

EL INTERMEDIARIO COMO EXPRESION DE ATIPICIDAD EN LA LEGISLACION LABORAL PERUANA

Francisco Javier Romero Montes ^(*)

SUMARIO: 1.-Lo típico y lo atípico en el derecho del trabajo. 2.-La contratación atípica en la legislación peruana. 3.-El intermediario. 4.- El intermediario en la legislación peruana: a) *Las cooperativas de trabajadores.* b) *Las empresas de servicios temporales.* c) *Las empresas de servicios complementarios.* d) *Los contratistas y subcontratistas en la construcción civil.* 5.-Conclusiones finales.

1. Lo típico y lo atípico en el Derecho del Trabajo

El auge económico que vivió el mundo después de la segunda guerra mundial y hasta la década del setenta, posibilitó la consolidación de una serie de garantías laborales, tales como el pleno empleo, seguridad de salarios, estabilidad en el empleo, seguridad social, etc. Todos estos logros orientaron la contratación, prioritariamente, hacia la modalidad del contrato a plazo indefinido y a jornada completa, que en algunos países significaba la exclusividad de los servicios para un solo patrono. Sólo por excepción, y sometido a fuertes restricciones legales, se permitía el contrato temporal.

Se perfiló así el trabajo típico o contratación típica. En cambio, cualquier modalidad que buscaba evadir tales propósitos originaba el trabajo atípico o contratación atípica, que tenía serias restricciones, no solamente legales, sino también convencionales, por la actitud que adoptaron las organizaciones sindicales en esta materia.

Pero a mediados de la década del setenta se acentúa la crisis a consecuencia de la innovación tecnológica, los desajustes en el comportamiento de la economía, la caída de los salarios, la actitud de los gobiernos que dejan de lado la responsabilidad del pleno empleo que había funcionado dentro de la concepción keynesiana.

^(*) Profesor Asociado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad San Martín de Porres.

Para encontrar una solución a los problemas generados por la crisis, se recurre al renacimiento del liberalismo económico, en los términos de von Hayek y Friedman, quienes sostienen que es inherente a la estructura de todo mercado de trabajo, una tasa natural de desempleo, cuya mayor o menor dimensión es el reflejo de las expectativas de empresarios y trabajadores.

Según los FRIEDMAN, los sindicatos coludidos con los empleadores y el Estado, fueron capaces de mantener un bajo número de puestos de trabajo, haciendo cumplir una tasa alta de salarios. Pero lo fascinante de sus argumentos se puede apreciar en el siguiente razonamiento: "Cuando los trabajadores obtienen salarios más altos y mejores condiciones de trabajo en el mercado libre, cuando perciben aumentos de empresas que compiten unas con otras por contratar a los mejores trabajadores, por trabajadores que compiten unos con otros por mejores trabajos, sus salarios más altos no son a expensas de nadie. Ello sólo puede venir de una productividad más alta, la inversión de más capitales y una más basta difusión de habilidades. La torta entera es más grande; hay más para el trabajador, pero también hay más para el inversor, el consumidor, e incluso para el perceptor de impuestos"⁽¹⁾.

Semejante razonamiento, lleva implícita la consideración de que la solución al problema del desempleo y de la caída de los salarios, pasa por una desreglamentación o liberalización del mercado de trabajo, con el consiguiente debilitamiento de las garantías y beneficios laborales vigentes en décadas anteriores.

El planteamiento liberal requería de gobiernos identificados con esa concepción, de empresarios dispuestos a reforzar su poder patronal y de una acción tendente a debilitar a las organizaciones sindicales. Cumplidas estas condiciones se comenzó a dictar una legislación laboral que, apartándose de la modalidad típica, posibilitara prioritariamente las formas atípicas, bajo la necesidad o pretexto de fomentar el empleo de los desocupados. En este aspecto, OJEDA AVILES⁽²⁾, encuentra hasta trece modalidades de contratos atípicos, dentro de las cuales señala las relaciones de trabajo "triangulares" o de intermediación por terceros, tales como las agencias de empleo, cooperativas, contratistas, subcontratistas, etc.

⁽¹⁾ FRIEDMAN, Milton y Rose, *Free to Choose*, Penguin Books, 1981, pp. 278 y 290.

⁽²⁾ OJEDA AVILES, Antonio, «El neocontractualismo en Europa y perspectivas», en *La Flexibilización del Trabajo: Un estudio internacional*, Barquisimeto (Venezuela), 1990, p. 167.

Además, dentro de las formas contractuales atípicas permitidas por la nueva legislación, el mismo OJEDA AVILES señala las siguientes:

- Contratos temporales causales.
- Contratos temporales libres.
- Contratos temporales de jóvenes.
- Contratos para trabajadores de edad madura.
- Contratos de aprendizaje.
- Contratos de empleo formación.
- Contratos de adaptación o en prácticas.
- Contratos de empleo-orientación de jóvenes.
- Contratos de solidaridad.
- Contratos de empleo compartido.
- Contratos de jornada variable.
- Contratos a tiempo parcial.

BRONSTEIN ⁽³⁾, se pregunta si es o no pertinente continuar denominando atípicas a todas estas modalidades consideradas en su conjunto, teniendo en cuenta que la legislación de muchos países no sólo las toleran, sino que en muchos casos las estimulan. Tal circunstancia, por lo menos atenuaría su atipicidad. En todo caso, la denominación de atípicas, a criterio de Bronstein, debería reservarse para aquellas modalidades que no están reguladas por la legislación laboral, tales, por ejemplo, el trabajo semiautónomo, el trabajo clandestino, etc.

En conclusión, la atipicidad laboral tal como la concibe Ojeda Avilés, estaría configurada por todas aquellas formas de prestación de servicios que no se ajustan al contrato tipo, que es el de plazo indefinido y a tiempo completo. En cambio, según el otro criterio, la atipicidad tendría un significado más relativo, en razón de que dependería del hecho que la modalidad de prestación no se encuentre contemplada por la legislación de un país. De este criterio se desprendería que lo que es atípico en un país, podría no serlo en otro. Pero además, el carácter relativo de la atipicidad estaría dado por la gradualidad resultante de ser más o menos permisible la forma de contratación. Es decir, el carácter atípico de una prestación de servicios sería más pleno en aquellos lugares donde la legislación no los permite, menos pleno, allá donde se les tolera, y dejaría de ser atípica allá donde se les prioriza.

⁽³⁾ BRONSTEIN, Arturo S., «La Flexibilidad del Trabajo: Panorama General», en *La Flexibilidad del Trabajo: Un Estudio Internacional*, cit., pp. 35 y 36.

Conceptualmente, los términos de "atipicidad" y "atípico" no figuran en el *Diccionario Jurídico Usual* de CABANELLAS. Consideramos que dichos términos aparecen como oposición a los de "tipicidad", sugeridos en el derecho penal por el tratadista alemán Beling, como instrumento para describir y designar los delitos. Lo "típico" es el comportamiento descrito en la ley penal como delito.

Llevadas estas consideraciones al ámbito del contrato laboral, podemos afirmar que lo "típico" es aquello que se ajusta al contrato o modelo "tipo", cuyas características objetivas están dadas por su duración indefinida, jornada completa y la generación de determinados beneficios laborales. Contrariamente, lo "atípico" es toda prestación que no respeta tales condiciones o se aparta del modelo "tipo".

Sobre la base de estos lineamientos doctrinarios y conceptuales, veamos a continuación el comportamiento de la legislación peruana en materia de contratación atípica.

2. La contratación atípica en la legislación peruana

La legislación peruana, aparentemente, priorizó la contratación típica a través de los contratos a plazo indeterminado y alcanzó su plenitud en las leyes de estabilidad laboral 18471 y 22126 dictadas en la década del setenta, así como en la Constitución del año 1979 y la posterior ley de estabilidad laboral 24514 de 1986. Sólo por excepción se permitía el contrato a plazo fijo, en los casos exigidos por la naturaleza accidental o temporal del servicio a prestarse o de la obra a ejecutarse (D. Ley 18138).

No obstante, reiteramos que la rigidez en la legislación peruana fue aparente. Como ejemplo, podemos citar el Decreto Ley 18471 del año 1970 que estableció una estabilidad laboral absoluta. Pero el mismo dispositivo permitía la intervención de intermediarios cuando se trataba de servicios de mantenimiento, limpieza y vigilancia. Por otra parte, conjuntamente con el Decreto Ley 18471, continuó en vigencia el Decreto Ley 18138 que hacía posible el contrato a plazo determinado.

Otro ejemplo, lo constituye la promulgación de la Ley 24514 en junio de 1986, la misma que recogiendo el sentido de la Constitución de 1979, estableció una nueva estabilidad laboral, siguiendo en parte el modelo del Convenio 158 de la OIT. Sin embargo, el 28 de julio del mismo año, esto es un mes después, contraviniendo los dispositivos constitucionales y legales antes citados, se dictó el Decreto Supremo N° 018-86-TR, por el que se autorizó la contratación libre a plazo determinado.

Finalmente, en 1991, se dictó el Decreto Legislativo 728 que se encuentra vigente. Este dispositivo, bajo la justificación del fomento del empleo y en muchos casos contraviniendo la Constitución de 1979, liberó la contratación y el despido laboral, mediante la introducción de formas catalogadas como atípicas por una parte de la doctrina. Consecuentemente, la legislación peruana en estos aspectos no sólo ha demostrado ser contradictoria, sino también precaria, tanto en su contenido como en su aplicación.

El propósito del presente trabajo, no es el de analizar la contratación atípica en el Perú, tema muy amplio para un artículo, sino concretarse a una de sus modalidades como es la prestación de servicios mediante la presencia del intermediario. De manera que en este punto, sólo enunciaremos las formas de contratación consideradas como atípicas de acuerdo con los criterios doctrinarios y conceptuales antes expuestos.

El Decreto Legislativo 728, dado el 8 de noviembre de 1991, al que con toda razón se podría llamar *ley de contratación*, pero se le promulgó con el nombre de Ley de Fomento al Empleo, por los objetivos que posiblemente perseguía. Transcurrido ya su cuarto año de vigencia, el propósito flexibilizador que realmente tiene el citado Decreto Legislativo, no ha sido suficiente para la creación de nuevos puestos de trabajo.

Los contratos atípicos que aparecen en el Decreto Legislativo 728 son los siguientes:

- a) Contrato de formación laboral juvenil,
- b) Contrato de prácticas pre-profesionales,
- c) Contrato de aprendizaje,
- d) Contrato de naturaleza temporal,
- e) Contrato de naturaleza accidental,
- f) Contrato para obra o servicio,
- g) Contratación a través de cooperativas,
- h) Contratación mediante empresas de servicios.

El carácter atípico de estas formas de contratación, no sólo está dado porque se alejan del contrato típico que es el de duración indeterminada y a tiempo completo, sino porque bajo las denominaciones de estas modalidades se "camuflan" prestaciones de servicios que, por su naturaleza, no deben estar comprendidas. Tal, por ejemplo, el considerar dentro de los contratos de naturaleza temporal, la prestación de servicios cuando una empresa inicia sus actividades, o cuando

posteriormente se produzca la apertura de nuevos establecimientos (art. 100°). Igualmente, sucede con la prestación de servicios en las empresas que han sido objeto de reconversión empresarial.

En estos dos casos que citamos como ejemplo, la ley hace presumir que los servicios o labores son de naturaleza temporal, aunque realmente no lo sean. Pero al margen de las distorsiones que contiene el Decreto Legislativo en cuestión, los diferentes contratos atípicos contemplados por el mismo, en su aplicación han resultado ser instrumentos para encubrir prestaciones de servicios que muy bien podrían funcionar dentro del contrato típico.

3. El intermediario

Según la Real Academia de la Lengua Española, "intermediario proviene del verbo «intermediar», que significa existir una cosa en medio de otras. El intermediario es quien media entre dos o más personas y especialmente entre el productor y el consumidor de géneros o mercaderías...".

Para CABANELLAS, intermediario es quien hace o sirve de enlace o mediador entre dos o más personas, y más especialmente entre productores y consumidores. Debido a ello, el nombre de intermediarios se les aplica a los comisionistas y representantes, a los comerciantes, proveedores, acaparadores, etc. ⁽⁴⁾

CAPITANT, sostiene que "intermediario" deriva del latín "*intermedius*" ("lo que está en medio"). Sirve para designar a la persona puesta en presencia de otras dos o más para la conclusión de un contrato determinado. Ejemplo, agente de cambio, corredor, agencias de alquiler venta de departamentos y otros similares ⁽⁵⁾.

Llevados estos conceptos al ámbito del derecho laboral, el intermediario es la persona que se encuentra entre uno o varios trabajadores y un empresario o persona que se beneficia con los servicios de aquellos (los trabajadores). El intermediario actúa en nombre propio y no en representación del empresario beneficiario. Así sucede cuando un intermediario contrata trabajadores para que laboren en beneficio de un tercero. Lo que se busca es que el intermediario se convierta en empleador, y por lo tanto, asuma la obligación del pago de las remuneraciones y demás

⁽⁴⁾ Véase, CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Buenos Aires, 1962, t. IV, p. 236.

⁽⁵⁾ CAPITANT, Henri, *Vocabulaire Juridique*, Paris, 1936, p. 292.

beneficios laborales del trabajador, y que el empresario destinatario mediato de los servicios, quede liberado de tal responsabilidad.

Como afirma el profesor CALDERA ⁽⁶⁾, para el trabajador, el patrono visible es generalmente el intermediario, quien ejerce la autoridad patronal y cumple, frente al trabajador, las obligaciones que concierne al empleador. Frente a la otra parte, el intermediario asume su propia responsabilidad de proporcionar la mano de obra. Existen pues, según el profesor venezolano, dos relaciones jurídicas separadas: una de carácter laboral entre el intermediario y los trabajadores, y la otra, entre el intermediario y el beneficiario de la obra o servicio, que se ubica en el derecho civil o mercantil. Pero el derecho laboral, añade CALDERA, en su empeño de tutelar al trabajador, tiende un nuevo vínculo entre éste y el tercero beneficiario, para obligarlo a éste a responder, frente al servidor, por sus derechos que pudieran fraudulentamente evadirse, a través de intermediarios insolventes.

Esta modalidad de prestación de servicios, posibilita que allá donde se vea, aparentemente un intermediario, lo que realmente exista sea la figura del testaferro, puesto deliberadamente por beneficiarios de la mano de obra, para burlar sus obligaciones laborales en detrimento de los trabajadores. En otras situaciones, esta forma de trabajo se utiliza para crear lo que ALONSO GARCIA ⁽⁷⁾, denomina las "zonas grises", o los "casos fronterizos" a que se refiere KROTOSCHIN ⁽⁸⁾, es decir lo que nosotros llamaríamos "espacios de confusión", que permiten hacer ver que una determinada prestación de servicios se encuentra fuera del ámbito del derecho del trabajo, aunque la realidad diga lo contrario. En otras palabras, se busca crear relaciones laborales encubiertas.

Para el logro de tales propósitos, es decir, la burla de los derechos laborales, así como el encubrimiento de relaciones de trabajo, se recurre a formas de contratación contempladas ya sea por la legislación civil, mercantil o laboral, tal el caso de la locación de servicios, la intervención de contratistas, subcontratistas, el contrato de equipo, etc.

⁽⁶⁾ CALDERA, Rafael, «El intermediario en el Derecho Laboral», en *Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo en Homenaje a Deveali*, Buenos Aires, 1979, pp. 331-339.

⁽⁷⁾ ALONSO GARCIA, Manuel, *Curso de Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1975, p. 108.

⁽⁸⁾ KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1968, p. 41.

No obstante, la figura del intermediario en la contratación laboral, en los actuales momentos, se viene incrementando considerablemente, debido en parte a que la legislación la estimula, supuestamente como una forma para abaratar los costos laborales y hacer de las empresas competitivas, así como para combatir el desempleo. Pero en el fondo, cabe algunas reflexiones sobre los siguientes interrogantes: ¿Es posible que los servicios de un trabajador sea objeto de comercio? ¿Puede el intermediario obtener un lucro desmedido, sin crear nada y sólo vendiendo los servicios de un trabajador? ¿Realmente, la figura del intermediario contribuye al abaratamiento de los costos laborales, o por el contrario los encarece? ¿La figura del intermediario contribuye a la creación de puestos de trabajo? ¿La intermediación es una opción para el mejoramiento de los salarios y en consecuencia de una reactivación económica? ¿Están debidamente garantizados los derechos laborales con la intervención del intermediario?

Muchas cuestiones más se pueden formular respecto a este tema. No cabe duda que las respuestas a estas preguntas deben haber sido afirmativas para los que formularon leyes promotoras de la intermediación. Por nuestra parte, más adelante analizaremos la legislación peruana en esta materia y estableceremos la conveniencia o no de propugnar una contratación de tal naturaleza.

Históricamente, el trabajo a través del intermediario no se ha visto con simpatía, de ahí que muchas legislaciones lo proscribieron. Así sucedió, por ejemplo, con el antiguo "*marchandage*" contemplado por el derecho francés, el mismo que no sólo fue prohibido por leyes de 1848 y 1919, sino que se le consideró como delito. Según DE FERRARI, el "*marchandage*" constituyó una especulación sobre el trabajo del hombre, llevada a cabo por una persona llamada "*marchandeur*", que compraba mano de obra y la vendía luego a un empresario obteniendo un lucro ⁽⁹⁾.

Posteriormente, sin llegar a penalizar, muchas otras legislaciones han establecido severas restricciones, no solo a la forma de la intermediación en la prestación de servicios, sino también a la simple colocación de mano de obra a través de particulares.

⁽⁹⁾ Sobre este tema puede verse: FERRARI, Francisco de, *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1969, vol. II, p. 164; CALDERA, *op. cit.*, pp. 333 y 334.

La doctrina también ha reprobado al intermediario. Así, MARIO DE LA CUEVA ⁽¹⁰⁾, sostiene que la "intermediación ha sido una de las actividades más innobles de la historia, porque es la acción del comerciante cuya mercancía es el trabajo del hombre, para no decir que el hombre mismo, el mercader que compra la mercancía a bajo precio y la vende a una cantidad mayor, el traficante que sin inversión alguna obtiene una fácil y elevada plusvalía". DE BUEN ⁽¹¹⁾, coincide con este punto de vista, al considerar que el intermediario ha sido y sigue siendo, pese a las medidas legislativas tomadas para evitarlo, una figura preferida de quienes procuran el fraude legal.

Las formas de intermediación, dice DE FERRARI ⁽¹²⁾, constituyen casos de explotación abusiva del trabajo humano, que produce la baja del salario y el envilecimiento de la persona del trabajador.

Para salvaguardar al trabajador de esta forma de contratación, el derecho del trabajo ha desarrollado las ideas de solidaridad, entre el intermediario y el destinatario final de los servicios, frente a los derechos del trabajador. En otros casos se establece la presunción de que tanto el intermediario como el beneficiario de la mano de obra, son empleadores. Así, por ejemplo, CALDERA nos habla del patrono directo (intermediario) y del patrono indirecto (propietario de la obra), y KROTOSCHIN se refiere al intermediario y al patrono principal.

Sobre este particular, encontramos que el artículo 89° de la Constitución venezolana dispone que: "La Ley determinará la responsabilidad que incumba a la persona natural o jurídica en cuyo provecho se preste el servicio mediante intermediario o contratista, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria" ⁽¹³⁾.

Igualmente, en 1970, la Ley mexicana introdujo la prescripción contenida en el artículo 10° que dispone que si el trabajador, conforme a lo pactado o a la costumbre, utiliza los servicios de otros trabajadores, el patrón de aquél, lo será también de éstos. Según los artículos 13°, 14° y 15° de la misma ley, se puede

⁽¹⁰⁾ CUEVA, Mario de la, *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, México, 1977, p. 160.

⁽¹¹⁾ DE BUEN, Néstor, *Derecho del Trabajo*, México, 1977, p. 454.

⁽¹²⁾ *Op. cit.*, p. 163.

⁽¹³⁾ CALDERA, *op. cit.*, p. 337.

evitar la responsabilidad económica cuando el intermediario sea solvente. De lo contrario, las obligaciones derivadas de la relación de trabajo recaerán en el beneficiario directo de las obras o servicios ⁽¹⁴⁾.

En el mismo sentido, la Ley del Contrato de Trabajo de Argentina, en su artículo 29°, ordena que "los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios, responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social". Similar disposición encontramos en el artículo 30°, referido a los que cedan a otros el establecimiento laboral, o contraten o subcontraten trabajos o servicios correspondientes a la actividad laboral del establecimiento ⁽¹⁵⁾.

En la legislación peruana encontramos la Resolución Suprema N° 27 de 15 de marzo de 1958, referida al trabajo en construcción civil. Dicha disposición ordena que el propietario de la obra es responsable de manera solidaria con los contratistas, subcontratistas o destajeros por el pago de los beneficios sociales de los trabajadores.

4. El intermediario en la legislación peruana

La legislación peruana, desde los inicios del presente siglo se preocupó de prohibir la contratación de trabajadores, por medio de los llamados "enganchadores" o intermediarios, tanto en el sector público como privado ⁽¹⁶⁾. Esta preocupación obedeció a la protesta generalizada ante la conciencia del país por la forma como se explotaban a los trabajadores enganchados en el trabajo de montaña, minería y latifundios agrícolas, entre otros ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ DE BUEN, *op. cit.*, p. 441.

⁽¹⁵⁾ Véase, MEILIJ, Gustavo Raúl, *Contrato de Trabajo*, Buenos Aires, 1980, t. I, pp. 186 y 191.

⁽¹⁶⁾ Véanse la Ley 1183 de 1909, la Resolución Ministerial de 2 de enero de 1911 y el Decreto Supremo de 7 de diciembre de 1921.

⁽¹⁷⁾ RAMIREZ OTAROLA, Jorge, *Codificación de la Legislación del Trabajo y de Previsión Social*, Lima, 1963, pp. 14 y 15.

No podemos decir que desde entonces el intermediario, en la contratación laboral haya sido erradicado, pero al menos su utilización estaba restringida. Su existencia se debía en algunos casos a las disposiciones legales de excepción, y en otros, a la falta de control adecuado por parte de las autoridades de trabajo.

El incremento del desempleo y subempleo en el Perú, fue un buen motivo o pretexto para que en la actual década se dictaran dispositivos legales que no sólo permiten, sino que estimulan la intermediación en la contratación laboral. En efecto, el 8 de noviembre de 1991 se promulgó el Decreto Legislativo 728 que liberaliza el mercado del trabajo ⁽¹⁸⁾. Esta ley, además de crear formas atípicas de prestación de servicios a las que ya nos hemos referido, flexibiliza la extinción del contrato de trabajo, permite y promueve el funcionamiento de intermediarios, mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales y empresas de servicios complementarios.

A continuación, analizaremos cada una de estas formas, evaluando en la medida de lo posible los resultados de las mismas, respecto a las expectativas cifradas, teniendo en cuenta sus cuatro años de vigencia.

a) Las Cooperativas de Trabajadores

Estas entidades se conciben como formas asociativas de trabajadores que deseen constituir sus propias empresas, como un mecanismo eficaz para la generación de nuevos puestos de trabajo (art. 146°). Por su parte, el Reglamento del Decreto Legislativo 728, dice que las cooperativas de trabajadores tienen como objeto ser fuente de trabajo para quienes al mismo tiempo sean sus socios y trabajadores (art. 69°).

Sin embargo, en los artículos 147° y 154° del citado Decreto Legislativo, se aprecian los propósitos reales, de que las cooperativas de trabajadores puedan ser utilizadas como instrumentos de reducción de personal de las empresas. Efectivamente, estos dispositivos permiten que las empresas y los trabajadores puedan acordar el retiro de estos últimos y pasarlos a nuevas entidades que los servidores cesados conformen, llamadas cooperativas, con lo cual no se genera

(18) El Decreto Legislativo está basado en un proyecto de ley de fomento del empleo, preparado por el FREDEMO, organización política que postuló a Mario Vargas Llosa a la Presidencia de la República en 1990. Al perder éste la elección, muchos de sus líderes pasaron a formar parte del gobierno de Fujimori y convirtieron en ley el citado proyecto, que era parte del programa de gobierno que la mayoría de los peruanos rechazó en esas elecciones.

nuevos puestos de trabajo.

Las cooperativas de trabajadores, debidamente constituidas e inscritas en los Registros Públicos, podrán prestar sus servicios a otras empresas denominadas usuarias (art. 151°), pudiendo alcanzar hasta un veinte por ciento de la totalidad de los trabajadores de éstas (art. 177°). Las cooperativas prestarán sus servicios, a las empresas usuarias, con sus socios trabajadores, contando con la supervisión propia de los mismos y proporcionando, cuando sea el caso, los bienes y equipos que resulten necesarios para el desarrollo del objeto del contrato (art. 152°). El plazo máximo de los contratos será de tres años, pudiendo ser renovado de común acuerdo (art. 153°).

Finalmente, el dispositivo legal contempla la formación de cooperativas, constituidas con trabajadores cesantes de las empresas, suministradoras de servicios complementarios a los procesos de producción que se llevan a cabo en las empresas usuarias, tales como provisión de insumos o de materias primas, o para tareas de carácter especializado como labores de control de calidad y de acabado final (art. 154°).

Del contenido de los dispositivos glosados, podemos concluir que estamos frente a lo que en la doctrina del cooperativismo se denomina "cooperativa de producción y trabajo", pero totalmente distorsionada. En la legislación peruana, esta denominación es muy familiar y su forma está muy difundida en las actividades del transporte, la industria azucarera y la actividad agrícola. En las cooperativas de producción y trabajo, los socios trabajan para producir bienes o servicios determinados que se venden en el mercado y los resultados se distribuyen entre ellos. De esta manera, construyen una empresa cooperativa que les pertenece colectivamente, que les proporciona puestos de trabajo, que produce bienes por su cuenta y riesgo y cuyos beneficios se distribuyen individualmente.

En una cooperativa que oferta servicios de transporte, por ejemplo, los trabajadores se asocian, adquieren sus vehículos y ellos mismos los manejan para ponerlos a disposición del público. En las cooperativas azucareras, los trabajadores son dueños, colectivamente, de los fundos agrícolas y demás instalaciones. Ellos, en calidad de socios, los trabajan hasta poner en el mercado el producto final, distribuyéndose posteriormente los beneficios.

Lo fundamental en esta clase de cooperativas es que las mismas son dueñas de los medios de producción. De ahí que la doctrina las caracterice como formas en las cuales se integran capital y trabajo, eliminando al empresario capitalista. Pero nada de esto propician las "cooperativas de trabajadores" contempladas por el Decreto

Legislativo 728. Lo que éste busca, es que los trabajadores se asocien en cooperativas para que bajo este "camuflaje", los empresarios continúen disponiendo de mano de obra, supuestamente sin subordinación, con el consiguiente deterioro de los derechos laborales.

Aquí están ausentes todos los elementos caracterizantes de una cooperativa de producción y trabajo, tales como:

- a. No se busca que los trabajadores sean dueños de los medios de producción, toda vez que los mismos siguen siendo del empresario.
- b. No son dueños de los puestos de trabajo, pues los mismos continúan perteneciendo al empresario beneficiario de los servicios.
- c. La cooperativa, no crea por sí misma nuevos puestos de trabajo, por estar supeditada a los requerimientos del empresario.
- d. No crea bienes en su beneficio, en razón de que los productos producidos son de la empresa beneficiaria de los servicios.
- e. No constituye una forma que integre el capital y trabajo, en vista que el empresario sigue explotando al trabajador.
- f. No es una alternativa de solución a los problemas de desempleo, ni una forma para lograr el bienestar de los trabajadores.

Si a estos inconvenientes se añade el comportamiento de algunos empleadores durante la vigencia del Decreto Legislativo 728, el resultado de la evaluación que se puede hacer, después de cuatro años de vigencia, lamentablemente es desfavorable.

La primera experiencia que recogemos, es que las cooperativas de trabajadores se han constituido en aquellas empresas que han buscado descargar sus planillas de trabajadores y reducir el costo de la mano de obra. Ante la amenaza de perder su trabajo, los servidores han aceptado salir de la planilla del empresario y pasar a formar parte de la cooperativa que se convierte en un instrumento que utiliza el empleador, en unos casos para licenciar trabajadores y en otros, para liberarse de obligaciones laborales o crear discriminaciones salariales.

Un ejemplo de que las cooperativas, a que se refiere el Decreto Legislativo 728, son un artificio, lo constituye el fenómeno que se produce en la empresa denominada Hierro Perú, la misma que en el proceso de privatización fue transferida a la entidad china Shougang. Esta, utilizando el Decreto Legislativo 728, impulsó la formación de una cooperativa a la que transfirió una gran cantidad de sus trabajadores que previamente fueron cesados, pero continuaron laborando desde la

cooperativa. Lo peculiar, en este caso, es que los trabajadores cooperativizados, no hace mucho, se declararon en huelga y exigieron que la empresa Shougang atendiera un pliego de peticiones. Esta, para superar los inconvenientes que la medida de fuerza le ocasionaba, tuvo que negociar, guardando las apariencias del caso.

En esa oportunidad, los trabajadores cooperativizados cuestionaron a la cooperativa, expresando que se trataba de una entidad al servicio de la empresa china, y que los dirigentes de aquella, en muchos casos, eran designados por el empleador beneficiario de los servicios.

Otro caso peculiar que se puede señalar es el que se presenta en una empresa capitalina muy importante, dedicada a la fabricación de alambres y clavos. Aquí, la cooperativa es una entidad que funciona en forma paralela a la empresa, e incluso algunos aspectos de la administración de la primera, está a cargo de esta última. Contando con tal mecanismo, los trabajadores son movidos de una entidad a otra de acuerdo a las necesidades e intereses de la empresa manufacturera.

De lo expuesto podemos concluir que las cooperativas en cuestión, contempladas por el Decreto Legislativo 728, no contribuyen al desarrollo del sistema cooperativo en materia de empleo, sino que han servido como fachada para encubrir relaciones laborales, en detrimento de los derechos de los trabajadores.

b) Las Empresas de Servicios Temporales

Según el Decreto Legislativo 728, se denomina empresa de servicios temporales a aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador (art. 175°). Con una mayor precisión, el Reglamento del citado Decreto Legislativo nos dice que se considera empresa de servicios temporales, a aquella que constituida como persona jurídica, tenga por objeto exclusivo, poner personal a disposición de terceros, para cubrir necesidades temporales (art. 84°).

Estas empresas se pueden constituir con un capital social mínimo equivalente a cinco unidades impositivas tributarias, esto es, unos ocho mil soles, que al tipo de cambio actual asciende a tres mil quinientos dólares (art. 180°, inc. b).

Además, para que el Ministerio de Trabajo autorice el funcionamiento de estas empresas, deben de tomar una póliza de seguros por un valor mínimo de diez unidades impositivas tributarias, que equivale, aproximadamente a 16 mil soles. Esta cantidad está destinada a asegurar pago de salarios, indemnizaciones y prestaciones

sociales, en caso de iliquidez de la empresa (art. 180°, inc. c).

Los trabajadores proporcionados por las empresas de servicios, pueden estar destinados a cubrir labores de puestos permanentes del usuario, cuando hubiera quedado vacante, transitoriamente, por ausencia del trabajador permanente de la empresa usuaria. Igualmente, podrán cubrirse puestos no permanentes creados por el usuario por necesidades temporales (art. 85° del Reglamento). El número de trabajadores que podrá prestar servicios a través de estas empresas no excederá del 20 por ciento del total de trabajadores del usuario (art. 177°).

En el Perú, estas empresas se han difundido con el término inglés de "service", que traducido al español significa servicio. Se trata de empresas mercantiles constituidas bajo la forma de sociedades anónimas. La propiedad y gestión de los "services" no corresponde a los trabajadores, sino a los accionistas que habiendo aportado un capital, constituyen una empresa cuyo objeto es proporcionar trabajadores a las empresas productoras de bienes o servicios.

Esta clase de comercio que, de acuerdo al Decreto Legislativo 728, sólo debería aplicarse en el ámbito privado, también se ha extendido a todo el sector público. Tal extensión se ha producido debido a que, en forma simultánea a la dación del Decreto Legislativo 728, se han dictado dispositivos legales por los cuales a una gran parte de los trabajadores de la administración pública, se les ha puesto bajo el régimen legal laboral de la actividad privada, logrando así que en el sector público sea de aplicación el Decreto Legislativo 728.

En otros casos, en los que no se ha recurrido a esta medida, se ha ampliado considerablemente la contratación de los denominados "servicios no personales", mecanismo por el cual se consiguen trabajadores fuera de la reglamentación del ámbito laboral, para ubicarlos dentro de una figura atípica que supuestamente sería de carácter civil.

Si se tiene en cuenta que el actual modelo de relaciones laborales que impera en el Perú, se caracteriza por el debilitamiento de las organizaciones sindicales y el reforzamiento del poder patronal, tratándose del Estado esa potestad es mayor. Esto ha originado la implantación generalizada de los "services" en el sector público, en muchos casos vulnerándose las limitaciones que contiene el Decreto Legislativo 728, y con la consiguiente burla de los derechos laborales de los servidores públicos. Un ejemplo de este comportamiento lo encontramos en el Seguro Social, en el que una parte muy significativa de médicos y personal administrativo labora a través de "services".

En el sector privado, también se aprecian distorsiones serias. En unos casos, las propias empresas usuarias, de alguna manera, son dueñas de los "services" que los constituyen, con la finalidad de lograr el abaratamiento de los costos de la mano de obra de las empresas usuarias. En este sentido, es frecuente la confusión de los trabajadores que cuando laboran ni sospechan que lo hacen para el "service", sino que por el contrario piensan que trabajan para la empresa beneficiaria de los servicios.

De esta manera, el "service" es una nueva forma de negocio que pueden explotar los empresarios o personas ligadas a la empresa beneficiaria. El negocio ha resultado muy lucrativo. Por una parte, la empresa beneficiaria no tiene inconveniente en abonar sumas significativas al "service", por la mano de obra proporcionada, en razón de la ligazón o cercanía existente entre ambas. Esto permite, a la vez, que la primera pueda deducir dichos pagos como gasto para fines tributarios, lo que significa pagar menos impuesto al Estado.

Pero por otra parte, ante la carencia de reglamentación, las cantidades que recibe el "service" por la mano de obra de cada trabajador, son inmensamente superiores al salario que se le abona al trabajador. Así, por ejemplo, el Hospital Edgardo Rebagliati abona al "service" por la mano de obra de una auxiliar de enfermería, la cantidad de un mil soles mensuales, y lo que la trabajadora percibe, laborando un promedio de doce horas diarias, asciende a doscientos soles mensuales.

Si se tiene en cuenta el poco capital que se requiere invertir para constituir un "service", el negocio es muy rentable, con el agravante de que su funcionamiento constituye un retorno a formas que se creían erradicadas, por ser atentatorias contra la dignidad humana y convertir el trabajo en una mercancía.

Consideramos que es urgente el establecimiento de dispositivos legales que pongan límite a esta desproporción, regulando el aspecto remunerativo en lo que hoy podemos ya denominar el sector de las empresas de servicios, más cotidianamente denominadas "services".

También debe señalarse que el Decreto Legislativo 728, contraviniendo el sentir mayoritario de la doctrina, destruye el criterio por el cual se reconoce la existencia de una responsabilidad solidaria entre intermediario y beneficiario del servicio, frente a los derechos laborales del trabajador.

En su lugar, el Decreto Legislativo establece la obligación de la empresa de servicios de contratar una póliza de seguros, por un valor no menor a diez unidades impositivas tributarias, para asegurar salarios y demás beneficios, en caso de

iliquidez de la empresa intermediaria. Consideramos que la medida es insuficiente, sobre todo en el caso de que la empresa de servicios utilice cantidades considerables de trabajadores.

Si bien, el Decreto Legislativo 728 se refiere a servicios temporales, pero esto es muy relativo, debido a que, al hacer tal referencia, se remite a su Título III, el mismo que contempla los contratos de naturaleza temporal, de naturaleza accidental, y de obra o servicio. Cada uno de estos, a su vez, contiene una variedad de formas. Como ya lo hemos señalado anteriormente, muchas de esas formas tienen una temporalidad presunta y no real, con lo cual, allá donde para la ley haya temporalidad, puede suceder que realmente no exista. Consecuentemente, tal presunción se extiende a las posibilidades de contratación a través de "services".

c) Las Empresas de Servicios Complementarios

En este caso, también estamos frente a los denominados "services". Esta variedad se diferencia de la anterior por el hecho de que los servicios de mano de obra estarán destinados a las actividades complementarias de la empresa usuaria, tales como mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado. Estas últimas, son aquellas que no están comprendidas en las actividades principales que realiza la empresa usuaria y que para su ejecución requiere de personal altamente calificado (art. 182°).

En estas empresas, el objeto social no son los servicios temporales, sino los servicios complementarios. Aquí se presentan las mismas distorsiones, los mismos inconvenientes que en las anteriores, y por lo tanto, requiere de correctivos semejantes, resultando urgente la regulación salarial.

d) Los contratistas en la actividad de la construcción civil

En la actividad de la construcción civil, son las empresas constructoras las encargadas de edificar con sus trabajadores las construcciones que les encomiendan los dueños de las obras. La legislación peruana, al constatar que en estos casos existen prestaciones de servicios triangulares, establece la responsabilidad solidaria entre empresa constructora y el dueño de la obra, frente a los derechos de los trabajadores.

Pero en esta misma actividad se presentan formas triangulares de segundo nivel que se da entre la empresa constructora, los contratistas y los trabajadores. La operación consiste en que la primera de las nombradas, no hace el trabajo con sus

trabajadores, sino que cede ese derecho a un tercero llamado contratista, quien ejecutará la labor con sus propios trabajadores, los mismos que no tienen vínculo laboral alguno con las empresas constructoras.

Todavía es posible encontrar, en este ámbito, modalidades triangulares de tercer nivel, debido a la intervención del subcontratista. Es decir, es el contratista el que cede el derecho de hacer su trabajo a un subcontratista para que éste lo haga personalmente o con trabajadores que habitualmente disponga. La legislación peruana, como ya lo señalamos, establece responsabilidad solidaria, entre empresas constructoras, contratistas y subcontratistas con el dueño de la obra, frente a los derechos de los trabajadores.

En esta actividad, no es tan frecuente las distorsiones remunerativas entre intermediarios y trabajadores, por la existencia de convenios colectivos a nivel de toda la industria de construcción, que regulan las remuneraciones y demás derechos laborales de los trabajadores ⁽¹⁹⁾. Así por ejemplo, los salarios se fijan en base a las categorías de operario, oficial y peón, sin tener en cuenta si el trabajador depende de la empresa constructora, del contratista, o del subcontratista. De igual manera, los pagos por concepto de vacaciones, compensación por tiempo de servicios y otros beneficios se liquidan de la misma forma, independientemente de quién sea el empleador.

Como puede verse, en este caso la organización sindical de los trabajadores contribuye a la elaboración de un estatuto, que hace posible la garantía de condiciones mínimas en favor de este sector laboral.

Finalmente, debemos señalar que la naturaleza de la actividad de la construcción civil, justifica la necesidad del intermediario, haciendo presente el rol que juegan las organizaciones sindicales en su funcionamiento y control.

5. Conclusiones finales

De lo expuesto podemos concluir que el Decreto Legislativo 728, ha liberado la contratación laboral.

(19) El Decreto Supremo de 2 de marzo de 1945 fija las categorías de operario, ayudante u oficial y peón. Sobre esta base se definen las labores que deben realizar, y se señala convencionalmente sus salarios mínimos.

Como ya lo expresamos, hasta la promulgación de este Decreto Legislativo, en términos generales, primaba el contrato tipo de duración indeterminada y a tiempo completo.

El citado Decreto Legislativo, por una parte estimula la contratación temporal creando una amplia gama de posibilidades, incluso estableciendo temporalidades presuntas en algunas actividades, dentro de lo que el citado dispositivo denomina, contratos sujetos a modalidad.

Pero por si esto fuera poco, no solo tolera, sino que también estimula la figura del intermediario en la contratación laboral. Todo esto, como ya lo dijimos, bajo el fundamento de la necesidad o pretexto de la creación de puestos de trabajo, objetivo que no se ha cumplido, y que si alguna vez es realidad en el país, no será por un esquema como el contenido en el Decreto Ley 728. En efecto, la dinámica que imprime éste, en el mercado del trabajo, no está dirigida, fundamentalmente a crear puestos de trabajo, sino a rotarlos entre los mismos trabajadores.

Asimismo, debemos señalar que no en todos los casos las empresas han logrado reducir el costo de la mano de obra, a través de las empresas intermediarias, sino por el contrario incrementar el mismo. No son pocas las empresas que han iniciado el retorno pasando a los trabajadores, de las empresas intermediarias, ("*services*" y cooperativas), a su propia planilla.

Es urgente la reglamentación del aspecto remunerativo en el sector de las empresas intermediarias de servicios, en razón de que no existen dispositivos legales que regulen, en forma racional, los ingresos que perciban éstas y el salario que se abonen a los trabajadores.

Finalmente, los aspectos relativos al control de las limitaciones que establece el Decreto Legislativo 728, tales como la naturaleza temporal o complementaria de los servicios a cargo de los intermediarios, proporción de personal que pueden cubrirse con los "*services*", la contratación de pólizas que aseguren los beneficios laborales en caso de iliquidez de las empresas de servicios, no son eficaces, debido a la carencia de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo para los citados menesteres.

En el sector público, la distorsión y mal uso de las empresas intermediarias, así como de los denominados "*servicios no personales*", son mucho más delicados, por ser el Estado quien los practica.