejecutarán las actividades.
- Inscripción de la empresa tercerizadora en el Registro de Empresas Tercerizadoras, lo cual se acredita a través del registro del destaque de los trabajadores desplazados en la Planilla de dicha empresa ⁶.

⁶ Sobre el particular debemos señalar que si bien el artículo 8° de la Ley de Tercerización estableció que las empresas tercerizadoras se inscribirían en un plazo de 30 días hábiles de su constitución, con la entrada en vigencia del Reglamento de la Ley de Tercerización (DS 006-2008-TR) se generó una cierta contradicción con lo establecido por la Ley, toda vez que el artículo 9° del Reglamento estableció únicamente que se consideraban inscritas en el Registro a las empresas que durante el periodo declarado cumplieren con registrar el desplazamiento de su personal a las empresas principales en la planilla electrónica.

Es decir, que mientras la Ley señalaba que las empresas tercerizadoras debían inscribirse ante un Registro y que su autorización dependía de su subsistencia en este, el Reglamento estableció que sería suficiente con que las empresas tercerizadoras registren el desplazamiento de su personal a las empresas principales en la planilla electrónica para considerarlas “registradas”. La discrepancia normativa con respecto al Registro se vio finalmente zanjada por el Oficio N° 873-2009-MTPE-7/2, de fecha 17 de marzo de 2009, emitido por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el cual, pese a lo dispuesto por la Ley, señaló que el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras (RNET) es un “Registro Negativo”, lo cual implicaba que las empresas tercerizadoras no necesitaban inscribirse en Registro alguno, bastando con la información que las empresas tercerizadoras proporcionaran a través de su planillas electrónicas para que sean consideradas como inscritas en el Registro; y que además solo se inscribían en un Registro efectivo las empresas a las cuales la Autoridad Administrativa de Trabajo les hubiese cancelado el registro como consecuencia de haber sido declaradas infractoras a las normas de tercerización.

- Responsabilidad solidaria de parte de la empresa principal respecto del pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador de la tercerizadora estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.

Vamos a detenernos momentáneamente en la principal obligación que tiene la empresa contratante respecto a los trabajadores de la tercerizadora: La responsabilidad solidaria.

De acuerdo a Gorelli Hernandez, *“la obligación solidaria se caracteriza por el hecho de que distintos sujetos deben una misma prestación; es decir, originariamente los distintos sujetos están obligados frente al acreedor”*. [GORELLI 2007:182]

Así tenemos que por la responsabilidad solidaria la empresa principal se encontrará obligada a responder por los beneficios laborales y de la seguridad social de los trabajadores de la empresa tercerizadora cuando ésta última, en su calidad de obligado directo, no cumpla con el pago correspondiente.

Precisamente, con respecto a los alcances de la responsabilidad solidaria, el artículo 7 del Reglamento de la Ley de Tercerización estableció lo siguiente:

“La extensión de responsabilidad a la que se refiere el artículo 9º de la Ley alcanza al empresario principal, al contratista y al subcontratista, quienes son deudores solidarios frente al trabajador impago o a la entidad de previsión social.

Las obligaciones laborales establecidas por norma legal incluyen el pago de las remuneraciones ordinarias y de los beneficios e indemnizaciones laborales previstas por ley.

Las obligaciones de previsión social incluyen las contribuciones y aportes que debe retener o pagar el empleador al Seguro Social de Salud, o a un sistema pensionario. La extensión de responsabilidad

comprende a los incumplimientos que se produzcan durante el período de desplazamiento.

La solidaridad en materia de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo se rige por lo dispuesto en el artículo 5º de las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, aprobadas por el Decreto Supremo N° 003-98-SA.

El plazo de prescripción de la responsabilidad solidaria se inicia ocurrido el fin del desplazamiento”.

Así, por tanto, tenemos que no solo precisan los alcances de la responsabilidad solidaria, sino que también se determina la existencia de una responsabilidad solidaria en materia laboral y no la responsabilidad solidaria comúnmente entendida en materia civil, pues en el presente caso la empresa principal actuaría más como un “deudor solidario” que como un “responsable solidario”, de acuerdo a las normas del Código Civil. El profesor Gorelli Hernandez lo explica claramente en los siguientes términos:

“Mientras que en la obligación solidaria [civil] todos los deudores ocupan su posición como deudores principales; por el contrario en el caso de la contrata o subcontrata vamos a encontrar como los deudores ocupan una posición subordinada o secundaria: el sujeto obligado frente a trabajador es el empresario titular de la relación laboral, el contratista, el subcontratista; mientras que el comitente lo es de manera secundaria, surgiendo su obligación no de manera originaria, sino solo ante el incumplimiento del contratista. Para el comitente no estamos ante una deuda solidaria originaria: el salario no es debido por los dos empresarios, de manera que el trabajador pueda dirigirse indistintamente frente a los dos, sino que el deudor del mismo es el empresario auxiliar y la responsabilidad del principal surge cuando aquel incumple su obligación” . [GORELLI 2007:182]

Sin embargo, esta obligación directa para las empresas principales resulta importante pues se trata precisamente de uno de los efectos de la tercerización que hace plenamente relevante el poder determinar cuándo nos encontramos frente a una tercerización en el marco de la ley y cuándo nos encontramos

fuera de este ámbito y, por tanto, sin tener que cumplir con estas obligaciones adicionales exigidas a las partes por la normativa en la materia.

Finalmente, cabe también anotar que en materia de seguridad y salud en el trabajo las empresas principales cumplen una obligación especial con respecto a los trabajadores de las contratistas y subcontratistas que presten servicios en las instalaciones de la empresa. Así, de acuerdo a lo establecido por los artículos 68⁷, 77⁸, 83⁹ y 103¹⁰ de la Ley N 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, la empresa principal debe garantizar la salud y seguridad de dichos

⁷ “Artículo 68. Seguridad en las contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores

El empleador en cuyas instalaciones sus trabajadores desarrollen actividades conjuntamente con trabajadores de contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores, o quien asuma el contrato principal de la misma, es quién garantiza:

a) El diseño, la implementación y evaluación de un sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores, personas que prestan servicios, personal bajo modalidades formativas laborales, visitantes y usuarios que se encuentren en un mismo centro de labores.

b) El deber de prevención en seguridad y salud de los trabajadores de todo el personal que se encuentra en sus instalaciones.

c) La verificación de la contratación de los seguros de acuerdo a la normativa vigente efectuada por cada empleador durante la ejecución del trabajo.

En caso de incumplimiento, la empresa principal es la responsable solidaria frente a los daños e indemnizaciones que pudieran generarse.

d) La vigilancia del cumplimiento de la normativa legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo correspondiente del principal.

En caso de incumplimiento, la empresa principal es la responsable solidaria frente a los daños e indemnizaciones que pudieran generarse.”

⁸ “Artículo 77. Protección de los trabajadores de contratistas, subcontratistas y otros

Los trabajadores, cualquiera sea su modalidad de contratación, que mantengan vínculo laboral con el empleador o con contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores o bajo modalidades formativas o de prestación de servicios, tienen derecho al mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo”.

⁹ “Artículo 83. Reporte de información con labores bajo tercerización

La entidad empleadora que contrate obras, servicios o mano de obra proveniente de cooperativas de trabajadores, de empresas de servicios, de contratistas y subcontratistas, así como de toda institución de intermediación con provisión de mano de obra, es responsable de notificar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo los accidentes de trabajo, incidentes peligrosos y las enfermedades profesionales, bajo responsabilidad”.

¹⁰ “Artículo 103. Responsabilidad por incumplimiento a la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores

En materia de seguridad y salud en el trabajo, la entidad empleadora principal responde directamente por las infracciones que, en su caso, se cometan por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, personas que prestan servicios, personal bajo modalidades formativas laborales, visitantes y usuarios, los trabajadores de las empresas y entidades contratistas y subcontratistas que desarrollen actividades en sus instalaciones.

Asimismo, las empresas usuarias de empresas de servicios temporales y complementarios responden directamente por las infracciones por el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores destacados en sus instalaciones.”

trabajadores, así como también hacerse plenamente responsables en caso de afectación de dichos trabajadores por haber incumplido la empresa principal sus obligaciones en esta materia

Por tanto, como se aprecia, la delimitación de lo que se entiende por tercerización para el país resulta de vital trascendencia, en la medida que si se trata de una empresa dentro del ámbito de la ley tendrá que cumplir con todas estas obligaciones y derechos para con los trabajadores de la contratista, lo cual genera un marco de protección para dichos trabajadores que, aunque escueto, no debería ser despreciable. Por el contrario, en el caso de las empresas que se encuentren fuera del ámbito de las normas de tercerización, seguirán prestando el servicio de forma regular, pero su prestación no obtendrá los efectos señalados previamente.

Como bien veremos a continuación, no toda prestación de servicios de una contratista para la empresa principal es considerada tercerización en el marco de la Ley N 29245, haciendo acá su aparición dos elementos importantes para poder determinar si dicha prestación de servicios puede ser considerada tercerización dentro del marco de la ley: el ámbito temporal y el ámbito locativo.

1.2.2. Ámbito de Aplicación de la Ley de Tercerización, Ley N 29245

La Ley N 29245, Ley de Tercerización, entró en vigencia en el año 2008, no obstante, es a través de su Reglamento, DS 006-2008-TR, que se definió de forma concreta cuál era el ámbito de aplicación de la norma de tercerización.

Así, de acuerdo al artículo 2 del Reglamento:

“El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas (...).”

Como se aprecia, el mencionado artículo 2 es claro en definir y precisar el ámbito de la Tercerización, señalando que comprende:

- (i) A las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada;
- (ii) Que tercerizan su actividad principal;
- (iii) Siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.

Con respecto a la tercerización de la “actividad principal”, debe destacarse que este punto hace referencia a que mediante la figura de la tercerización únicamente podrían tercerizarse aquellas actividades consideradas como principales para la empresa, entendidas como aquellas que son consustanciales al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el desarrollo del mismo, dejándose por tanto fuera del ámbito de la tercerización a aquellos casos en los cuales se encargue a un tercero la ejecución de actividades complementarias de la empresa.

Es preciso destacar en este punto que la diferencia entre el desarrollo de actividades principales y complementarias para efectos del ámbito de la Ley de Tercerización no resulta común en otros ordenamientos comparados. Sin embargo, toda vez que en nuestro país se creó primero la Ley de Intermediación de Servicios, Ley N 27626, la cual ya regulaba la ejecución de servicios complementarios mediante dicha figura, es que se determinó que la Ley de Tercerización no acogería dicho supuesto, limitando por tanto su campo de acción a la tercerización de actividades principales de la Empresa.

Debe destacarse que el tratamiento abordado en nuestra normativa ha generado distintos debates y controversia, toda vez que la figura de “intermediación de servicios complementarios” se asemeja más a la descripción de la tercerización (entrega de una unidad productiva de la empresa principal para que la tercerizadora ejecute el servicio con sus propio personal y propias herramientas) que a la de la intermediación (simple cesión de mano de obra). No obstante, hasta la fecha es la forma como se vienen regulando estas figuras en nuestro país, de modo que únicamente se encontrará dentro del ámbito de la Ley la tercerización de actividades principales de la empresa contratante.

De otro lado, se encontrará también dentro del ámbito de aplicación de la Ley N 29245 a la tercerización que se produzca con desplazamiento continuo de los

trabajadores de la empresa tercerizadora al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal.

Este concepto comprende dos aspectos diferenciados: espacial y temporal, siendo que la confluencia de dichos dos elementos nos llevará a concluir que nos encontramos frente a un supuesto de tercerización con desplazamiento, y por tanto determina la incursión dentro del ámbito de la Ley de Tercerización [TOYAMA 2015:200].

En primer lugar, con respecto al ámbito temporal, tenemos que se considerará desplazamiento continuo a los casos de tercerización en los que el traslado de trabajadores a la empresa principal no sea eventual, sino que sea constante y frecuente. Así, de acuerdo al artículo 6° del Reglamento de la Ley de Tercerización, se configurará la continuidad del desplazamiento cuando:

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

De igual modo, importa también el ámbito espacial o locativo de la tercerización, el cual contemplará el lugar donde se llevará a cabo la prestación y que, de acuerdo a lo expuesto por nuestra normativa, para efectos de incluirse en el ámbito de la Ley supondrá únicamente el desplazamiento del personal de la contratista al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal. Es el último ámbito el que nos interesa para efectos del presente trabajo.

Con respecto al “Centro de Trabajo”, éste es definido por el artículo 1° del Reglamento como “*el lugar o lugares donde se encuentran las instalaciones de la empresa principal a la que es desplazado el trabajador de la empresa tercerizadora, bajo las órdenes exclusivas de su empleador*”. Sobre esta definición no queda ninguna duda ni salvedad que acotar, pues será Centro de Trabajo el local de la empresa principal así como sus otros distintos locales y oficinas alrededor del país.

Sin embargo, es el concepto de Centro de Operaciones el que el que puede traer ciertas complicaciones al momento de definirlo y por tanto de delimitar el

alcance de lo que se entiende por tercerización con desplazamiento, pues el artículo 1° del Reglamento lo ha definido de forma muy escueta como *“el lugar o lugares determinados por la empresa principal que se encuentran fuera del centro de trabajo de aquella, donde el trabajador desplazado realiza sus labores, bajo las órdenes exclusivas de su empleador”*.

Así, si bien el aspecto temporal se encuentra claramente definido, el aspecto locativo o espacial no ha seguido la misma suerte ya que ni la jurisprudencia ni la doctrina nacional han determinado de forma más precisa que se entiende por el concepto de “Centro de Operaciones”.

No obstante, es a través del Informe N 49-2009-MTPE/9.11012 de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo que se determina qué se entiende por el concepto de “Centro de Operaciones” para los efectos de la Ley N° 29245. Así, de acuerdo a dicho Informe la calificación de los centros de operaciones como tales depende de la aplicación de los siguientes criterios:

- a) Que se trate de lugares sobre los cuales el empresario principal ejerza poder de disposición.
- b) Que la ejecución de la tercerización en dichos lugares permita la plena identificación del empresario principal en favor de quien se están llevando a cabo las labores adscritas a la contrata.

El análisis con respecto a este punto resulta precisamente el punto crucial del presente trabajo, motivo por el cual volveremos a este contexto más adelante.

Por tanto, lo reseñado previamente compone a grandes rasgos el ámbito de aplicación al cual se ciñe la Ley de Tercerización de Servicios, Ley 29245, en nuestro país. No obstante, debe destacarse que este ámbito de aplicación difiere mucho del regulado para la tercerización de servicios en otros ordenamientos comparados.

Así, por ejemplo, en la legislación española no existe una diferenciación expresa entre subcontratación con desplazamiento o sin desplazamiento de personal. Esta diferenciación en principio no es tomada en consideración para

efectos de la aplicación del marco legal de las contrata, como por ejemplo la responsabilidad solidaria contenida en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, pues de acuerdo a ésta:

“Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la seguridad social. Al efecto recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la entidad gestora, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de 30 días improrrogables. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la seguridad social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la seguridad social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial”.

Por tanto, para el ordenamiento español el elemento locativo, referido al lugar donde se ejecuta la contrata, no tiene mayor incidencia. El único aspecto por el cual se realiza esta diferenciación se encuentra referido a la responsabilidad frente a prevención de riesgos laborales. Así, de acuerdo al artículo 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales:

“Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y

que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.”

Por tanto, como bien se advierte, para España la responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales únicamente aplicará cuando el personal de la tercerizadora preste servicios en el centro de trabajo de la empresa principal.

Pese a que la diferenciación únicamente resulta aplicable para los efectos de seguridad y salud en el trabajo, la jurisprudencia y doctrina española han realizado interesantes definiciones y aproximaciones con respecto a lo que significa el “centro de trabajo”. Así por ejemplo tenemos las siguientes definiciones sobre el aspecto locativo:

“Alude a todos aquellos emplazamientos geográficos sobre los que la empresa principal ostenta cierto poder de disposición, por cualquier título y a los que alcanza su poder de dirección y organización con independencia de que aquellos merezcan o no la calificación técnicojurídica de centro de trabajo” [SERRANO 2000:316].

De igual modo, se ha señalado también que el centro de trabajo “(...) *no debe interpretarse de manera estricta conforme al artículo 1.5 ET, entendiéndose como tal, según la definición ofrecida por la normativa internacional, comunitaria, preventiva y jurisprudencial, a todo ámbito geográfico que está bajo el poder de dirección y organización del empresario principal*” [KAHALE 2011:101].

De otro lado, en cuanto a la regulación de la tercerización de servicios en Chile, a diferencia de lo que ocurre en Perú, el ámbito de aplicación de las normas y responsabilidades se encuentra ceñido únicamente al aspecto temporal y no al locativo. Es decir, para Chile la tercerización regulada es aquella que se presta de forma habitual por la empresa tercerizadora a la empresa principal, independientemente de si el servicio se ha prestado o no dentro o fuera del centro de trabajo de la principal.

De acuerdo al artículo 183-A del Código de Trabajo de Chile:

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

Esta norma es precisada por el Dictamen ORD. N°0141/005, el cual fija sentido y alcance de los artículos 183-A, 183-B, 183-C y 183-D del Código del Trabajo, incorporados por la Ley N°20.123. Así, en el Punto 1.1. el Dictamen establece:

“(…) En opinión de esta Dirección, estarán afectas a la citada normativa las obras o labores que el trabajador deba realizar para la empresa principal cuando éstas implican permanencia, habitualidad, periodicidad o alguna secuencia en el tiempo, careciendo de incidencia para estos efectos la duración del vínculo contractual que une al contratista con la empresa principal.

Ello autoriza para sostener que, si no se da una situación como la ya señalada, vale decir, si las obras o labores que corresponde ejecutar al trabajador revisten el carácter de ocasionales, discontinuas o esporádicas, no se deriva para la empresa que encarga la respectiva obra o servicio, la responsabilidad solidaria o subsidiaria, en su caso, que asiste al dueño de la obra, empresa o faena, en conformidad a los artículos 183-B y 183-D del Código del Trabajo.

(…)

La propuesta se funda en que el criterio que mejor posibilita determinar con certeza la presencia de trabajo en régimen de subcontratación es el de la habitualidad. Es la permanencia en el tiempo de las labores desarrolladas por los dependientes del contratista para la persona o empresa principal, la que determina la aplicación del estatuto propuesto para el trabajo en régimen de subcontratación, sea que se trate de ejecutar obras o de prestar servicios.

Lo verdaderamente relevante, entonces, para determinar si a una obra o servicio les resulta aplicable el estatuto de subcontratación, es determinar previamente la habitualidad y permanencia en el desempeño de su labor para la empresa principal"

Posteriormente, en el Punto 1.2. del Dictamen se determina expresamente que lo importante para el ámbito de aplicación es el aspecto temporal de la tercerización y no el aspecto locativo, cuando al mencionar los requisitos de la tercerización (subcontratación) establecen lo siguiente:

"Precisado entonces que el régimen de subcontratación sólo opera en caso de prestaciones que impliquen habitualidad o permanencia , cabe referirse a los requisitos que al efecto establece el inciso 1º del artículo 183-A, cuales son :

- a) Que el dependiente labore para un empleador, denominado contratista o subcontratista, en virtud de un contrato de trabajo.*
- b) Que la empresa principal sea la dueña de la obra, empresa o faena en que se desarrollen los servicios o se ejecuten las obras objeto de la subcontratación.*
- c) Que exista un acuerdo contractual entre el contratista y la empresa principal dueña de la obra o faena, conforme al cual aquél se obliga a ejecutar, por su cuenta y riesgo, obras o servicios para esta última, y*
- d) Que las señaladas obras o servicios sean ejecutadas por el contratista con trabajadores de su dependencia.*

En lo que concierne al requisito establecido en la letra b), es necesario precisar que existirá subcontratación, tanto si las obras o servicios que ejecutan los trabajadores del contratista se desarrollan en las instalaciones o espacios físicos propios de la persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, como fuera de éstos.

En efecto, el análisis de la historia fidedigna del establecimiento de la ley N°20.123, norma de interpretación legal prevista en el artículo 19, inciso 2º, del Código Civil, permite sostener que carece de incidencia

para los señalados efectos, el lugar en que deban desempeñarse los trabajadores del contratista.” (Subrayado nuestro).

Así, por tanto, en el caso Chileno no correspondería realizar el análisis sobre qué entiende dicho ordenamiento por centro de trabajo o centro de operaciones, es decir el aspecto locativo de la tercerización, toda vez que para aquel país dicha diferenciación no resulta requerida a efectos de determinar la existencia o no de tercerización de servicios.

En igual sentido que el caso chileno, para el ordenamiento uruguayo no importará si los servicios se realizan dentro o fuera del centro de trabajo (o de operaciones) de la empresa principal.

Así de acuerdo al artículo 1 de la Ley 18.251 tenemos que:

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

Por tanto, como se advierte, el ámbito de aplicación establecido para nuestro país dista mucho de lo que se considera Tercerización en otros países. Esta diferenciación resulta importante de tener presente ya que, como ahondaremos en los puntos siguientes del presente trabajo, el señalar claramente los límites del ámbito de aplicación de nuestra norma nos servirá para poder determinar de forma clara cuándo nos encontramos dentro del ámbito de ley y, por tanto, poder exigir aquellas responsabilidades inherentes a esta figura de la subcontratación.