

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA



ESCUELA DE POSTGRADO

**LA SIMULACIÓN Y EL FRAUDE CONTRACTUAL
COMO CAUSALES DE DESNATURALIZACIÓN DE
LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN AREQUIPA
PERIODO 2011-2013**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN
DERECHO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**

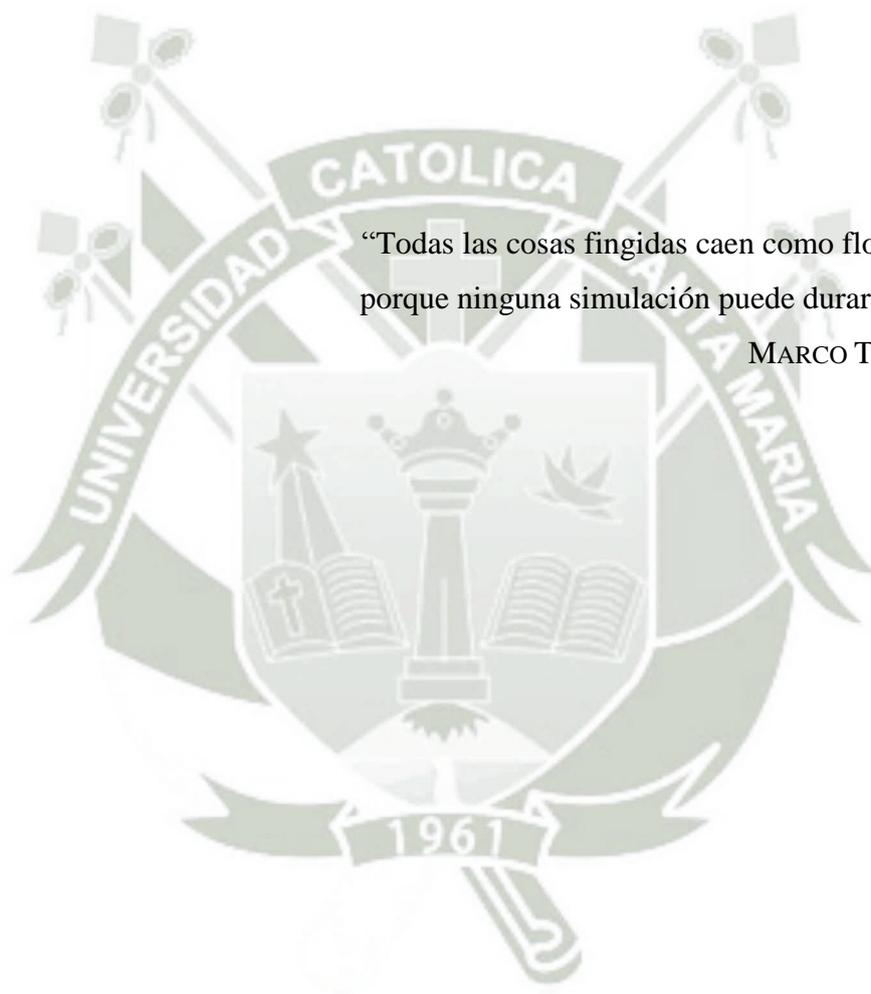
**AUTOR:
MARLON HUMBERTO DE LA CRUZ CARPIO**

**AREQUIPA – PERÚ
2015**



A NATALY, mi esposa,
por su amor, amistad, consejo e invaluable compañía.

A HUMBERTO Y JULIA, mis padres,
porque su ejemplo de vida me motivó a ser Abogado.



“Todas las cosas fingidas caen como flores marchitas,
porque ninguna simulación puede durar largo tiempo”

MARCO TULLIO CICERÓN

ÍNDICE

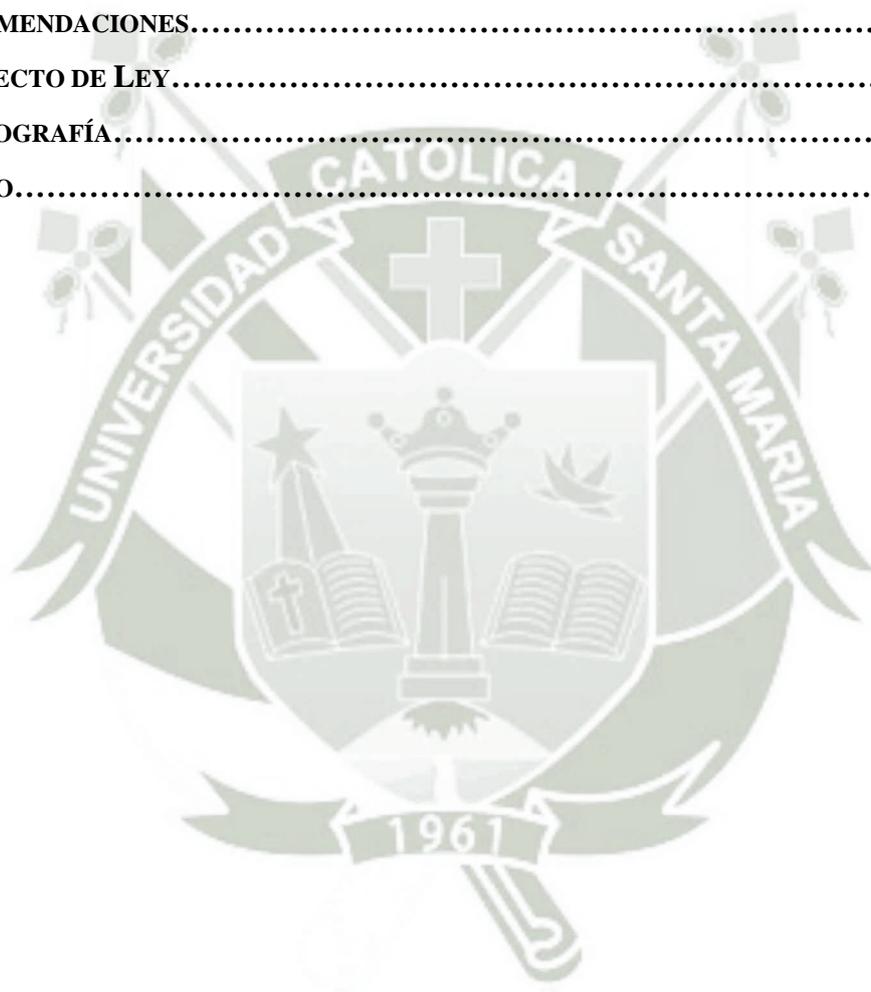
| | Pág. |
|--|-------------|
| INTRODUCCIÓN | 09 |
| RESUMEN | 13 |
| ABSTRACT | 15 |
| CAPÍTULO I: LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL PERÚ | 17 |
| 1. ANTECEDENTES..... | 17 |
| 1.1. Conceptos Previos..... | 17 |
| 1.2. Flexibilización y Desregulación Laboral en el Perú..... | 19 |
| 1.3. La Intermediación Laboral en el Perú..... | 23 |
| 2. DEFINICIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL..... | 27 |
| 2.1. Según la Legislación..... | 27 |
| 2.2. Según la Doctrina..... | 29 |
| Gráfico N° 01 Estructura de la Intermediación Laboral..... | 31 |
| 2.3. Según la Jurisprudencia..... | 31 |
| 2.4. A Manera de Definición..... | 32 |
| 3. ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL..... | 33 |
| 3.1. Elementos..... | 33 |
| 3.2. Características..... | 37 |
| 4. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON LAS RELACIONES LABORALES ORDINARIAS.... | 40 |
| 4.1. Diferencias entre las relaciones laborales ordinarias y la intermediación laboral..... | 40 |
| Cuadro N° 01 Diferencias..... | 45 |
| 4.2. Similitudes entre las relaciones laborales ordinarias y la intermediación laboral..... | 45 |
| Cuadro N° 02 Similitudes..... | 47 |
| 5. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON LA TERCERIZACIÓN LABORAL..... | 47 |
| 5.1. Diferencias entre la intermediación laboral y la tercerización laboral..... | 47 |
| Cuadro N° 03 Intermediación y Tercerización: Diferencias..... | 48 |
| Gráfico N° 02 Diferencias entre la Intermediación y la Tercerización..... | 49 |
| Cuadro N° 04 Cuadro Comparativo entre Intermediación y Tercerización..... | 50 |
| 5.2. Similitudes entre la intermediación laboral y la tercerización laboral.... | 50 |

| | |
|--|-----------|
| Cuadro N° 05 Similitudes..... | 51 |
| 6. MARCO NORMATIVO VIGENTE..... | 51 |
| Cuadro N° 06 Marco Normativo Vigente..... | 52 |
| CAPÍTULO II: DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL..... | 53 |
| 1. LA DESNATURALIZACIÓN CONTRACTUAL LABORAL Y EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD..... | 53 |
| 2. ¿SUPUESTOS DE INFRACCIÓN O EXPRESAS CAUSALES DE DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL?..... | 58 |
| Cuadro N° 07 Supuestos de Incumplimiento Formal de la Intermediación Laboral..... | 64 |
| Cuadro N° 08 Diferencia entre los Supuestos de Infracción y la Desnaturalización de la Intermediación Laboral..... | 67 |
| 3. DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL..... | 67 |
| 4. LA SIMULACIÓN Y EL FRAUDE CONTRACTUAL COMO CAUSALES DE DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL..... | 71 |
| Cuadro N° 09 Simulación Fraude y Desnaturalización..... | 73 |
| Gráfico N° 03 Simulación y Fraude Contractual en la Intermediación Laboral... | 76 |
| CAPÍTULO III: PRESENCIA DE SIMULACIÓN Y FRAUDE CONTRACTUAL EN LAS INTERMEDIACIONES LABORALES DE AREQUIPA..... | 78 |
| 1. REALIDAD ADMINISTRATIVA..... | 78 |
| 1.1. Subdirección de Inspecciones de Trabajo, Seguridad y Salud de Arequipa..... | 78 |
| Cuadro N° 10 Realidad Administrativa Laboral en Arequipa..... | 79 |
| 1.2. Zona Desconcentrada de El Pedregal..... | 80 |
| Cuadro N° 11 Realidad Administrativa en El Pedregal..... | 80 |
| 1.3. Zona Desconcentrada de Camana..... | 80 |
| Cuadro N° 12 Realidad Administrativa Laboral en Camana..... | 81 |
| 1.4. Zona Desconcentrada de Mollendo..... | 81 |
| Cuadro N° 13 Realidad Administrativa Laboral en Mollendo..... | 81 |
| 1.5. Realidad Administrativa en Materia de Intermediación Laboral..... | 82 |
| Cuadro N° 14 Trabajadores en Empresas de Intermediación Laboral en el Sector Privado 2011..... | 82 |

| | |
|---|----|
| Cuadro N° 15 Empresas de Intermediación Laboral en el Sector Privado 2011-2013..... | 83 |
| 2. REALIDAD JUDICIAL..... | 84 |
| 2.1. Primer Juzgado de Trabajo..... | 84 |
| Cuadro 16 Sentencias 1JT CSJA..... | 84 |
| Cuadro 17 Proceso Intermediación Laboral 01..... | 85 |
| 2.2. Segundo Juzgado de Trabajo..... | 85 |
| Cuadro 18 Sentencias 2JT CSJA..... | 86 |
| Cuadro 19 Proceso Intermediación Laboral 02..... | 86 |
| Cuadro 20 Proceso Intermediación Laboral 03..... | 87 |
| Cuadro 21 Proceso Intermediación Laboral 04..... | 88 |
| 2.3. Juzgado de Trabajo de Cerro Colorado..... | 88 |
| Cuadro 22 Sentencias JT Cerro Colorado..... | 89 |
| 2.4. Primer Juzgado Mixto de Mariano Melgar..... | 89 |
| Cuadro 23 Sentencias 1JM Mariano Melgar..... | 89 |
| 2.5. Segundo Juzgado Mixto de Mariano Melgar..... | 89 |
| Cuadro 24 Sentencias 2JM Mariano Melgar..... | 90 |
| 2.6. Primer Juzgado Mixto de Paucarpata..... | 90 |
| Cuadro 25 Sentencias 1JM Paucarpata..... | 90 |
| 2.7. Segundo Juzgado Mixto de Paucarpata..... | 91 |
| Cuadro 26 Sentencias 2JM Paucarpata..... | 91 |
| 2.8. Juzgado Civil de Hunter..... | 91 |
| Cuadro 27 Sentencias JC Hunter..... | 92 |
| 2.9. Juzgado Mixto de Majes – El Pedregal..... | 92 |
| Cuadro 28 Sentencias JM Majes – El Pedregal..... | 92 |
| 2.10. Juzgado Civil de Camana..... | 92 |
| Cuadro 29 Sentencias JC Camana..... | 93 |
| 2.11. Juzgado Civil de Islay – Mollendo..... | 93 |
| Cuadro 30 Sentencias JC Islay – Mollendo..... | 93 |
| 2.12. Juzgado Mixto de Aplao..... | 94 |
| Cuadro 31 Sentencias JM Aplao..... | 94 |
| 2.13. Sala Mixta Itinerante de Camana..... | 94 |

| | |
|---|-----|
| Cuadro 32 Sentencias de Vista SM Camana..... | 95 |
| 2.14. Primera Sala Laboral Permanente de Arequipa..... | 95 |
| Cuadro 33 Sentencias de Vista 1SLP CSJA..... | 95 |
| Cuadro 34 Proceso Intermediación Laboral 05..... | 96 |
| Cuadro 35 Proceso Intermediación Laboral 06..... | 97 |
| Cuadro 36 Proceso Intermediación Laboral 07..... | 98 |
| Cuadro 37 Proceso Intermediación Laboral 08..... | 99 |
| Cuadro 38 Proceso Intermediación Laboral 09..... | 100 |
| Cuadro 39 Proceso Intermediación Laboral 10..... | 101 |
| 3. CASUISTICA ADVERTIDA..... | 101 |
| Grafico N° 04 Porcentaje Procesos de Intermediación Laboral..... | 102 |
| 3.1. Sujetos Emplazados con la Demanda..... | 102 |
| Gráfico N° 05 Sujetos Emplazados..... | 102 |
| 3.2. Petitorio..... | 103 |
| Grafico N° 06 Pretensión Principal..... | 103 |
| Grafico N° 07 Pretensión Accesoría..... | 104 |
| 3.3. Fundamentos de Hecho Invocados..... | 104 |
| Grafico N° 08 Tiempo Laborado..... | 104 |
| Gráfico N° 09 Contacto Inicial y Trato Directo..... | 105 |
| Gráfico N° 10 Selección o Capacitación Previa de Entidad Intermediadora..... | 105 |
| Gráfico N° 11 Ejecución Permanente de la Actividad Principal..... | 106 |
| Gráfico N° 12 Corresponde de Labor Destacada y Labor Efectivamente Prestada..... | 106 |
| Gráfico N° 13 Autorización de Entidad Intermediadora para Destacar Personal | 107 |
| Gráfico N° 14 Correspondencia entre Autorización de RENNEIL y Destaque de Personal Efectivamente Realizado..... | 107 |
| Gráfico N° 15 Utilización de otras Modalidades Contractuales Combinadas o Superpuestas a la Intermediación Laboral..... | 108 |
| Gráfico N° 16 Varias Entidades de Intermediación Laboral..... | 108 |
| Gráfico N° 17 Labor sin Contrato Vigente..... | 109 |
| 3.4. Decisiones Judiciales..... | 109 |
| Gráfico N° 18 Decisiones Judiciales..... | 109 |

| | |
|---|------------|
| 3.5. Casuística Advertida..... | 110 |
| 3.6. Posibilidad de Obtener una Decisión Judicial sobre Simulación y/o Fraude Contractual a la Intermediación Laboral..... | 112 |
| Cuadro 40 Proceso de Intermediación Laboral 11..... | 114 |
| Cuadro 41 Proceso de Intermediación Laboral 12..... | 115 |
| Cuadro 42 Proceso de Intermediación Laboral 13..... | 116 |
| Cuadro 43 Proceso de Intermediación Laboral 14..... | 117 |
| CONCLUSIONES..... | 120 |
| RECOMENDACIONES..... | 122 |
| PROYECTO DE LEY..... | 123 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 126 |
| ANEXO..... | 131 |



INTRODUCCIÓN

Hace un tiempo –en mi faceta de abogado litigante- tuve la ocasión de recibir en mi oficina a un grupo de trabajadores que solicitando mis servicios profesionales me planteaban un caso hasta ese momento novísimo para mi persona: la intermediación laboral.

Automáticamente recordé las leyes especiales que regulaban dicha institución laboral (Ley N° 27626 y Decreto Supremo N° 002-2003-TR, por mencionar solo algunas), motivo por el cual les explique cómo se configuraba esta relación tripartita (empresa intermediadora, empresa usuaria y trabajador destacado).

Evidentemente, era un tanto difícil poder explicarles a este grupo de personas que si bien la regla general hacía referencia a una relación bilateral, la intermediación laboral era un supuesto diferente en donde la persona aprehensible para ellos, la que les dictaba órdenes a cumplir, la que se veía beneficiada de su trabajo no era su empleador. A pesar de ello, estas personas seguían insistiendo en que jamás conocieron a dos sujetos distintos (empresa usuaria y empresa intermediadora) sino que desde siempre mantuvieron contacto y comunicación exclusiva y directa con un único empleador. En ese momento comprendí que dichas personas a lo que hacían referencia era a que la formalidad aprehensible de los documentos había traspasado la realidad. Comprendí que nos encontrábamos ante la simulación y fraude contractual.

Advertido ello, revisé literal y minuciosamente el contenido total de la Ley N° 27626 y el Decreto Supremo N° 002-2003-TR así como demás normas conexas; empero, grande fue mi sorpresa cuando encontré que en todos sus articulados se regulaba a la intermediación laboral bajo la concepción de una existencia previamente formalizada no haciendo referencia alguna a la intermediación laboral bajo su concepción material (inexistencia por simulación y fraude contractual) que era precisamente el caso que se me planteaba. El interés y la motivación por resolver esta controversia derivada de un supuesto vacío legal, había iniciado.

En razón a ello, decidí realizar la presente investigación con el único objeto de verificar si dicha causal (simulación y fraude) había sido omitida por el legislador por error o por convicción. Es decir, si esta causal contenía en sí misma la trascendencia e importancia como para requerir necesariamente la ampliación de la regulación laboral vigente sobre dicha materia.

Así entonces, el presente trabajo de investigación constituye la respuesta a esta incertidumbre jurídica, respuesta que considero bastante detallada en sus fundamentos y análisis sobre las realidades administrativas y judiciales en la ciudad de Arequipa.

Para ello, he dividido la investigación en tres capítulos, siendo los dos primeros de contenido estrictamente doctrinario-analítico y, el último de análisis práctico-analítico ante la realidad advertida en el trabajo de campo.

Es así, que el primer capítulo denominado “La Intermediación Laboral en el Perú” tiene por objeto inicial el ubicar la investigación dentro del contexto histórico que motivó su dación legislativa; para ello, me pronunciaré sobre la flexibilización, desregulación y externalización laboral ocurrida a inicios de la década de los 90 así como el panorama legislativo vigente sobre Intermediación Laboral. Posteriormente, se ofrece una definición elaborada por el autor, así como la determinación de los elementos y características de toda intermediación laboral. De esa forma, se ha cotejado a dicha institución frente a las relaciones laborales ordinarias y la tercerización laboral, con la finalidad de apreciar las diferencias y semejanzas que rodean a las mismas, en atención a la naturaleza bilateral o trilateral, sus aspectos sustanciales, rango de acción, efectos jurídicos, etc. Este capítulo finaliza con la precisión del marco legislativo vigente.

El segundo capítulo tiene por denominación “La Desnaturalización de la Intermediación Laboral” porque precisamente este capítulo constituye el objeto de estudio de la presente investigación. Se analizan los supuestos de infracción a la intermediación laboral bajo los criterios jurisprudenciales y doctrinarios de la desnaturalización laboral, a fin de determinar si –para el caso de la intermediación laboral- se tratan de figuras jurídicas idénticas o cada una contiene y mantiene su singularidad. En este análisis se

invocará el principio de primacía de realidad por ser el único principio que puede ofrecer un panorama claro y preciso del plano material en el que se desarrollan dichas relaciones laborales. De dichas relaciones laborales se podrá determinar y ubicar al verdadero empleador, responsable de todas las obligaciones laborales respecto del trabajador.

En el tercer capítulo, denominado Presencia de Simulación y Fraude Contractual en las Intermediaciones Laborales de la Ciudad de Arequipa, se presentan las realidades advertidas ante la Gerencia Regional de Trabajo de Arequipa (escenario administrativo), sea para ubicar los requisitos y procedimientos administrativos derivados de la autorización de las empresas de intermediación laboral, el registro de los contratos suscritos en razón de la intermediación laboral, las políticas inspectivas y los supuestos-tipo de denuncias accionadas ante dicha autoridad administrativa. De igual forma, se presentan las realidades advertidas ante la Corte Superior de Justicia de Arequipa (escenario judicial) a efecto de dar a conocer los supuestos-tipo de pretensiones judiciales referidas a la intermediación laboral. En base a estas dos realidades, se ofrece una lista taxativa de la casuística advertida sobre la intermediación laboral en Arequipa, para con ello acreditar que la simulación y el fraude contractual constituyen necesarias causales de desnaturalización que deberían ser incorporadas en la legislación laboral vigente por tratarse de situaciones fácticas que vienen ocurriendo en las relaciones laborales.

Dada la trascendencia de las conclusiones advertidas (existe un vacío legal en la legislación referida a la intermediación laboral), se propone un Proyecto de Ley a manera de solución a dicho problema.

En razón a todo lo expuesto, la presente investigación posibilitará en el lector el poder conocer de mucha mejor manera la realidad existente en la ciudad de Arequipa respecto de las relaciones trilateral sobre Intermediación Laboral, ello a efecto de comprender la flexibilización de las relaciones labores percibidas en nuestro entorno regional, a manera de rasgo sintomático de una realidad nacional que pese a encontrarse tan cercana, no ha merecido mayor análisis ni pronunciamiento de autores especialistas en

Derecho Laboral. Precisamente por ello, espero que la presente investigación constituya el hito referencial de inicio que posibilite mayores estudios sobre la Intermediación Laboral en el Perú y su incidencia en la realidad laboral peruana.



RESUMEN

La presente investigación ha iniciado con aquella incertidumbre advertida en mi faceta de abogado litigante respecto de la forma como viene regulándose la intermediación laboral en el Perú. En razón a que en esta investigación se desarrolla inicialmente una parte teórica (Capítulos I y II) y una parte práctica que contempla los resultados del trabajo de campo, he considerado pertinente cotejar la información obrante en las bibliotecas jurídicas conjuntamente con la doctrina nacional y la jurisprudencia sobre la materia.

Esta primera parte ha sido netamente de recolección de información, ante lo cual se ha presentado la contingencia que sobre el tema de referencia no existen muchos pronunciamientos, y los que existen no son lo suficientemente integrales como para poder obtener fundamentos significativos. Por tal motivo, si bien en el Capítulo I se han invocado algunos argumentos postulados por autores nacionales y extranjeros, en la medida de lo posible se ha tratado de elaborar un contenido propio basado en la regulación normativa así como en lo advertido en la práctica profesional diaria, de tal forma que los postulados ofrecidos constituyen verdaderos aportes del investigador a manera de intentar un desarrollo concreto de lo que verdaderamente significa la intermediación laboral en el Perú y como ésta viene regulándose desde la década de los 90', aplicándose para ellos criterios históricos que dan referencia de la flexibilización de las relaciones laboral y la desregulación del derecho laboral peruano, entre otros.

En la segunda parte se analiza la intermediación laboral bajo los supuestos de infracción y se compara con las causales de desnaturalización que denotan la validez material de esta especial contratación. Se pretende determinar si nos encontramos ante supuestos similares o estos guardan marcadas diferencias. Finalmente se ubica a las causales de simulación y fraude contractual como expresas causales de desnaturalización de la intermediación laboral.

En el tercer capítulo, propiamente se han desarrollado todos los resultados obtenidos en la investigación de campo. Para ello se ha recurrido a los criterios jurisdiccionales de los

Juzgados y Salas de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, ante quienes se ha gestionado la autorización correspondiente para poder revisar los copiadore de sentencias de primera instancia y sentencias de vista. Atendiendo al número de juzgados así como la ubicación territorial de los mismos, la realización de este trabajo de campo ha sido lo que más ha retrasado la elaboración de los hallazgos advertidos. Pese a la gran cantidad de sentencias laborales analizadas, son pocos los procesos laborales en los que se discute la desnaturalización de la intermediación laboral, hecho que obligó al investigador a recurrir a criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional que se pronuncien sobre el tema de referencia, así como a decisiones emitidas en procesos laborales en Arequipa de periodos diferentes a los objeto de investigación. Desde ya manifestar que la disposición brindada por el personal y Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa fue de gran ayuda pues sirvieron de sobremanera la consecución de este trabajo de campo.

En lo que corresponde con el trabajo de campo de la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Arequipa, éste no ha sido muy alentador pues la burocracia supera la disposición de apoyo a un trabajo académico como lo es la presente investigación. Sin perjuicio de ello, el investigador esperaba encontrar mayores hallazgos en la labor inspectiva y/o en las actas de infracción, empero se ha podido observar que la labor no es muy exhaustiva acerca de los hechos denunciados, lo que determina que las verificaciones laborales sean siempre desde un aspecto formal y bilateral.

De todo lo antes señalado, la presente investigación ha permitido acreditar que las relaciones de intermediación laboral principalmente son valoradas desde su aspecto formal, empero si el ordenamiento legal contemplase las causales de simulación o fraude, entonces podría estimarse y valorarse aspectos materiales en los que se advierte la no correspondencia ni existencia de la naturaleza trilateral de dichas relaciones laborales. Con ello considero pertinente proponer un Proyecto de Ley que modifique el artículo 14° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR por el cual se postulen a la simulación y fraude contractual como causales expresas de desnaturalización de la intermediación laboral.

ABSTRACT

The current research has started with the hesitation perceived in my role of trial attorney in regards to the Peruvian labor intermediation (regulation). Because this research was initially performed, theoretically (Chapter I and II) and then factually based on field work, I have decided to consider the current valid information on legal documentation along with the national doctrine and jurisprudence on this matter.

This initial part is the information summary used to validate the contingency in regards to the referred matter showing that there are not many opinions about it, and the ones that do exist are not consistent enough to be used. Because of that, even though in Chapter I some arguments from national and foreign authors have been quoted, original arguments have been created based on the regulated guidelines as well as on daily field work, in a way that the proposed theories are truly original. The aim of this, is to develop a concrete theory of what the real meaning of the Peruvian labor intermediation (regulation), is and how this has been being regulated since the 90s; for this purpose historical information has been applied; this information refers to the flexibility of labor relationships and de-regulation of the Peruvian labor law, among others.

In the second part, the party labor is analyzed under the supposition of an offence and it is compared against the grounds of denaturalization that indicate the material validity of this special contractual agreement. The aim is to determine what is being faced, similar suppositions or strongly differentiated ones. Finally, the grounds of simulation and contractual fraud are pointed out as the specific labor intermediation labor denaturalization grounds.

The third chapter elaborates on the proper field work results. For that purpose, jurisdictional criteria from courts and the Supreme Court of Justice of Arequipa have been resorted to, and before these institutions is that the relevant authorization has been obtained. This approval is to review the first authority's sentence files and view sentences. The number of courts and their territorial location were what delayed the relevant field work findings the most. Contrary to the big number of labor sentences

analyzed, only a few labor cases discuss the denaturalization of labor intermediation, this fact constrained this research to; the use of jurisprudence criteria from the Constitutional Court as reference for the topic of this research piece and, refer to decisions made in labor processes in Arequipa from time periods that differ with the one of this research. It is worth mentioning the willingness to help from the personnel and magistrates from the Justice Superior Court of Arequipa. Their help greatly contributed to the development of this research piece.

The field work performed in engagement with Regional Work Management and Job Promotion office was discouraging as the bureaucracy level of those offices overcame posed a great obstacle in the development of this academic piece of research. Regardless, this research expected to discover major findings in the inspection work and/or offence records, however it has been noted that the denounced facts labor is not very thorough. That constrains the labor validations to be always made with a formal and bilateral perspective.

From all of what has been pointed out above, this research managed to validate the Peruvian labor intermediation intermediation from a formal aspect. However if the legal arranging considered the simulation or fraud grounds; then material grounds, that show neither correspondence nor existence of the tri-lateral labor relationships, could be valued and contemplated. Based on the above facts is that I consider appropriate the proposal of a legislation project that adds the 14° article to the Supreme Decree N° 003-2002-TR. This project postulates simulation and contractual fraud as grounds for the denaturalization of the labor intermediation.

CAPÍTULO I

LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL PERÚ

1. ANTECEDENTES

1.1. CONCEPTOS PREVIOS

Para hablar de la Intermediación Laboral en el Perú, previamente se hace necesario conocer los aspectos consustanciales que rodean a esta figura contractual laboral (naturaleza, historia y vigencia legislativa).

En ese sentido, conviene precisar que la intermediación laboral constituye una relación contractual que se ha originado producto de los procesos de Flexibilización Laboral y de Desregulación del Derecho Laboral, lo que a su vez ha traído consigo las figuras afines de Externalización de Servicios y la Descentralización Productiva.

Como lo ha señalado el laboralista SAMAMÉ MORANTE¹, la Flexibilización consiste en aquel “*instrumento destinado a adecuar las economías a los cambios tecnológicos y la modernidad -reconversión empresarial*”. Utilizando esa definición y aplicándola a las relaciones de trabajo, podemos afirmar que cuando esta Flexibilización recae en el Derecho Laboral subordina su contenido básico sometándolo a las decisiones y variaciones de la Economía, ocasionando menoscabo y disminución de los derechos de los trabajadores en razón a que éstos ya no tendrían como fundamento principal el aspecto social, sino el aspecto netamente económico.

¹ SAMAME MORANTE, Víctor Raúl, Tesis: La flexibilidad del derecho del trabajo, UNMSM, Lima-Perú, 2005, p 14.

Este mismo autor indica que existen dos clases de Flexibilización Laboral: i) La Flexibilización Ofensiva y ii) La Flexibilización Defensiva². Con la primera de ellas se busca mejorar la productividad apoyándose en un compromiso (acuerdo) con los trabajadores, a través del cual se comprometen no solo a no disminuir los derechos laborales adquiridos sino que además se prometen mayores beneficios laborales a cambio de mayor productividad, es decir, se usa la figura del Incentivo Laboral. Por el contrario, con la segunda, no existe tal acuerdo, por lo que el camino utilizado para lograr la mayor productividad se hace mediante la reducción de costos materiales y de recursos humanos basándose en un previo auserentismo estatal en materia laboral conocido como Desregulación Laboral.

La Desregulación Laboral se manifiesta a través de acciones legislativas estatales por las cuales se resta de contenido a los derechos laborales, disminuyéndolos o desapareciéndolos del ordenamiento legal laboral, de tal forma que el poder del empleador se vea manifestado en mayor superioridad frente a los trabajadores.

En un escenario como el antes planteado, los empleadores ya aligerados de las cargas sociales laborales, pueden invocar la externalización de servicios y la descentralización productiva como fundamento para buscar una mayor productividad basada exclusivamente en el factor económico.

La Externalización de Servicios es definida por TOYAMA MIYAGUSUKU³ como: *“todo fenómeno por el cual el empleador se desvincula de una actividad o proceso del ciclo productivo que venía realizando para trasladarla a un tercero. Este proceso de desvinculación podría ser solamente de mano de obra (**intermediación laboral**) o de un servicio integral (tercerización u outsourcing)”*.

La Descentralización Productiva es definida por CRUZ VILLALÓN⁴ como “una

² Op. Cit. p 36.

³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Derecho Individual de Trabajo*, Gaceta Jurídica, Lima-2011, p 127.

⁴ CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Descentralización Productiva y su Impacto Sobre las Relaciones Laborales*, Editorial GRIJLEY, Lima-2009, p 14.

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 fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diversos tipos.”

Precisamente por ello, MONSALVE CUELLAR⁵ postula que *“Si bien es cierto que la flexibilidad laboral representa un medio para las empresas de regular su tamaño al vaivén de los mercados esto **ha generado inestabilidad laboral para los trabajadores** y pérdida de inversión en capacitación.”*

Así entonces, con estos conceptos previos, podemos concluir preliminarmente que la intermediación laboral resulta siendo una manifestación de la flexibilización laboral, de la desregulación laboral, de la externalización de servicios y de la descentralización productiva. Conociendo ello, podremos ubicar esta figura en su propio desarrollo histórico legislativo acaecido en el Perú.

1.2. FLEXIBILIZACIÓN Y DESREGULACIÓN LABORAL EN EL PERÚ

Las figuras de Flexibilización y Desregulación Laboral requieren de la existencia previa de un ordenamiento legal firme que reconozca y proteja eficazmente los derechos de los trabajadores, caso contrario, no existiría nada que flexibilizar o nada que desregular.

En el Perú, este ordenamiento legal firme laboral se fue construyendo desde la Constitución de 1933 aunque no de forma contundente. Con las daciones legislativas del Gobierno Militar de Juan Velasco Alvarado (1968-1975) se fortalecieron los derechos de los trabajadores. Sin embargo, es recién con la

⁵ MONSALVE CUELLAR, Martha, *Flexibilidad y tercerización: Una realidad, causas y efectos*, En: Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo, *Relaciones Laborales en el Mundo*, Editorial GRIJLEY, Lima 2008, p 352.

Constitución de 1979 en la que los derechos laborales llegan a la cúspide de su reconocimiento y protección al propugnar la Estabilidad Laboral como un derecho constitucional.

Efectivamente, el artículo 48° de la Constitución de 1979 expresaba que *“El Estado reconoce el derecho a la **estabilidad en el trabajo**. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”*. Al concordarse esta premisa con sus mismos artículos 42° (igualdad de trato) y 43° (igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones ante un mismo empleador) encontramos que durante la vigencia de esta Constitución en el Perú no existía la mínima posibilidad de que se pudiesen desconocer los derechos laborales de un trabajador por el solo hecho de no estar contratado directamente por el empleador sino por tercero ajeno a la relación laboral (supuesto aplicable a la intermediación laboral o a la tercerización laboral) dado que una relación contractual de dichas características sería inconstitucional por ser manifiestamente contraria a su contenido social, e ilegal por no encontrarse regulada de forma expresa.

Pese a la prohibición constitucional, a inicios de la década de los 90, el electo presidente Alberto Fujimori Fujimori, adoptando las políticas económicas liberales expuestas por su contendor electoral Mario Vargas Llosa, terminó adoptando las fórmulas de flexibilidad modificando de esa forma la economía y por ende el Derecho Laboral.

Estas modificaciones las realizó en atención a las facultades legislativas otorgadas por el Congreso de la República mediante Ley N° 25327 de fecha 14 de junio de 1991. RENDÓN VÁSQUEZ⁶ resume estos dispositivos legales en los siguientes:

- El Decreto Legislativo 650 de fecha 23 de julio de 1991, en virtud del cual se reformó el régimen de la Compensación por Tiempo de Servicios.

⁶ RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo Teoría General I*, Segunda Edición, Editorial GRIJLEY, Lima – 2007, p 501-502.

- El Decreto Legislativo 660 del 18/8/1991, que dispuso la disolución de la Comisión Controladora del Trabajo Marítimo, con lo cual se convalidaba los decretos supremos 025-90-TC, 026-90-TR y 027-90-TR que declararon la libertad de trabajo en los puertos.
- El Decreto Legislativo 674 del 25/9/1991, por el que se comenzó la privatización de las empresas del Estado y el despido masivo de sus trabajadores.
- El Decreto Legislativo 677 del 2/10/1991 que redujo la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas.
- El Decreto Legislativo 688 del 4/11/1991, que reorganizó el seguro de vida de los empleados y lo extendió a los obreros.
- El Decreto Legislativo 689 del 4/11/1991 que amplió el porcentaje de extranjeros que una empresa podía contratar.
- El Decreto Legislativo 692 del 5/11/1991, por el que facultó a los empleadores a varias los horarios de trabajo.
- El Decreto Legislativo 704 del 5/11/1991, por el que se declaró que en las zonas francas los empleadores podrían contratar trabajadores en forma temporal sin limitación y que no se aplicarían allí las disposiciones sobre participación en las utilidades.
- El Decreto Legislativo 713 del 7/11/1991, llamado consolidación de las disposiciones sobre la jornada de trabajo y los descansos.

- El Decreto Legislativo 728 del 8/11/1991, que creó varias modalidades de contratación a tiempo determinado con una gran liberalidad, señaló los casos de suspensión del contrato de trabajo y **limitó la estabilidad laboral**.

Para poder legitimar esas medidas, se hacía necesario que éstas fueran dotadas de reconocimiento constitucional, fundamento por el que ese régimen político optó por desconocer el Estado de Derecho a través del Autogolpe de Estado ocurrido el 05 de abril de 1992, disolviendo el Congreso y posteriormente convocando a un Congreso Constituyente Democrático que tuviera por misión elaborar una nueva Constitución Política que se adecuara a las decisiones económicas antes adoptadas. El resultado de ese proceso fue la Constitución Política de 1993, que diferenciándose de su predecesora, cambiaba el esquema de una economía social (Constitución de 1979) por el esquema de una Economía Social de Mercado.

De esta forma, el Estado adoptaba una actitud pasiva en lo que corresponde a su rol tuitivo sobre las relaciones laborales y, por el contrario, una actitud bastante activa en lo que correspondía a restarle de eficacia y contenido a los derechos de los trabajadores.

Este proceso de desregulación del derecho laboral continuó ya bajo la vigencia de la Constitución de 1993, en la cual nuevamente RENDÓN VÁSQUEZ⁷ las resume en los siguientes dispositivos legales:

- El Decreto Ley 25588 del 26/6/1992, por el que se eliminó la bolsa de trabajo de construcción civil.
- El Decreto Ley 25593, del 26/6/1992, con nuevas reglas sobre las organizaciones sindicales, la convención colectiva y las huelgas, restrictivas de la libertad sindical y de los derechos colectivos de los trabajadores amparados por la Constitución.

⁷ RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo Teoría General I*, Segunda Edición, Editorial GRIJLEY, Lima – 2007, P 503-505

- El Decreto Ley 25920 del 27/11/1992 que impuso un interés laboral inferior al interés legal mandado a pagar por el Código Civil.
- El Decreto Ley 26120 del 28/12/1992 para facilitar la despedida del personal de las empresas del Estado.
- El Decreto Ley 25897 del 28/11/1992, creando el Sistema Privado de Pensiones tras una intensa campaña de publicidad y desprestigio del Sistema Nacional de Pensiones que había sido establecido por el Decreto Ley 19990 de 1973.
- La Ley 26513 del 28/7/1995 acabó con los restos de la estabilidad laboral al suprimir la reposición en el empleo si el empleador no probaba la causa del despido o separaba al trabajador de hecho. En tal caso, solo le acordó el pago de una indemnización.

Por lo tanto, se puede llegar a la conclusión preliminar que el proceso de flexibilización laboral en el Perú inició en el año 1990, que la desregulación laboral se materializó desde el año de 1991, y que ambos escenarios se consolidaron y fueron dotados de reconocimiento constitucional con la dación de la Constitución de 1993 y las posteriores medidas legislativas.

Así entonces, ante un escenario laboral flexibilizado, desregulado y de manifiesto ausentismo tuitivo del Estado, el ingreso de figuras contractuales como la intermediación laboral y la tercerización laboral no tardarían en hacer su aparición de forma dominante sobre el mercado laboral.

1.3. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL PERÚ

Según lo indicado por TOYAMA MIYAGUSUKU: *“La intermediación laboral es una actividad que tuvo un importante desarrollo en nuestro país durante la década de*

los noventa, y ello se debió a las reglas flexibles que permitieron contratar hasta el 50% del personal vía un mecanismo de intermediación laboral⁸.”

Dicho autor está haciendo referencia a la redacción originaria del Decreto Legislativo N° 728⁹ emitido en fecha 12 de noviembre de 1991 que fuera asumido literalmente por el Decreto Supremo N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral emitido en fecha 27 de marzo de 1997, en virtud de la cual se desarrollaba íntegramente en su Título V denominado “De las Empresas Especiales” todo aquello referido a la intermediación laboral. Este Título V constaba de 10 artículos divididos en dos capítulos: el Capítulo I referido a las Empresas de Servicios Temporales y, el Capítulo II referido a las Empresas de Servicios Complementarios¹⁰.

Al desarrollarse lo referido a las empresas de servicios temporales, la legislación vigente a dicha fecha indicaba que esta contratación podría realizarse hasta en un máximo de 50% del total de trabajadores de la empresa usuaria¹¹. Es decir, que bajo aquel escenario legislativo laboral, una empresa (usuaria) podía contar con la mitad del total de la mano de obra requerida para el funcionamiento normal de su producción sin que ello determine una vinculación laboral con éstos ni mucho menos se impute responsabilidad alguna sobre los beneficios sociales de dichos trabajadores.

⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, Derecho Individual de Trabajo, Gaceta Jurídica, Lima-2011, p 128.

⁹ Las empresas especiales de servicios eran desarrolladas por el Decreto Legislativo N° 728 en su Título VI, cuya redacción es literalmente igual a la postulada en el Título V del D.S. 003-97-TR.

¹⁰ Téngase presente que a dicha fecha sólo habían sido reguladas las empresas de servicios complementarios y las de servicios temporales, mas no se hacía mención alguna a las Empresas de Servicios Especializados dado que éstas recién fueron reguladas a través del numeral 11.3. del artículo 11° de la Ley N° 27626 de fecha 09 de enero de 2002.

¹¹ Efectivamente, según el actualmente derogado artículo 99° del D.S. 003-97-TR:

“Se denomina usuario a toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las Empresas de Servicios Temporales.

El número de trabajadores que podrá prestar servicios a través de estas empresas, no excederá del cincuenta por ciento (50%) del total de trabajadores del usuario.”

Asimismo, en su artículo 100° se diferenciaba a los trabajadores de las empresas de servicios temporales en dos tipos: i) trabajadores de planta y, ii) trabajadores destacados. Los trabajadores de planta no eran sino aquellos trabajadores de “actividad interna” de la empresa de servicios; es decir, aquellos que desarrollaban directamente las labores referidas a la consecución de los objetivos planteados por ésta (oficinistas, secretarios, trabajadores de confianza o dirección, etc.), más no eran objeto de “cesión” o “traslado” hacia alguna empresa usuaria. Sobre estos trabajadores no se ejecutaba la intermediación laboral, porque su naturaleza laboral era exclusivamente bilateral ordinaria¹².

Lo mismo no ocurría con los trabajadores destacados, quienes si eran objeto de la intermediación laboral al ser afectados por la relación contractual trilateral en virtud de la cual mantenían un vínculo laboral con su empleadora (empresa de servicios temporales) pero laboraban en el centro de trabajo de tercera persona (empresa usuaria) de quien además recibían ordenes sobre la manera como debían ejecutar sus labores (subordinación). Esta contratación no contenía limitación alguna acerca del tipo de actividades que estos trabajadores debían de desarrollar, por lo que la ejecución de las mismas estuvo referida principalmente sobre actividades principales de la empresa usuaria¹³.

Aunque en menor grado, la desregulación laboral también abarcaba a las empresas de servicios complementarios, a quienes sí bien se les prohibía expresamente la contratación de labores referidas a actividades principales de la empresa usuaria¹⁴,

¹² La relación laboral bilateral ordinaria es aquella en virtud de cual únicamente existe un vínculo laboral directo entre un trabajador y un empleador, sin intermediarios.

¹³ Dado que el segundo párrafo del ahora derogado artículo 97° del D.S. 003-97-TR remitía la ejecución de los servicios temporales a lo regulado en el Título II de dicha Ley (Contratos Sujetos a Modalidad), entonces su aplicación estaba permitida para actividades consustanciales al giro principal de la empresa usuaria, autorizándose tácitamente a que de esa manera se contratase vía intermediación laboral para suplir personal, para cumplir con una obra o servicios determinado, ante variaciones consustanciales de la demanda del mercado, ante el incremento de actividades preexistentes, etc.

¹⁴ El segundo párrafo del ahora derogado artículo 104° del D.S. 003-97-TR indicaba que: “*Se consideran actividades complementarias de carácter especializado, aquellas que no están comprendidas en las*

en la práctica eran objeto de un trato similar al de las empresas especiales de servicios temporales.

En atención a aquella desregulación laboral advertida, por muchos años se permitió que en el Perú muchas empresas utilizaran indiscriminadamente esta especial contratación (intermediación laboral) que satisfizo la necesidad productiva ordinaria (mano de obra) pero sin vinculación laboral alguna ni responsabilidad sobre los beneficios sociales de los trabajadores. Con ello, se optó por la eficacia económica antes que por el respeto de los derechos laborales (Flexibilidad Pasiva) ocasionando el auge de políticas laborales internas tales como la externalización de servicios (intermediación laboral) o la descentralización productiva (tercerización laboral).

Sobre esta realidad laboral, GUILLERMO MORALES¹⁵ manifestaba: *“si un trabajador prestaba servicios a través de una empresa de intermediación o tercerización, estaba sujeto a una relación de empleo atípica, puesto que su prestación la realizaba fuera del centro de trabajo de la empresa de intermediación o tercerización, sino en el centro de trabajo de la empresa a la que es destacado por esta.”*

Es recién con la emisión de la Ley N° 27626 de fecha 09 de enero de 2002 y el Decreto Supremo 003-2002-TR de fecha 28 de abril de 2002, que estas prácticas contractuales fueron delimitadas, restándosele parcialmente la flexibilidad antes otorgada a dichas relaciones, e incrementándole un contenido tuitivo social (al disminuir el porcentaje de contratación de 50% a 20%, al prohibir la ejecución de actividades principales, al impedir u utilización para suplir trabajadores en huelga, al imponer un sistema de registro de contratos más especializado, etc.).

actividades principales que realiza la empresa usuaria y que para su ejecución requieren de personal altamente calificado.”

¹⁵ GUILLERMO MORALES, Carlos, *La Flexibilidad Revisitada: A 25 Años de las Reformas Laborales sobre Contratación Temporal*, En: Homenaje Aniversario de la SPDTSS, Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Lima-2013, p 140.

Sin embargo, el panorama actual tampoco resulta siendo muy alentador porque se siguen permitiendo este tipo de especiales contrataciones aplicadas sobre las relaciones laborales (intermediación laboral y tercerización laboral), es decir, se sigue abriendo canales de contratación extraordinarias pese a que la naturaleza de toda relación laboral es la de ser netamente ordinaria. Por lo tanto, este avance tuitivo social sin bien importante, no termina siendo muy significativo en razón a que no ha modificado sustancialmente esta realidad sino únicamente la ha apaciguado en sus efectos, ha curado algunos síntomas detectados, más no ha erradicado el problema desde su raíz. Como resultado, actualmente seguimos percibiendo la existencia de relaciones laborales desregularizadas y flexibilizadas en beneficio del poder económico de los empleadores; si a ello sumamos que ni siquiera este marco legal mínimo es respetado (porque se incurre groseramente en simulación y fraude contractual en las relaciones de intermediación laboral), entonces nos encontramos ante un problema mayor que reviste urgencia en su solución.

2. DEFINICIÓN DE LA INTERMEDIACION LABORAL

2.1. SEGÚN LA LEGISLACIÓN

Como se indicó líneas arriba, originariamente la intermediación laboral fue regulada en el ahora derogado Capítulo V del Decreto Supremo N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral. En ese capítulo, la primigenia definición legal no denominaba a esta especial contratación laboral como “intermediación laboral” sino que ésta era regulada en base a la definición de la ahora “empresa intermediadora” que en ese entonces recibió la denominación de Empresa de Servicios, cuya regulación se encontraba dividido tanto en su artículo 97° que definía a la Empresa de Servicios Temporales como *“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”; como en su artículo 104° que definía a la Empresa de Servicios Complementarios como *“aquella cuya actividad principal es la de poner a disposición de otras empresas, las que en adelante se denominarán empresas usuarias, actividades complementarias de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado.”*

El Capítulo V del Decreto Supremo N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral fue derogado por la Quinta Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 27626 publicada en fecha 09 de enero de 2002. La Ley 27626 a su vez fue reglamentada por el Decreto Supremo N° 003-2002-TR emitido en fecha 28 de abril de 2002. En ese sentido, corresponde a la Ley 27626 y a su reglamento la actual regulación de las relaciones contractuales de intermediación laboral. Sin embargo, tampoco en este marco legal vigente se ha postulado una definición de intermediación laboral puesto que al igual que su predecesora, se ha limitado únicamente a regularla bajo el rango de acción de la empresa intermediadora. Así entonces, la regulación legal de la intermediación laboral no ha merecido una definición legal en estricto porque su desarrollo parte propiamente de la ejecución del servicio contratado, a través de la que se daba a entender la existencia de una empresa de servicios (intermediadora), una persona natural que prestaba la labor (trabajador) y un tercero beneficiado de dichas labores (empresa usuaria).

Desde una alcance supranacional, cabe traer a colación la regulación legal emitida por la OIT mediante el Convenio Sobre las Agencias de Empleo Privadas 1997, en la que tampoco se denomina ni define propiamente a la intermediación laboral, pero si se desarrolla el rango de acción de las Agencias de Empleo Privadas, que no son otra cosa que las actuales empresas de intermediación laboral. Así en su artículo 1° determina que *“la expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo: (a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia*

de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse; (b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución; (c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.” Es decir, que bajo esta regulación, nuevamente se advierte la presencia de tres sujetos, una agencia de empleo privada (empresa intermediadora), un trabajador contratado y una tercera persona física o jurídica (empresa usuaria).

2.2. SEGÚN LA DOCTRINA

De la doctrina internacional es quizá el tratadista RASO DELGUE quien ha dotado de mayor contenido al estudio de la intermediación laboral. Este autor es reconocido por haber advertido que la intermediación laboral importa una forma especial de subcontratación que evidencia un carácter triangular. Así entonces, ha afirmado que: *“la subcontratación aparece como la forma más característica de intermediación en la organización productiva empresarial¹⁶”*; a lo que inmediatamente agrega que: *“la subcontratación importa una relación triangular entre, valga la redundancia, tres empresas, sin que exista un vínculo laboral entre las empresas que conforman las operaciones involucradas. Por otro lado, la intermediación laboral presupone una relación triangular, pero una de las relaciones jurídicas es laboral, uno de los sujetos involucrados es un trabajador¹⁷.”* Es decir, mientras que la subcontratación pura no contiene rasgos de laboralidad, la subcontratación especial denominada intermediación laboral, necesariamente contiene cuando menos una relación laboral en la que se advierte la presencia del trabajador como su principal protagonista.

¹⁶ RASO DELGUE, Juan, *La Contratación Atípica del Trabajo*, AMG Editorial, Uruguay – 2000, P. 224.

¹⁷ Op. Cit. p 243.

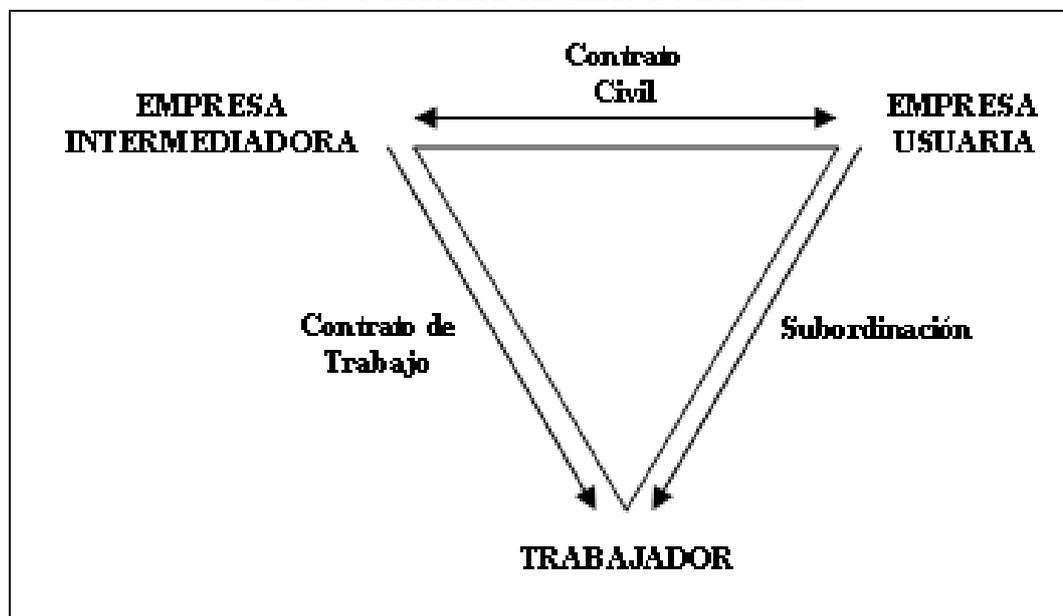
Siguiendo el carácter triangular postulado por RASO DELGUE, de entre los tratadistas nacionales en la especialidad del derecho laboral es TOYAMA MIYAGUSUKU quien adiciona ese concepto para definir a la intermediación laboral: “*como la provisión de trabajadores de una entidad que es el empleador (**empresa de servicios especiales o cooperativas de trabajadores**) para que estos presten servicios bajo la dirección o sujeción de un tercero (**empresa usuaria**). Entonces, se aprecian **RELACIONES TRIANGULARES** por las cuales se rompe la tradicional relación directa y bilateral entre quien emite las órdenes (**empleador**) y aquellos que deben cumplirla (**trabajadores**): en medio de ambos, aparece el **empleador formal que será la entidad de intermediación laboral**. La intermediación laboral, centralmente, supone dos elementos claves: i) se verifica un destaque exclusivamente de trabajadores al centro de trabajo –o radio de acción- de la empresa usuaria, y; ii) los trabajadores laborarán bajo las ordenes de los jefes y supervisores de la empresa usuaria; es ella quien definirá el contenido de la prestación laboral. La intermediación laboral **importa la CONFIGURACIÓN DE TRES RELACIONES**: i) de **CARÁCTER CIVIL**, entre la entidad intermediadora y la usuaria para la prestación de servicios, ii) de **NATURALEZA LABORAL O ASOCIATIVO – LABORAL** entre los trabajadores o socios trabajadores (...) y las empresas de servicios especiales o cooperativas de trabajadores, respectivamente; y iii) de **SUJECCIÓN LABORAL**, entre la empresa usuaria y el trabajador o socio-trabajador destacado¹⁸.”*

Esta idea, es complementada por LAMA LAURA y GONZALES RAMÍREZ, quienes al respecto señalan lo siguiente: “*En la intermediación laboral, se presenta una **relación contractual que ESCAPA A LA BILATERALIDAD** y se refleja más bien en un **CIRCUITO TRIANGULAR**, conformado a partir de un **contrato civil** entre las empresa prestadora del servicio y la usuaria, una **relación laboral** entre la empresa prestadora del servicio y los trabajadores destacados y, finalmente, una **relación de subordinación fáctica** entre los trabajadores destacados y la*

¹⁸TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Derecho Individual del Trabajo*, Gaceta Jurídica, Lima – 2011, p 154.

*empresa usuaria*¹⁹.” Dichos autores, adicionalmente presentan el cuadro explicativo siguiente:

GRÁFICO N° 01
ESTRUCTURA DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL



FUENTE: De Lama Laura y Gonzales Ramírez

2.3. SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional también ha emitido un pronunciamiento jurisprudencial a manera de definición de lo que entiende como intermediación laboral. Efectivamente, esta definición se encuentra contenida en la Sentencia emitida en el Expediente N° 06371-2008-PA/TC²⁰ en cuyo Fundamentos 6 y 7 determinó lo siguiente: “*La intermediación laboral es una figura que tiene como finalidad exclusiva la prestación de servicios por parte de una tercera persona destacada para que preste servicios temporales,*

¹⁹GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro y DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo, *Desnaturalización en las Relaciones Laborales: Situación de simulación y fraude en los contratos de trabajo, tercerización, formativas y otros*, Manual Operativo I Soluciones Laborales – Gaceta Jurídica, Lima – 2010, pp 136-137.

²⁰ STC N° 06371-2008-PA/TC. Arequipa. Aleida Hobby Marín Meza. Emitido en fecha 19 de diciembre de 2011.

*complementarios o de alta especialización en otra empresa llamada usuaria; para tal efecto, la entidad intermediadora y la empresa usuaria suscriben un contrato de naturaleza civil denominado Locación de Servicios, no importando dicho destaque vínculo laboral con la empresa usuaria. Como puede observarse, en la intermediación laboral se establece una relación jurídica en la que participan tres sujetos de derecho: una **empresa usuaria**, una **empresa intermediaria** y un **trabajador destacado**, determinándose una limitación de contratación a que se refiere el párrafo segundo del artículo 3° de la Ley 27626.”*

Esta sentencia es citada por QUIROZ ESLADO²¹ quien concluye señalando que “*la importancia de lo anterior se encuentra en que **si se demuestra que dichos trabajadores han realizado labores en actividades permanentes de la empresa usuaria [éstos] pasarán a la planilla de la empresa usuaria.**”*

En tan sentido, se evidencia que el Tribunal Constitucional mantiene el criterio de trilateralidad en la relación laboral especial denominada intermediación laboral, llegando inclusive a diferenciarlo de las relaciones laborales bilaterales por cuanto expresamente hace referencia a la limitación impuesta en el segundo párrafo del artículo 3° de la Ley 27626 referido a la prohibición que los servicios de intermediación laboral no estén referidos a la ejecución permanente de las actividades principales de la empresa usuaria, puesto que ello desnaturalización tal relación y determinaría un vínculo laboral directo bilateral entre el trabajador y la empresa usuaria como verdadera empleadora.

2.4. A MANERA DE DEFINICIÓN

Rescatando los principales factores advertidos por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, considero que la intermediación laboral puede ser definida como una extraordinaria realidad contractual laboral en virtud de la cual se deja de lado el criterio de bilateralidad de las relaciones laborales ordinarias (empleador y trabajador vinculados por el contrato de trabajo) para adoptar una especial

²¹ QUIROZ ESLADO, Luis, *Nuevas Formas de Contratación Laboral: intermediación, tercerización y teletrabajo*, Primera Edición, Gaceta Jurídica, Lima-2014, p 14.

relación trilateral en la que coexisten A) Tres Sujetos: i) Una *Entidad Intermediadora*, que para todo efecto se desempeña como empleadora pero que no ejecuta íntegramente su poder de dirección (subordinación), ii) Una *Empresa Usuaria*, que no tiene la condición de empleador pero que dispone del poder de dirección (subordinación), y iii) Un *Trabajador Destacado*, que realiza sus labores para un sujeto diferente de su empleador pero con el que no se encuentra vinculado laboralmente; y B) Tres Relaciones Jurídicas: i) Una de *naturaleza laboral* que vincula a la empresa intermediadora con el trabajador destacado, ii) Una de *naturaleza civil* que vincula a la empresa intermediadora con la empresa usuaria, y iii) Una de *naturaleza fáctica* que vincula por subordinación a la empresa usuaria con el trabajador destacado.

De esta forma, el producto derivado del trabajo realizado por el trabajador pertenece a persona diferente de su empleador, pero que a su vez no asume ningún riesgo ni responsabilidad acerca de los beneficios sociales de dicho trabajador por haber quedado excluido de las mismas por un acuerdo contractual civil. Es decir, la flexibilización y desregulación de las relaciones laboral han ocasionado que el derecho civil tenga tamaña fuerza para modificar sustancialmente la naturaleza tuitiva del derecho laboral.

3. ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA INTERMEDIACION LABORAL

3.1. ELEMENTOS

En la intermediación laboral se advierten dos tipos de elementos: i) El Subjetivo, y ii) El Objetivo.

El elemento subjetivo está conformado por los sujetos intervinientes en la intermediación laboral, llamase entidad intermediadora, empresa usuaria y trabajador destacado.

- **La Entidad Intermediadora**, puede ser una persona jurídica con fines de lucro (empresa de servicios) o una cooperativa de trabajadores; en ambos casos tiene como objeto social el brindar mano de obra especializada a empresas que deseen adquirir dichos servicios. Es la empleadora formal. Su función consiste en destacar mano de obra hacia la empresa usuaria, pero manteniendo la responsabilidad sobre los beneficios sociales del trabajador destacado, por cuanto es ésta quien selecciona, contrata, mantiene inscrito al trabajador en sus planillas de pago, y cesa al mismo de ser el caso. Asimismo, delega su poder de dirección a la empresa usuaria, de tal forma que esta última tenga las facultades necesarias para normar y regular las labores del trabajador destacado. A cambio de ello, recibe una contraprestación económica de parte de la empresa usuaria como pago por los servicios brindados (destaque de mano de obra).
- **La Empresa Usuaria**, que puede ser una persona natural con negocio o una persona jurídica con fines de lucro. Necesariamente debe de encontrarse inscrita ante la Autoridad Administrativa de Trabajo a efecto de que se le autorice a destacar la mano de obra que ofrece. Es aquella que requiere de los servicios ofrecidos por la entidad intermediadora para el cumplimiento de sus objetivos empresariales (producción). Es la empleadora material. Por delegación contractual, hace uso del poder de dirección (subordinación) perteneciente a la entidad intermediadora, con ello regula directamente la forma como el trabajador destacado prestará sus servicios. Única beneficiaria de los servicios del trabajador destacado. No mantiene relación laboral alguna con el trabajador destacado, ni asume responsabilidad alguna por los beneficios sociales de éste. Por el servicio contratado (utilización de mano de obra destacada) paga una contraprestación económica integral a la entidad intermediadora, que comprende todos los conceptos económicos descritos en el contrato civil.
- **El Trabajador Destacado**, que necesariamente es una persona natural. Constituye el aspecto operativo del servicio contratado puesto que es su mano

de obra la que es objeto de destaque vía intermediación laboral. La subordinación laboral que recae sobre éste se encuentra dividido entre la entidad intermediadora (para todo lo referido a la contratación laboral, pago de beneficios y cese contractual) y la empresa usuaria (en lo referido al poder de dirección sobre la forma como prestará sus servicios, así como el poder disciplinario para sancionar aquellas conductas gravosas). Únicamente mantiene relación laboral con la entidad intermediadora, sea a plazo indeterminado o sujeto a plazo fijo. No mantiene vínculo contractual alguno con la empresa usuaria. Percibe su remuneración y demás beneficios según lo acordado en el contrato de trabajo suscrito con la entidad intermediadora. Sus funciones pueden versar sobre servicios especializados, complementarios y temporales que requiera la empresa usuaria, siempre que éstos no estén referidos a la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria.

El elemento objetivo está conformado por las relaciones jurídicas mantenidas entre los sujetos intervinientes en la intermediación laboral.

- ***La relación jurídica contractual de naturaleza laboral***, que es aquella mantenida y suscrita únicamente entre el trabajador destacado y la entidad intermediadora. Puede ser indeterminada o a plazo fijo, siguiendo los criterios expuestos en el Decreto Supremo N° 003-97-TR LPCL. Necesariamente debe de ser registrada ante la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los 15 días siguientes de su suscripción. Debe ser puesto en conocimiento de la empresa usuaria a efecto que éste verifique el cumplimiento de todos los requisitos exigidos legalmente. Puede ser renovada las veces que sean necesarias, siempre que se mantenga vigente el objeto contractual civil acordado entre la entidad intermediadora y la empresa usuaria. Contiene la relación de funciones que el trabajador destacado debe realizar a favor de la empresa usuaria, así como la forma como se prestaran éstos. Es denominado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como el Contrato de Trabajo para Servicios de Intermediación Laboral.

- ***La relación jurídica contractual de naturaleza civil***, que es aquella mantenida y suscrita únicamente entre la entidad intermediadora y la empresa usuaria. Al ser de naturaleza civil utiliza la figura de la Locación de Servicios regulada en el artículo 1764° del Código Civil. Necesariamente debe de ser registrado ante la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los 15 días siguientes de su suscripción, adjuntando todos los anexos que contengan las condiciones contractuales del destaque requerido. No requiere ser puesto en conocimiento del trabajador destacado. Puede ser renovado las veces que sean necesario, siempre que se mantenga vigente el objeto contractual civil acordado entre la entidad intermediadora y la empresa usuaria. Contiene la descripción del servicio requerido, el plazo de ejecución, la contraprestación económica y demás aspectos consustanciales a estos. Es denominado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como el Contrato de Intermediación Laboral.
- ***La relación jurídica de subordinación fáctica***, que es aquella mantenida “de hecho” entre la empresa usuaria y el trabajador destacado. Esta relación es “de hecho” porque entre dichos sujetos no existe un previo acuerdo que haya sido asumido por éstos en forma directa para vincularse entre sí, dado que esta realidad ocurre en razón a lo que cada uno de ellos ha acordado directa y bilateralmente con la entidad intermediadora. Mientras que el trabajador destacado ha sido captado, posiblemente capacitado y contratado por la entidad intermediadora para ser destacado a laborar ante persona ajena a la relación laboral; es la empresa usuaria la que ha requerido los servicios de la entidad intermediadora, precisando en forma expresa aquellas actividades que necesita sean realizadas por ésta. Es así, que estos dos sujetos (trabajador destacado y empresa usuaria) se encuentran en un mismo escenario factico muy parecido a una relación laboral ordinaria –porque el trabajador destacado al brindar su fuerza de trabajo se desempeña como una especie de trabajador de la empresa usuaria, mientras que ésta al dictar y ordenar la forma como se realizaran dichas actividades se desempeña como una especie de empleadora

del trabajador destacado-, pero que ambos conocen que propiamente no es una relación laboral por carencia del contrato de trabajo entre dichos sujetos. Así entonces, esta relación fáctica opera regulando actividades laborales pero no considerándolas como partes integrantes de una relación laboral.

3.2. CARACTERÍSTICAS

Toda intermediación laboral contiene las siguientes características.

- **Trilateral**, por cuanto únicamente se puede concebir a la intermediación laboral bajo su configuración triangular en la que coexistan en armonía los elementos subjetivos y objetivos de la misma. No podría tratarse de relaciones bilaterales aisladas e independientes entre sí (la relación laboral y la relación civil) porque no existiría justificación alguna para que en el plano de los hechos se desarrolle la vinculación fáctica entre el trabajador destacado y la empresa usuaria. Esta trilateralidad puede quebrantarse por infracción a los supuestos de intermediación laboral o ante la desnaturalización de las relaciones jurídicas antes advertidas por causal de simulación o fraude contractual (objeto de la presente investigación), supuestos en los que se deja de lado el carácter triangular propia de una intermediación laboral, para encontrarnos ante la presencia de una única relación laboral bilateral y directa entre el trabajador destacado y la empresa usuaria.
- **Formal**, porque la propia Ley N° 27626 y su reglamento Decreto Supremo 003-97-TR se encargan de imponer requisitos especiales de estricto cumplimiento para poder desarrollar una intermediación laboral, como son: i) La entidad intermediadora debe contar con autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo para brindar los servicios que pretende destacar; ii) Tanto los contratos civiles suscritos entre la entidad intermediadora y la empresa usuaria, así como los contratos laborales suscritos entre la entidad intermediadora y la empresa usuaria deben encontrarse registrados ante la Autoridad Administrativa de Trabajo lo que supone a su vez el carácter

escritural de los mismos; iii) Emisión de una fianza por parte de la entidad intermediadora que garantice el cumplimiento de los beneficios sociales de los trabajadores destacados; iv) Prohibición de prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria; v) Porcentajes limitativos máximos de destaque de personal (20%); vi) El contrato del personal destacado deberá contar con la identificación del trabajador destacado, el cargo a desempeñar, la remuneración y el plazo del destaque; etc. Solo cumpliendo con todos estos requisitos se puede hablar de una intermediación laboral existente y por ende válida.

- ***Delimitada***, en razón a que los servicios a destacarse únicamente pueden estar referidos a la prestación de actividades temporales, complementarias o especializadas que no versen sobre la ejecución de actividades principales de la empresa usuaria²². Asimismo, los servicios a destacarse no pueden destinarse para cubrir personal de la empresa usuaria que se encuentre ejerciendo el derecho de huelga o para cubrir personal de otra entidad intermediadora²³.
- ***Sujeta a Plazo Determinado***, porque la intermediación laboral no responde a la regla sino a la excepción de la contratación laboral. Por ende, ésta no puede mantenerse perenne a través del tiempo sino que tiene un plazo de vigencia el cual fenecce una vez extinta la causa objetiva contractual que motivo el destaque. El plazo del destaque es parte integrante del contrato del personal destacado²⁴.
- ***Productiva***, dado que el objeto del destaque es la provisión de mano de obra requerida por la empresa usuaria.

²² De conformidad con los artículo 3° y 10 de la Ley N° 27626.

²³ De conformidad con el artículo 8° de la Ley N° 27626.

²⁴ De conformidad con el artículo 13° del D.S. 003-2002-TR.

- **Expresa**, porque la intermediación laboral se desarrolla luego de haberse determinado con precisión exacta cada uno de los aspectos que la conformen (cargo, remuneración, actividades, plazo de destaque, etc.), sin posibilidad alguna de que se incluyan o presten actividades bajo la interpretación tácita de las obligaciones asumidas por los sujetos intervinientes.
- **Indirecta**, porque cada sujeto no se vincula directamente con la persona de quien recibe la prestación o contraprestación requerida. El trabajador destacado se vincula laboralmente con la entidad intermediadora pero presta sus servicios para la empresa usuaria. La entidad intermediadora se vincula civilmente con la empresa usuaria y delega a ésta parcialmente su poder de dirección, pero mantiene su obligación de pagar las remuneraciones y beneficios sociales del trabajador destacado. La empresa usuaria se ve beneficiada de las actividades del trabajador destacado, lo dirige, le puede imponer correctivos disciplinarios, pero no mantiene vínculo laboral alguno con éste.
- **De Contratación Mixta**, porque la intermediación laboral es un contrato-realidad en el que coexisten en armonía tres relaciones bilaterales: i) una de naturaleza civil mantenida entre la entidad intermediadora y la empresa usuaria, ii) una de naturaleza laboral mantenida entre la entidad intermediadora y el trabajador destacado, y iii) una de naturaleza fáctica mantenida entre la empresa usuaria y el trabajador destacado.
- **Privada**, porque la intermediación laboral es una extraordinaria forma de contratación que únicamente pertenece y puede ser aplicada en el régimen laboral privado. Al régimen laboral público no le es permitido utilizar la intermediación laboral.
- **De Responsabilidad Limitada**, porque cada uno de los sujetos protagonistas de la intermediación laboral responde de forma limitada por sus actuaciones.

El trabajador destacado responde ante la empresa usuaria por su conducta y capacidad, y responde ante la entidad intermediadora por el cumplimiento de las actividades destacadas. La entidad intermediadora responde civilmente ante la empresa usuaria por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar el trabajador destacado, así como por el pago de las remuneraciones y beneficios sociales de éste. La empresa usuaria responde ante la empresa intermediadora únicamente por la contraprestación económica acordada en el contrato de intermediación laboral, y excepcionalmente responde por los beneficios laborales del trabajador hasta donde se extienda la cobertura de la Fianza requerida a la entidad.

4. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON LAS RELACIONES LABORALES ORDINARIAS

Partiendo del concepto que la intermediación laboral es una especial y extraordinaria forma de contratación, entonces corresponde compararla con aquella que si contiene los rasgos ordinarios de contratación, como son las relaciones laborales ordinarias. Sin embargo, esta comparación no ha merecido el estudio ni precisión de la doctrina nacional ni extranjera, motivo por el cual se propone las diferencias y similitudes advertidas en cada supuesto.

4.1. DIFERENCIAS ENTRE LAS RELACIONES LABORALES ORDINARIAS Y LA INTERMEDIACION LABORAL

- En lo que corresponde a los **sujetos**, las relaciones laborales ordinarias son de naturaleza bilateral porque ésta se desarrolla únicamente entre un Empleador y un Trabajador. Lo mismo no ocurre en la intermediación laboral, cuya naturaleza es trilateral porque la relación se desarrolla entre la entidad intermediadora, el trabajador destacado y la empresa usuaria.
- En lo que corresponde a la **naturaleza contractual**, las relaciones laborales ordinarias son de naturaleza laboral porque es la única contratación

autorizada para vincular al empleador con su trabajador. Lo mismo no ocurre en la intermediación laboral, cuya naturaleza es mixta porque se utiliza la contratación civil para la vinculación entre la entidad intermediadora y la empresa usuaria, y la contratación laboral para la vinculación entre la entidad intermediadora y el trabajador destacado.

- En lo que corresponde al **plazo**, las relaciones laborales ordinarias pueden ser indeterminado o a plazo fijo. Lo mismo no ocurre en la intermediación laboral, porque ésta está sujeta a plazo fijo determinada por la vigencia de la causa contractual que motivo el requerimiento de la empresa usuaria.²⁵
- En lo que corresponde a la **formalidad**, la regla general en las relaciones laborales ordinarias es que éstas se configuran de forma verbal y excepcionalmente se requiere la forma escrita²⁶. Lo mismo no ocurre en la intermediación laboral, porque en esta realidad la regla general y exclusiva es que los contratos integrantes de la intermediación laboral deben cumplir con la formalidad escrita, con expreso detalle de los términos del contrato, identificación del trabajador destacado, remuneración, cargo, y plazo del destaque.²⁷
- En lo que corresponde a la **subordinación**, en las relaciones laborales ordinarias es exclusiva, porque recae íntegramente en el empleador. Lo mismo no ocurre en la intermediación laboral en la que la subordinación es compartida, porque recae en la entidad intermediadora aquellas referidas a la contratación, cese y pago de beneficios sociales, mientras que la empresa usuaria cuenta por el poder de dirección y el poder disciplinario.

²⁵ No confundir con los contratos bilaterales (civil y laboral) que conforman esta relación triangular denominada intermediación laboral, puesto que el contrato laboral mantenido entre la entidad intermediadora y el trabajador destacado puede ser indeterminado o a plazo fijo de conformidad con el artículo 11° del D.S. 003-2002-TR, mientras que el contrato civil (locación de servicios) no es permanente en el tiempo.

²⁶ De conformidad con el segundo párrafo del artículo 4° del D.S. 003-97-TR.

²⁷ De conformidad con el artículo 13° del D.S. 003-2002-TR.

- En lo que corresponde al **régimen laboral**, las relaciones laborales ordinarias operan tanto en el régimen laboral privado como en el régimen laboral público. Por el contrario, la intermediación laboral únicamente opera en el régimen laboral privado.²⁸

- En lo que corresponde al **tipo de empleador**, en las relaciones laborales ordinarias el empleador puede ser una persona natural o una persona jurídica. Por el contrario, en la intermediación laboral al recaer las calidades de empleador en la entidad intermediadora, ésta únicamente puede ser una persona jurídica (sea empresa de servicios o cooperativa de trabajadores).

- En lo que corresponde al **tipo de labores**, en las relaciones laborales ordinarias la labor prestada por el trabajador puede estar referida a cualquier tipo de actividades del empleador, salvo las limitaciones aplicables a los contratos sujetos a modalidad. En cambio, en la intermediación laboral, La labor prestada por el trabajador destacado está referida a actividades especializadas, complementarias y temporales de la empresa usuaria, más no deben versar sobre la ejecución permanente de la actividad principal de ésta.²⁹

- En lo que corresponde al **centro de trabajo** donde se ejecutan las labores, en las relaciones laborales ordinarias éste pertenece y es proporcionado al empleador. En cambio, en las intermediaciones laborales éste es proporcionado por la empresa usuaria.

²⁸ De conformidad con el artículo 1° de la Ley N° 27626.

²⁹ De conformidad con el artículo 3° de la Ley N° 27626.

- En lo que corresponde a la posibilidad que en la ejecución de labores se pueda contar con la **ayuda de familiares**, en las relaciones laborales ordinarias está permitido que el trabajador pueda recibir la ayuda de sus familiares directos si la naturaleza de las labores lo amerita.³⁰ En cambio, en la intermediación laboral no está permitido porque el destaque del trabajador es personalísima por así haberse determinado expresamente en los términos del contrato de intermediación laboral mantenido entre la entidad intermediadora y la empresa usuaria.
- En lo que corresponde a la **solidaridad en el pago de beneficios económicos**, en las relaciones laborales ordinarias no se aplican criterios de solidaridad en el pago de los beneficios sociales porque dicha obligación recae única y exclusivamente en el empleador. En cambio, en la intermediación laboral si se aplican criterios de solidaridad entre la entidad intermediadora y la empresa usuaria hasta donde alcance la Carta Fianza, salvo que ésta resulte insuficiente por no haber sido objeto de cobertura inicial.³¹
- En lo que corresponde a la fecha de **inicio de la relación contractual**, en las relaciones laborales ordinarias se inicia con la suscripción del contrato de trabajo entre el empleador y trabajador. En cambio, en la intermediación laboral se inicia con la suscripción del contrato de intermediación laboral suscrito entre la entidad intermediadora y la empresa usuaria.
- En lo que corresponde a la posibilidad de **contratación para suplir a personal en huelga**, en las relaciones laborales ordinarias se encuentra permitida vía contratación sujeta a modalidad por suplencia en razón a

³⁰ De conformidad con el artículo 5° del D.S. 003-97-TR.

³¹ De conformidad con el artículo 25° de la Ley N° 27626 y 26° del D.S. 003-2002-TR.

encontrarse suspendida la relación laboral.³² En cambio, en la intermediación laboral se encuentra prohibida la contratación para cubrir a personal que se encuentre ejerciendo el derecho de huelga.³³

- En lo que corresponde a la posibilidad de **contratación de personal de dirección o confianza**, en las relaciones laborales ordinarias se encuentra permitido. Por el contrario, en la intermediación laboral no está permitido en atención a la naturaleza no permanente de las actividades prestadas por el trabajador destacado.
- En lo que corresponde a los **efectos de la desnaturalización laboral**, en las relaciones laborales ordinarias sujetas a modalidad, la desnaturalización ocasiona un vínculo laboral indeterminado del empleador con el trabajador. En sentido contrario, en la intermediación laboral una vez desnaturalizada la relación contractual (por infracción a los supuestos de intermediación laboral o por simulación o fraude) ocasiona que entre la empresa usuaria y el trabajador destacado exista una relación laboral bilateral ordinaria y directa a plazo indeterminado.³⁴

A efectos de lograr una mayor comprensión sobre lo antes manifestado, se elabora el Cuadro N° 01 denominado Diferencias entre las Relaciones Laborales Ordinarias y la Intermediación laboral, de tal forma que en ellas el investigador precisa cada aspecto desarrollado en el punto 4.1. de la presente investigación.

³² De conformidad con el inciso h) del artículo 12° y artículo 61° del D.S. 003-97-TR.

³³ De conformidad con el inciso 1) del artículo 8° de la Ley N° 27626.

³⁴ De conformidad con el artículo 5° y Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 27626; y los artículos 4-B y 14° del D.S. 003-2002-TR.

CUADRO N° 01
DIFERENCIAS ENTRE LAS RELACIONES LABORALES ORDINARIAS Y LA INTERMEDIACIÓN
LABORAL

| CRITERIO | RELACIONES LABORALES ORDINARIAS | INTERMEDIACIÓN LABORAL |
|--|--|--|
| Sujetos | Bilateral | Trilateral |
| Naturaleza Contractual | Laboral | Mixta |
| Plazo | Indeterminado o a plazo fijo | Plazo fijo |
| Formalidad | Verbal o escrita | Escrita |
| Subordinación | Exclusiva | Compartida |
| Régimen | Privado y público | Privado |
| Tipo de Empleador | Persona natural o persona jurídica | Persona jurídica |
| Tipo de Labores | Cualquier tipo de actividades | Actividades especializadas, complementarias, temporales no principales |
| Centro de Trabajo | De empleador | De empresa usuaria |
| Ayuda de Familiares | Permitido | No permitido |
| Solidaridad en el Pago de los Beneficios Sociales | No | Si |
| Inicio de la Relación Contractual | Suscripción del contrato de trabajo | Suscripción del contrato de intermediación laboral |
| Contratación Para Suplir Personal en Huelga | Permitida | Prohibida |
| Contratación de Personal de Dirección o Confianza | Sí | No |
| Desnaturalización | Hacia el empleador | Hacia la empresa usuaria |

FUENTE: Elaboración Propia

4.2. SIMILITUDES ENTRE LAS RELACIONES LABORALES ORDINARIAS Y LA INTERMEDIACION LABORAL

De igual forma, considero que las similitudes mantenidas entre la intermediación laboral y las relaciones laborales son las siguientes:

- En lo que corresponde a los **elementos esenciales de la relación laboral**, en la intermediación laboral se observa la presencia de los mismos elementos esenciales de una relación laboral ordinaria: i) prestación personal de servicios (realizados por el trabajador destacado), ii) subordinación (compartida entre la entidad intermediadora y la empresa usuaria, y iii) remuneración (otorgada por la entidad intermediadora a favor del trabajador destacado).
- En lo que corresponde a la **naturaleza de las labores**, tanto en la intermediación laboral como en las relaciones laborales ordinarias, la labor del trabajador es por cuenta ajena.
- En lo que corresponde al **registro de contratos**, tanto en la intermediación laboral como en las relaciones laborales ordinarias, se exige que los contratos suscritos entre las partes sean registrados ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.
- En lo que corresponde al pago de **beneficios sociales**, tanto en la intermediación laboral como en las relaciones laborales ordinarias se otorgan los mismos beneficios sociales dependiendo del régimen en el que se encuentre el empleador.
- En lo que corresponde a la **protección contra el despido arbitrario**, tanto en la intermediación laboral como en las relaciones laborales ordinarias, se otorga protección contra el despido arbitrario por decisión de quien detente las condiciones de empleador.

En el mismo sentido, se propone el Cuadro N° 02 denominado Similitudes entre las Relaciones Laborales Ordinarias y la Intermediación Laboral, como medio para precisar lo desarrollado en el punto 4.2. de la presente investigación.

CUADRO N° 02
SIMILITUDES ENTRE LAS RELACIONES LABORALES ORDINARIAS Y LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

| Relaciones Laborales Ordinarias | Intermediación Laboral |
|---|------------------------|
| Mismos elementos esenciales de relación laboral | |
| Naturaleza de las labores son por cuenta ajena | |
| Contratos registrados ante la Autoridad Administrativa de Trabajo | |
| Otorgan los mismos beneficios sociales al trabajador | |
| Se otorga protección contra el despido arbitrario | |

FUENTE: Elaboración Propia

5. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON LA TERCERIZACIÓN LABORAL

En lo que corresponde a las diferencias existentes entre la intermediación laboral y la tercerización laboral, la Doctrina Nacional si ha tenido a bien desarrollar estas categorías.

5.1. DIFERENCIAS ENTRE LA INTERMEDIACION LABORAL Y LA TERCERIZACION LABORAL

La diferencia más notoria es resumida por NEVES MUJICA³⁵ al afirmar que *“En la primera [intermediación laboral], regida por la Ley 27626 y su Reglamento, la empresa deudora le proporciona mano de obra a la acreedora y esta dirige la prestación. En la segunda [tercerización laboral], amparada en la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038, la empresa deudora se encarga de la ejecución de una fase completa del proceso productivo y se reserva la dirección de la prestación. Como ésta no provee solo personal, debe contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, asumir las tareas por su cuenta y riesgo y responder por los resultados.”* Sin embargo, aun cuando pareciese ser bastante precisa esta diferencia, existen algunos otros aspectos más especializados que son destacados por otros autores.

Así, para TOYAMA MIYAGUSUKU³⁶ las diferencias existentes entre una y otra son:

³⁵ NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Fondo Editorial PUCP, Lima-2009, p 53

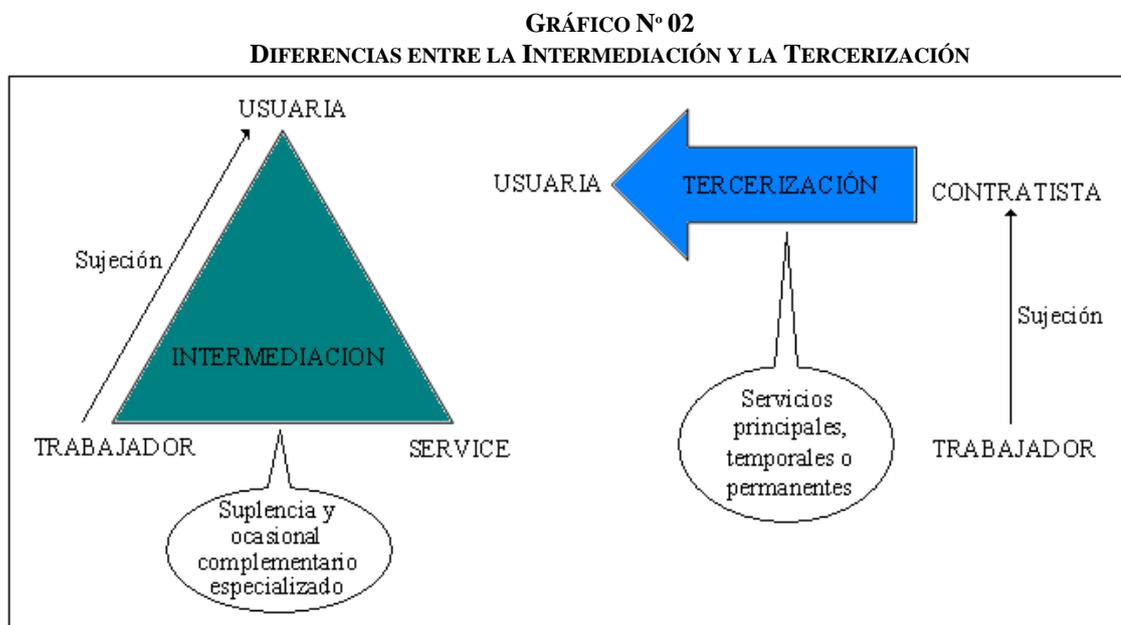
³⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Derecho Individual de Trabajo*, Gaceta Jurídica, Lima-2011, p 153.

CUADRO N° 03
INTERMEDIACIÓN Y TERCERIZACIÓN: DIFERENCIAS

| Intermediación | Tercerización u outsourcing |
|---|--|
| Hay un destaque de mano de obra a la empresa contratante (un puesto de trabajo) | Se brinda un servicio integral a la empresa contratante (la mano de obra constituye solo una parte del servicio), que importa un destaque continuo de personal. |
| Se prestan servicios en actividades principales de la contratante solo temporalmente bajo la modalidad de un contrato ocasional (duración: 6 meses) o de suplencia. También se realizan actividades complementarias o especializadas. Estarían comprendidas las tercerizaciones de propiedad complementaria | Se prestan servicios en actividades principales (temporales o permanentes) de la contratante, pero los alcances de la actividad principal comprende actividades de soporte y que coloquialmente son complementarias. |
| Los trabajadores que realizan actividades principales temporalmente no podrán exceder del 20% del total de trabajadores de la empresa contratante. | No está sujeto a límite porcentual alguno. |
| La empresa que realiza este servicio debe inscribirse en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de intermediación. | Debe inscribirse en registro del Ministerio de Trabajo o registrar la tercerización en la planilla electrónica. |
| Hay solidaridad en el pago de todos los beneficios sociales hasta cuatro años de terminado el destaque y el service debe tener una fianza para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones laborales. | Hay solidaridad en el pago de beneficios sociales legales hasta un año de término del destaque. El contratista no se encuentra obligado a conceder fianza alguna. |
| El service solo se puede constituir para destacar trabajadores. El service debe contar con un capital mínimo no menor al valor de 45 Unidades Impositivas Tributarias (UIT). | La contratista se constituye para brindar un servicio integral. La provisión de mano de obra constituye solo una parte del servicio. |
| No hay deberes de información al personal sobre la intermediación. | Hay obligación de información al personal sobre la tercerización con destaque continuo de personal. |
| Detracción de IGV (14%) | Solo se prevé la detracción del IGV en algunos supuestos. |

FUENTE. Jorge Toyama Miyagusuku

De igual forma, TOYAMA MIYAGUSUKU³⁷ propone como gráfico que permita diferenciar a la intermediación laboral de la tercerización laboral el siguiente:



FUENTE. Jorge Toyama Miyagusuku

En dicho gráfico, se puede verificar que mientras la intermediación laboral tiene un carácter trilateral cerrado en el que confluyen todos los sujetos partícipes de esta contratación especial, en la tercerización laboral se advierte un carácter trilateral abierto en el que solo confluyen dos lados de dicha relación contractual, dado que en la tercerización el trabajador destacado no recibe órdenes de la empresa usuaria sino directamente de su propio empleador.

De igual forma, también de entre la Doctrina Nacional cabe resaltar el catálogo de diferencias planteada por CARHUATOCTO SANDOVAL³⁸:

³⁷ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima-2015, p 226.

³⁸ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, *El Fraude y la Simulación en la Intermediación Laboral y la Tercerización*, Jurista Editores, Lima-2012, p 49.

CUADRO N° 04
CUADRO COMPARATIVO ENTRE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y TERCERIZACIÓN

| Intermediación laboral | Tercerización |
|--|---|
| Provee trabajadores a la empresa usuaria en actividades temporales, de alta especialización y complementarias | Se presta un servicio específico que puede traducirse en un producto o labor técnica tangible, no entraña en estricto transferencia de personal |
| Entraña necesariamente un destaque de personal en la empresa usuaria | Puede existir destaque de personal |
| Existe un co-patronato pues el trabajador puede recibir instrucciones y órdenes tanto de la empresa de intermediación como la empresa usuaria | No existe copatronato, el único empleador del trabajador es la empresa de tercerización. Pueden ser objeto de tercerización todas las actividades de la empresa incluso las principales y permanentes, siempre que se conserve la autonomía, cuestión que el terreno factico produce simulaciones y fraudes |
| Existe solidaridad laboral por los beneficios sociales de los trabajadores si es que la fianza otorgada por la empresa intermediadora es insuficiente para satisfacerlos | Existe solidaridad laboral entre la empresa principal y la empresa tercerizadora |
| Las utilidades que reciben los trabajadores cuando corresponda de acuerdo a ley, serán de la empresa intermediadora | Las utilidades que reciben los trabajadores cuando corresponda de acuerdo a ley, serán de la empresa de tercerización |

FUENTE: Henry Carhuatocto Sandoval

Considerando que no es objeto de investigación la determinación de las diferencias entre una y otra categoría, considero suficiente el detalle planteado líneas arriba.

5.2. SIMILITUDES ENTRE LA INTERMEDIACION LABORAL Y LA TERCERIZACION LABORAL

No obstante ello, nuestra Doctrina Nacional no ha desarrollado las similitudes existentes entre estas categorías, motivo por el que propongo en detalle las siguientes:

CUADRO N° 05
SIMILITUDES ENTRE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y TERCERIZACIÓN LABORAL

| | |
|---|---|
| Naturaleza Trilateral | Tanto la intermediación laboral como la tercerización contienen una naturaleza trilateral. En la intermediación laboral se observa la presencia de la entidad intermediadora, la empresa usuaria y el trabajador destacado (singular). En la tercerización, se observa la presencia de la empresa tercerizadora, la empresa principal y el desplazamiento del personal (plural) |
| Personas Jurídicas | El empleador de la intermediación laboral (entidad intermediadora) y en la tercerización laboral (empresa tercerizadora), necesariamente tiene que ser una persona jurídica. |
| Registro de Contratos | En la intermediación laboral y en la tercerización laboral, se exige que los contratos suscritos entre las partes sean registrados ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. |
| Registro y Autorización para Operaciones | En la intermediación laboral y en la tercerización laboral, se exige que las entidades intermediadoras como las empresas tercerizadoras cuenten con registro y autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo para poder destacar personal vía estas modalidades contractuales especiales. |
| Régimen Laboral | La intermediación laboral y la tercerización laboral son especiales figuras contractuales laborales aplicables únicamente en el régimen laboral privado. |

FUENTE: Elaboración Propia

Como se puede verificar, sustancialmente la intermediación laboral así como la tercerización laboral contienen rasgos característicos bastante similares, sea por su naturaleza trilateral, la necesidad de que tanto la empresa usuaria como la entidad intermediadora sean personas jurídicas, el requisito administrativo de contar con un registro de contratos así como de la autorización para realizar sus operaciones, entre otras necesarias para verificar la correspondencia formal de estas contrataciones laborales.

6. MARCO NORMATIVO VIGENTE

La intermediación laboral en el Perú actualmente se encuentra regulada bajo el siguiente marco normativo:

CUADRO N° 06
MARCO NORMATIVO VIGENTE
DE ALCANCE NACIONAL

| | |
|-----------------------------------|--|
| Ley | 1) Ley N° 27626 Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores (09/01/2002). |
| Decreto Supremo | 2) Decreto Supremo N° 003-2002-TR Disposiciones para la aplicación de las leyes 27626 y 27696, que regulan la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores (28/04/2002). 3) Decreto Supremo N° 074-90-TR Texto Único de la Ley General de Cooperativas (07/01/1991). 4) Decreto Supremo N° 004-98-TR Dictan normas complementarias para la aplicación de régimen laboral a socios trabajadores de Cooperativas y trabajadores de Empresas Especiales de Servicios (16/07/1999). |
| Resoluciones Ministeriales | 1) Resolución Ministerial N° 059-98-TR Crean el Registro de Cooperativas de Trabajadores (03/07/1998). 2) Resolución Ministerial N° 048-2010-TR Aprueban directiva que regula el procedimiento para la inscripción en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de intermediación laboral – RENEEL (21/02/2010). 3) Resolución Viceministerial N° 005-2011-MTPE/3 Aprueban “Directiva para la Ejecución del Servicio de Intermediación Laboral” (08/06/2011). |

FUENTE: Elaboración Propia

Asimismo, deberá de tenerse presente que a nivel internacional, el Convenio 181 de la OIT Convenio Sobre las Agencias de Empleo Privadas 1997 y la Recomendación 188 OIT Recomendación Sobre las Agencias de Empleo Privadas 1997 son las que regulan la intermediación laboral y la tercerización laboral, sin embargo se trata de documentos que a la fecha no han sido ratificados ni asumidos por el Estado Peruano.

CAPÍTULO II

DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

1. LA DESNATURALIZACIÓN CONTRACTUAL LABORAL Y EL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD

Para analizar propiamente a la desnaturalización de la intermediación laboral, previamente se hace necesario conocer con exactitud que se entiende por desnaturalización contractual y como ésta se aplica al Derecho de Trabajo.

Para la REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA³⁹ el vocablo “Desnaturalizar” significa “*alterar las propiedades o condiciones de algo, desvirtuarlo.*” Es decir, bajo una acepción netamente gramatical la desnaturalización implicaría la modificación sustancial de algo cuyo resultado termina siendo totalmente diferente al objeto originario.

Según lo advertido por DE LAMA LAURA y GONZALES RAMÍREZ⁴⁰ la desnaturalización operaría a manera del siguiente ejemplo: “*La desnaturalización implica que la situación A va perdiendo, por distintas circunstancias, la esencia o cualidades que le permitían ser tal, estas se van desgastando y diluyendo hasta que pierde la calidad de A desembocando en una situación diferente: B.*”

La desnaturalización contractual importa necesariamente el cuestionamiento de los requisitos de validez del mismo como acto jurídico que es. Así entonces, el artículo 140° del Código Civil señala que “*El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1) Agente capaz, 2) Objeto física y jurídicamente posible, 3) Fin lícito, 4) Observancia de la forma prescrita bajo sanción de*

³⁹ <http://lema.rae.es/drae/?val=desnaturalizar>. Página Web visitada en fecha 22 de mayo de 2014.

⁴⁰ GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro y DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo, *Desnaturalización en las Relaciones Laborales: Situación de simulación y fraude en los contratos de trabajo, tercerización, formativas y otros*, Manual Operativo I Soluciones Laborales – Gaceta Jurídica, Lima – 2010, p 19.

nulidad.” A criterio de ARÉVALO VELA⁴¹ dichos requisitos constituyen los elementos generales del contrato de trabajo dado que *“son aquellos que deben estar presentes en todo tipo de contrato cualquiera sea su naturaleza, su ausencia origina la invalidez del mismo.”*

Ahora bien, llevando estos significados al plano contractual laboral tenemos que el contrato de trabajo obedece a su propia naturaleza preestablecida legalmente. Así, según el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral: *“En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primer podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y requisitos que [dicha] ley prevé.”* [El Resaltado es nuestro] Si bien este artículo no define la naturaleza del contrato de trabajo, sí identifica a sus elementos (prestación personal de servicios, remuneración y subordinación) así como precisa como **regla general la existencia de un contrato a plazo indeterminado** y como excepción el contrato sujeto a modalidad.

Según lo señalado por NEVES MUJICA⁴² la identificación de un contrato de trabajo indeterminado requiere de la identificación de los criterios de tipicidad advertidos en toda relación laboral. Dicho autor sostiene que *“los criterios de tipicidad son, básicamente, los siguientes: duración de la relación laboral, duración de la jornada de trabajo, número de empleos y lugar de trabajo. Atendiendo a estos criterios, el contrato típico es el que se presta con duración indeterminada, tiempo completo, para un solo empleador y en el propio centro de trabajo. Y los atípicos se dan cuando uno o más de dichos rasgos está ausente.”* [El Resaltado

⁴¹ ARÉVALO VELA, Javier. *Derecho del Trabajo Individual*, Fondo Editorial de la Fundación Vicente Ugarte del Pino, Lima-2012, p 116.

⁴² NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Fondo Editorial PUCP, Lima-2009, p 45.

es nuestro]. ARÉVALO VELA⁴³ complementa dicho concepto indicando que “*los elementos típicos constituyen indicios del carácter laboral de una relación o son requisitos para el disfrute de determinados beneficios laborales. En el primer caso contribuyen a calificar una relación como de carácter laboral, cuando alguno de los elementos esenciales no se acredita con plenitud. En el segundo caso el goce de ciertos beneficios está condicionado a la presencia de determinado elemento típico.*”

Entender como regla general que el contrato de trabajo es indeterminado, guarda relación con lo sostenido por la Doctrina comparada. Efectivamente para ROGER BLANPAIN⁴⁴: “*Los contratos de duración indefinida son y seguirán siendo la forma general de relaciones de trabajo entre empleadores y trabajadores. (...) Con toda razón, el Tribunal de Justicia [Europeo] ha considerado que el contrato de duración indeterminado es el tipo general y es un elemento importante en la protección de los trabajadores.*”⁴⁵ [El Resaltado es nuestro]

Atendiendo a esta naturaleza indeterminada que como regla general tiene el contrato de trabajo, y considerando a su vez que este contrato puede materializarse en forma verbal no siendo necesaria la forma escrita, resulta necesario invocar al principio laboral más importante y de mayor trascendencia en lo que corresponde a la identificación de verdaderas relaciones laborales: el **Principio de Primacía de Realidad**.

Según PLA RODRÍGUEZ⁴⁶ el principio de primacía de realidad significa que “*en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de*

⁴³ ARÉVALO VELA, Javier. *Derecho del Trabajo Individual*, Fondo Editorial de la Fundación Vicente Ugarte del Pino, Lima-2012, p 120.

⁴⁴ Profesor de la Universidad de Lovaina, Bélgica.

⁴⁵ BLANPAIN, Roger, *El Contrato de Trabajo de Duración Determinada*, en: *Relaciones Laborales en el Mundo – 43 Estudios en Homenaje al Profesor Luis Aparicio Valdez*, Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo, Editorial GRIJLEY, Lima-2008, p 296.

⁴⁶ PLA RODRÍGUEZ, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Tercera Edición, Depalma, Buenos Aires–1998, p 243.

documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.” [El Resaltado es nuestro]

Similar posición es asumida por NEVES MUJICA⁴⁷ quien señala que “*ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el Derecho prefiere esto, sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho civil enuncia que las cosas son lo que la naturaleza y no su denominación determinan.*” [El Subrayado es nuestro]

No menos importante termina siendo la explicación realizada por ARÉVALO VELA⁴⁸ quien manifiesta que debemos tener presente que “*los documentos donde consta la celebración de contratos civiles, mercantiles o de cualquier otra naturaleza, no tienen más que un valor probatorio de presunción, el que puede perderlo si al verificarse lo ocurrido en la práctica se demuestra que la suscripción de dichos documentos ha servido para un fraude o simulación orientados a eludir el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la legislación laboral. En ese caso, se deberá declarar la existencia de un contrato de trabajo y reconocer al trabajador los derechos que le corresponden con arreglo a ley.*” [El Subrayado es nuestro]

Conforme a lo expuesto conceptualmente por dichos autores, nuestra legislación nacional ha materializado el referido principio en el inciso 2) del artículo 2° de la Ley N° 28806 Ley General de Inspección de Trabajo⁴⁹. De la misma forma, el Tribunal Constitucional ha definido al principio de primacía de la realidad a través de indistintas sentencias constitucionales, citando como ejemplo la Sentencia

⁴⁷ NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Fondo Editorial PUCP, Lima-2009, p 42.

⁴⁸ ARÉVALO VELA, Javier, *Derecho del Trabajo Individual*, Fondo Editorial de la Fundación Vicente Ugarte del Pino, Lima-2012, p 67.

⁴⁹ Artículo 2°.- El funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección de Trabajo, así como de los servidores que lo integran, se regirán por los siguientes principios ordenadores: (...) 2. *Primacía de la Realidad, en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados.*

emitida en el Expediente N° 01944-2002-AA/TC⁵⁰. Igualmente la Corte Suprema de Justicia de la República a través de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente ha invocado este principio en innumerables sentencias, citando como ejemplo la contenida en la Casación N° 1509-2003-Lima.

Cabe resaltar el aporte de la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO mediante la Recomendación 198⁵¹, en cuyo punto 9 indica que *“la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador.”* De igual manera, en el punto 11 determina que: *“A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían de considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia la presente Recomendación, la posibilidad de: (a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo; (b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios; y (c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.”* Sin embargo, es el punto 13 el de mayor importancia pues desarrolla los indicios de laboralidad tales como: *“(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador,*

⁵⁰ STC N° 01944-2002-AA/TC Lambayeque. Eduardo Enrique Chinchay Puse. Emitido en fecha 28 de enero de 2003: *“en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.”*

⁵¹ http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument Página Web visitada en fecha 22 de mayo de 2014.

que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y (b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.”

De todo lo antes expuesto, y a efecto de poder identificar la verdadera naturaleza del contrato de trabajo, conviene tener presente lo invocado por NEVES MUJICA⁵² quien sostiene que únicamente un contrato podrá ser considerado de trabajo cuando este verse sobre “*un trabajo humano, productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado*”. Esta afirmación conjuntamente con los indicios de laboralidad advertidos por la OIT determinan finalmente el aspecto consustancial exigido a toda verdadera naturaleza de las relaciones contractuales laborales.

Por lo tanto, en atención a lo antes señalado, nos encontraremos ante una desnaturalización contractual laboral cuando de las relaciones jurídicas objeto de estudio se puedan advertir supuestos que escapen a la regla general (contrato indeterminado o típico) para evidenciar prácticas injustificadas de contratación modal (plazo fijo) o verdaderas relaciones laborales encubiertas bajo naturalezas contractuales diferentes (por ejemplo la locación de servicios), las mismas que terminarían presentando en el plano de los hechos realidades diferentes a las plasmadas en el plano de los documentos.

2. ¿SUPUESTOS DE INFRACCIÓN O EXPRESAS CAUSALES DE DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL?

⁵² NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Fondo Editorial PUCP, Lima-2009, p 17.

De la propia revisión del marco legal que regula la intermediación laboral en el Perú, tenemos que principalmente en la Ley N° 27626 y en el Decreto Supremo 003-2002-TR se menciona indistintamente el término “desnaturalización” e “infracción a los supuestos de intermediación laboral” para identificar aquellos aspectos que alteran sustancialmente el contenido mismo de la intermediación laboral. A efecto de aclarar estos conceptos, considero necesario identificar si éstos versan sobre lo mismo, son sinónimos o si mantienen diferencias significativas que exigirían una regulación diferente.

De la lectura del **artículo 3°** de la Ley N° 27626 se desprenden:

A) Los supuestos de procedencia de la intermediación laboral

- Temporalidad,
- Complementariedad
- Especialización

Al respecto, sostiene TOYAMA MIYAGUSUKU⁵³ que:

“(…) la temporalidad se reduce a dos supuestos claramente delimitados (artículo 11.1 de la Ley): la contratación vía suplencia y de carácter ocasional, aplicándose los requisitos de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

(…) El segundo supuesto son las actividades complementarias de las empresas usuarias. Para la ley, estamos ante actividades accesorias o no vinculadas al giro principal de las usuarias (artículo 11.2) (...) La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria. (...) Debemos comprender que las actividades complementarias deben ser periféricas, que no formen parte de la

⁵³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Derecho Individual de Trabajo*, Gaceta Jurídica, Lima-2011, pp 158 a 160.

actividad principal o estratégica de la empresa usuaria ni tampoco de las actividades de soporte, a tal punto que la regla interpretativa debe ser la actividad principal y la excepción la complementaria. (...)

(...) las actividades especializadas o más concretamente de alta especialización (artículo 11.3 de la ley), son aquellas que siguen un alto nivel de conocimiento técnicos, científicos o particularmente calificados como el mantenimiento y saneamientos especializados, pero que son auxiliares, secundarias o no vinculadas a la actividad principal de la usuaria.”

- B) Una limitación expresa consistente en la no prestación de servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria.

Según la definición proporcionada mediante el artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, debemos entender a la actividad principal como aquella que *“es consustancial con el giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización, y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa.”*

Ello quiere decir, que bajo esta regulación legal la intermediación laboral no puede ser regulada por supuestos diferentes a los antes planteados, ni versar sobre actividades principales de la empresa usuaria.

En los **artículos 4° y 8** de la Ley N° 27626 y **artículo 14°** del Decreto Supremo N° 003-2002-TR se regulan los supuestos prohibidos de intermediación laboral, como son:

- A) La vulneración o limitación de ejercicios de derechos colectivos de trabajadores de la empresa usuaria o entidad intermediadora.**

Supuesto que ocurre cuando se contraviene, por ejemplo los derechos a la negociación colectiva o a la libertad sindical. En ese sentido UGAZ OLIVARES⁵⁴ manifiesta que *“una de las consecuencias de la subcontratación es el aligeramiento de la nómina de la empresa principal, con lo cual, la libertad de sindicación entales empresas se ve gravemente condicionada y, en ocasiones, pierde presencia o eficacia. La rebaja de la población de una empresa reduce la expectativa de contar con un organismo sindical ya que quizá no exista la suficiente densidad laboral para formar un ente gremial.”*

B) La contratación para cubrir personal que se encuentre ejerciendo el derecho a huelga.

Conforme a lo desarrollado por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia expedida en el Expediente N° 0008-2005-AI/TC⁵⁵: *“Entre las atribuciones vinculadas al derecho de huelga aparecen las siguientes: (i) Facultad de ejercitar o no ejercitar el derecho a huelga. (ii) Facultad de convocatoria dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercitar el atributo de su posterior desconvocatoria. (iii) Facultad de establecer el petitorio de reivindicaciones; las cuales deben tener por objetivo la defensa de los derechos e intereses socio-económicos o profesionales de los trabajadores involucrados en la huelga. (iv) facultad de adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la Ley. (v) Facultad de determinar la modalidad de huelga; esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado.”*

C) La contratación para cubrir personal de otra entidad intermediadora.

⁵⁴ UGAZ OLIVAREZ, Mauro, *La Subcontratación y su Repercusión en el Ejercicio de la Libertad de Sindicación*, En: “Derecho Colectivo de Trabajo” ius et veritas, Jurista Editores, Lima-2010, p 306-307.

⁵⁵ STC 0008-2005-AI/TC, Pleno Jurisdiccional, Juan José Gorriti y 5000 ciudadanos. Emitido en fecha 12 de agosto de 2005.

Resulta evidente la razón, dado que una entidad intermediadora tiene por objeto únicamente el destacar personal, más su naturaleza no opera en sentido contrario (requerir de mano de obra) pues ello podría significar un fraude a la ley al desconocerse los efectos perseguidos por ésta.

D) El exceso de porcentajes limitativos para la contratación de servicios temporales.

Según lo expuesto por DE LAMA LAURA y GONZALES RAMÍREZ⁵⁶ *“En la actualidad, la norma prevé un límite máximo del 20% del total de la planilla en el caso de la modalidad temporal, porcentaje que no es aplicable a la provisión de servicios complementarios o especializados, siempre y cuando la empresa de servicios o cooperativa asuma plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades, es decir se le restan poderes de dirección a la empresa usuaria.”*

E) La contratación de servicios temporales distintos de los que pueden ser cubiertos por los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia regulados por la LPCL.

Para TOYAMA MIYAGUSUKU⁵⁷ *“la contratación de personal vía intermediación laboral para actividades principales de una usuaria solamente puede realizarse en dos supuestos: suplencia y ocasionales.”*

F) La contratación para labores distintas de las permitidas a las entidades intermediadoras.

⁵⁶ GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro y DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo, *Desnaturalización en las Relaciones Laborales: Situación de simulación y fraude en los contratos de trabajo, tercerización, formativas y otros*, Manual Operativo I Soluciones Laborales – Gaceta Jurídica, Lima – 2010, p 140.

⁵⁷ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Derecho Individual de Trabajo*, Gaceta Jurídica, Lima-2011, pp 158 a 158.

Al respecto, DE LAMA LAURA y GONZALES RAMÍREZ consideran que este supuesto *“se refiere a la contratación para cubrir actividades complementarias, lo cual ha sido objeto de debate en la doctrina y no ha sido claramente especificado por la jurisprudencia. (...) La norma establece que estas se circunscriben a actividades accesorias y no vinculadas*

G) La reiterancia en el incumplimiento de precisar los términos del contrato de personal destacado, identificación del trabajador, el cargo, la remuneración y el plazo del destaque.

Como lo indica el artículo 26° de la Ley N° 27626 constituyen obligaciones de la empresa usuaria el verificar que la entidad intermediadora cuente con el registro y la autorización proporcionada por la Autoridad Administrativa de Trabajo. Asimismo, se le impone el deber de incluir en los contratos de locación de servicios celebrado con la entidad intermediadora la descripción de las labores a realizarse, los términos del contrato del personal destacado. Complementa el artículo 13° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR que además la empresa usuaria se encuentra obligada a verificar que dicho contrato contenga además el cargo, la remuneración y el plazo del destaque. Su incumplimiento es sancionado económicamente por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

En ese aspecto, el artículo 14° del Decreto Supremo 003-2002-TR así como el artículo 5° de la Ley N° 27626 prescriben que si la Autoridad Administrativa de Trabajo advirtiese la comisión de alguno de estos supuestos de infracción a la intermediación laboral, entonces **SE CONSIDERARÁ DESNATURALIZADA LA INTERMEDIACIÓN LABORAL** y en consecuencia configurada una relación laboral directa entre el trabajador destacado y la empresa usuaria desde el inicio de la prestación del servicio. Ello quiere decir, que la propia regulación normativa antes indicada da referencia que la desnaturalización laboral aparentemente terminaría siendo únicamente la **CONSECUENCIA** o **EFEECTO** ante la comisión de alguno de los supuestos de infracción a la intermediación laboral, más no

propiamente causales expresas de desnaturalización a la intermediación laboral. En otras palabras, aparentemente no sería lo mismo considerar a las causales de infracción a la intermediación laboral como causales de desnaturalización de la intermediación laboral, puesto que la primera sería la CAUSA y la segunda la CONSECUENCIA o EFECTO regulado legalmente.

Sin embargo, en este punto el legislador no ha tomado en consideración que toda la redacción legal que regula la intermediación laboral parte del punto inicial de considerar a ésta cuando menos conformada desde su aspecto formal, es decir, desde el cumplimiento de los requisitos expresos de procedibilidad. Efectivamente, la redacción de toda la Ley N° 27626 importa una regulación de requisitos formales para que se configure la intermediación laboral. En ese sentido para TOYAMA MIYAGUSUKU⁵⁸ los más relevantes supuestos de incumplimiento en la Ley N° 27626 y el Decreto Supremo N° 003-2002-TR son:

CUADRO N° 07
SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO FORMAL DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

| SUPUESTO INCUMPLIMIENTO | SANCIÓN |
|---|--|
| 1. No conceder <u>carta fianza</u> o que esta sea insuficiente para cubrir los adeudos que pudiera tener la empresa de intermediación con los trabajadores. | Si la carta fianza concedida resulta insuficiente para el pago de los derechos laborales que pudieran adeudarse, la empresa usuaria será responsable solidaria por el pago de dichos adeudos. |
| 2. Si es que la empresa no hubiera acreditado el <u>capital mínimo</u> exigido. | Si es que la empresa de intermediación no acredita el capital mínimo, la Autoridad Administrativa denegará la inscripción solicitada, por lo tanto, al contratar con una empresa que no hubiera acreditado el capital mínimo requerido se estaría contratando con una empresa informal y las consecuencias serían las siguientes: <ul style="list-style-type: none"> - Se entenderá que desde el inicio de la prestación los trabajadores destacados han sido trabajadores de la empresa usuaria, si luego de una visita inspectiva no existiera alguna adecuación. - Se le impondrá a la empresa usuaria una multa equivalente a una sanción de tercer grado, que, dependiendo del número de |

⁵⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Derecho Individual del Trabajo*, Gaceta Jurídica, Lima-2001, p 169.

| | |
|--|--|
| | trabajadores afectados y del número de infracciones cometidas, fluctuará entre el 5% y el 100% de 10 UIT. |
| 3. Si es que se contrata a una empresa a la cual la Autoridad Administrativa no le ha otorgado la <u>autorización respectiva</u> . | Si es que se contrata a una empresa de intermediación que no cuenta con la autorización respectiva, las consecuencias serían las mismas que las previstas en el numeral 2 precedente. |
| 4. En el caso que se contrate a una empresa de servicios complementarios para que a través de su personal se desarrollen <u>actividades principales</u> , o una empresa de servicios especializados para <u>actividades que no son de alta especialización</u> . | Si se contrata a una empresa de servicios complementarios para que se desarrollen actividades principales o una empresa de servicios especializados para actividades que no son de alta especialización, las consecuencias serían las siguientes: - Se entenderá que desde el inicio de la prestación los trabajadores destacados han sido trabajadores de la empresa usuaria. - Se le impondrá a la empresa usuaria una multa equivalente a una sanción de tercer grado, que, dependiendo del número de trabajadores afectados y del número de infracciones cometidas, fluctuará entre el 5% y el 100% de 10 UIT. |
| 5. Si se <u>excedieran los porcentajes limitativos</u> establecidos por la Ley con respecto a la contratación de una empresa de servicios temporales (20%) | Si se excedieran los porcentajes limitativos establecidos por la Ley con respecto a la contratación de una empresa de servicios temporales (20%), las consecuencias serían las descritas en el numeral 4 precedente. |
| 6. Si se contratase a una empresa de servicios temporales para que desarrollen <u>actividades distintas a las que pudieran ser cubiertas por contratos de naturaleza ocasional o de suplencia</u> . | En el caso que se contratase a una empresa de servicios temporales para que desarrollen actividades distintas a las que pudieran ser cubiertas por contratos de naturaleza ocasional o de suplencia, las consecuencias serían las siguientes: - Se considerará a estas personas como trabajadores de la empresa usuaria. - Se le impondrá a la empresa usuaria una multa equivalente a una sanción de tercer grado, que, dependiendo del número de trabajadores afectados y del número de infracciones cometidas, el 55 y el 100% de 10 UIT. |
| 7. Si en el contrato de Locación de Servicios que celebren la empresa usuaria y la entidad intermediadora no se incluyeran la fundamentación | Se considera tal incumplimiento como una sanción de primer grado, la cual es equivalente al pago de una multa que fluctuará ente 5% y 100% de 2.5 UIT, dependiendo del número de trabajadores afectados y el número de |

| | |
|--|---------------------------------------|
| de la <u>naturaleza temporal, complementaria o especializada del servicio ni los términos del contrato de personal destacado.</u> | infracciones cometidas. |
| 8. Contratación para <u>cubrir ausencias de personal en huelga o para destacar personal en otras empresas especiales de servicios.</u> | Laboralización en la empresa usuaria. |

FUENTE: Jorge Toyama Miyagusuku

En razón a lo antes expuesto, se puede verificar que la regulación normativa de la intermediación laboral únicamente ha sido desarrollada desde su espectro legislativo basándose en la preexistencia formal de dichas contrataciones, sin embargo en ningún extremo el legislador ha emitido pronunciamiento o regulación alguna acerca de la existencia material del mismo, ello pese a que la intermediación laboral versa sobre un especialísimo tipo de contratación laboral que constituye la excepción a las relaciones laborales ordinarias.

El legislador no ha tomado en consideración que **de conformidad con el principio de primacía de realidad la validez formal** (aquello que se advierte del plano de los documentos) **no necesariamente determina la VALIDEZ MATERIAL** (aquello que se advierte de la realidad) si es que en el plano de los hechos se verifica la existencia de una verdadera y única relación laboral directa e indeterminada entre el trabajador destacado (verdadero trabajador) y la empresa usuaria (verdadero empleador).

Por lo tanto, el criterio asumido por el investigador será el de considerar que NO es lo mismo hablar de supuestos de infracción a la intermediación laboral que hablar de desnaturalización de la intermediación laboral. La diferencia radicará en que:

CUADRO N° 08
DIFERENCIAS ENTRE LOS SUPUESTOS DE INFRACCIÓN Y LA DESNATURALIZACIÓN DE LA
INTERMEDIACIÓN LABORAL

| SUPUESTOS DE INFRACCIÓN A LA INTERMEDIACIÓN LABORAL | DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL |
|---|--|
| Criterio restringido de laboralidad. | Criterio amplio de laboralidad. |
| Únicamente analiza el aspecto formal (documentos) de la intermediación laboral. | Analiza el aspecto formal conjunta e integralmente con el aspecto material (realidad) de la intermediación laboral. |
| Sus efectos son mixtos: - En algunos supuestos desnaturaliza la intermediación laboral hacia una relación laboral directa e indeterminada, - En otros supuestos, únicamente impone multas administrativas. - En pocos supuestos, determina la solidaridad entre la entidad intermediadora y la empresa usuaria respecto del pago de beneficios sociales. | Un único efecto: La desnaturalización de la intermediación laboral por reconocimiento de una relación laboral directa e indeterminada entre el trabajador y la empresa usuaria. |
| Regulado expresamente en la Ley N° 27626 y D.S. N° 003-2002-TR. | Regulado tácitamente en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú. |

FUENTE: Elaboración Propia

3. DESNATURALIZACION DE LA INTERMEDIACION LABORAL.

En el desarrollo de este subtítulo no intento analizar aisladamente el aspecto formal de la intermediación laboral, por el contrario, la finalidad de la misma deriva en la necesidad de poder abordarlo integralmente con el aspecto material advertido en la realidad.

Así entonces, a efectos de lograr una mejor comprensión deberemos de abordar a la desnaturalización de la intermediación laboral como aquella situación en la cual se verifique que esta especial contratación no cumple con los requisitos legales exigidos para su configuración formal, o mantenga una naturaleza diferente durante su ejecución. Es decir, la manifiesta discordancia entre lo advertido en el plano documental y lo verificado en el plano de los hechos.

Para ello, el aspecto formal ha sido bastante desarrollado por la Ley N° 27626 y el Decreto Supremo N° 003-2002-TR y es precisamente por ello que todas estas condiciones se encuentran detalladas como expresas causales de infracción a los supuestos de intermediación laboral. Resultaría ocioso analizar estas causales e infracción puesto que como se explicó a inicios de la investigación, se trataría de repetir lo que ya diferentes autores han analizado. La Doctrina nacional siempre ha emitido pronunciamiento acerca de la realidad formal de la intermediación laboral, pero no se ha encontrado análisis alguno acerca de la realidad material, siendo precisamente ello el objeto de la presente investigación.

Siendo el aspecto material uno que se advierte necesariamente en la realidad, conviene invocar nuevamente al principio de primacía de la realidad únicamente para identificar qué aspectos consustanciales se deberán de verificar para considerar que no existe correspondencia entre los documentos y los hechos.

NEVES MUJICA⁵⁹ sostiene que a través del principio de primacía de la realidad se puede evidenciar el incumplimiento indirecto de las normas. Para dicho autor “*Se califica una situación jurídica de un modo que no guarda conformidad con su naturaleza y ello provoca el sometimiento a un régimen jurídico que no es el pertinente.*”

De dicha definición podemos extraer tres características base que nos permitirán identificar los aspectos consustanciales que deben advertirse en el cotejo de la realidad material:

- a) ***La calificación a una situación jurídica***, es decir, el reconocimiento de las características y los efectos desplegados que la misma merecerá por parte del otorgamiento jurídico. Si una norma regula determinado supuesto de hecho y le otorga efectos jurídicos, entonces cuando nos encontremos ante esa misma situación fáctica tendremos conocimiento de todo aquello que implica tal calificación.

⁵⁹ NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Fondo Editorial PUCP, Lima-2009, p 41.

Aplicando dicho concepto a la presente investigación, si los documentos y/o contratos jurídicos celebrados entre las partes indican que la situación jurídica es de una intermediación laboral, entonces resulta congruente suponer que cuando menos deberíamos tener a la vista una realidad trilateral compuesta por tres sujetos diferentes, una subordinación compartida, un poder de dirección compartido, un único empleador (entidad intermediadora), un único beneficiario de la mano de obra (empresa usuaria), un trabajador destacado, una carta fianza, un registro de actividades de intermediación, la autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo, el no exceso de porcentajes limitativos de contratación, etc. Todo ello en razón a que para el ordenamiento legal que solo nos encontraríamos ante una intermediación laboral si ésta cumple estrictamente con todos los requisitos especiales previamente regulados.

- b) ***La naturaleza disconforme***, lo que propiamente supone que ante la aplicación del principio de primacía de la realidad se advierte la discordancia entre lo manifestado en los documentos con lo verificado en el plano de los hechos.

Aplicando dicho concepto a la presente investigación, si los documentos y/o contratos jurídicos celebrados entre las partes indican que la situación jurídica es de una intermediación laboral, pero en la práctica no se evidencia la efectiva trilateralidad de la relación, no se aprecia la existencia de tres sujetos, no existe una autorización o registro para brindar el servicio destacado, la subordinación no se encuentra compartida sino que es exclusiva de un único sujeto al igual que el poder de dirección, no ha operado nunca el destaque sino que la relación se mantiene igual desde el inicio de la prestación de labores, se quebrantan derechos colectivos y de huelga, el servicio prestado incluye el giro consustancial de la actividad principal así como la permanencia de las mismas, etc., entonces ya no podemos suponer ni pretender que los efectos legales reconocidos a la intermediación laboral se mantengan en favor de esta

situación jurídica diferente, en razón a que obedecen a naturaleza diferente, por ende, no pueden merecer el mismo tratamiento.

- c) *El sometimiento a un régimen jurídico impertinente*, lo que supone que de forma expresa, cuando menos alguna de las partes tiene conocimiento de la inexactitud de la situación jurídica, conoce que el efecto legal perseguido no es aplicable a la situación fáctica pretendida, conoce que los derechos reconocidos no guardan correspondencia con los otorgados en dicha situación jurídica, empero, a pesar de ello decide seguir adelante con la vinculación contractual y someter al sujeto que desconoce dicha condición a los efectos legales inaplicables.

Este sometimiento puede ser por desconocimiento o por presión de la parte más fuerte de la relación contractual. Ello nos trae a colación que en virtud del **principio protector**, en las relaciones labores se advierte un desequilibrio de fuerzas entre trabajador (parte débil) y empleador (parte fuerte). Este principio ha merecido la definición de ARÉVALO VELA⁶⁰ quien manifiesta que “*Según este principio dentro de toda relación laboral se presume que el trabajador es la parte débil de la misma frente a su empleador, por lo que es necesario que la ley acuda a su amparo para evitar abusos en su contra. Este principio deja de lado la igualdad formal de las partes, presente en los contratos civiles o mercantiles, para considerar al trabajador en clara desventaja económica y social frente a su empleador, motivo por el cual la ley debe acudir en su ayuda a través de una desigualdad jurídica, que le permita de alguna manera equilibrar las desigualdades provenientes de la realidad.*” [El Subrayado es Nuestro]

Por lo tanto, siendo que la intermediación laboral es una especial forma de contratación laboral que ha merecido el reconocimiento del ordenamiento legal, entonces en razón a que en ella se desarrollan y advierten relaciones

⁶⁰ ARÉVALO VELA, Javier, *Derecho del Trabajo Individual*, Fondo Editorial de la Fundación Vicente Ugarte del Pino, Lima-2012, p 56.

laborales cuando menos desde un lado de la trilateralidad, entonces considero aplicable a la misma el principio protector y por ende partir del supuesto que inclusive en esta intermediación laboral es posible encontrar supuestos que desconozcan la naturaleza jurídica de verdaderas relaciones laborales ordinarias o típicas, es decir, de carácter bilateral (empleador – trabajador) e indeterminadas.

4. LA SIMULACION Y EL FRAUDE CONTRACTUAL COMO CAUSALES DE DESNATURALIZACION DE LA INTERMEDIACION LABORAL

En este punto de la investigación en la que necesariamente debemos detenernos a analizar e identificar qué causales serían aplicables que permitan verificar la existencia o no de la realidad material reconocida legalmente para la situación jurídica denominada Intermediación Laboral.

Según lo regulado por el artículo 11° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR el contrato de trabajo para servicios de intermediación laboral (el suscrito entre el trabajador destacado y la entidad intermediadora) puede ser indeterminado o sujeto a modalidad, formalizado por escrito y regulado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Si ello es así, entonces a dicha relación laboral le serían aplicables las disposiciones contenidas en la citada norma.

Del referido dispositivo legal, la relación laboral indeterminada se encuentra descrita mediante el artículo 4°, en el cual se detallan los elementos de toda relación laboral como es la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración. Sin embargo, estos elementos no ayudan demasiado a identificar la realidad material de una intermediación laboral, puesto que, sea la contratación laboral integrante de la relación trilateral denominada intermediación laboral, sea la relación laboral bilateral ordinaria indeterminada, en ambos casos se advertirá la presencia de elementos de laboralidad, debiéndose centrar la discusión en el carácter trilateral o no de las mismas.

Lo mismo no ocurre con las relaciones laborales sujetas a modalidad, puesto que es en el artículo 77° donde se detallan expresas causales de desnaturalización laboral⁶¹. De dichas causales, las reguladas en los incisos a), b) y c) constituyen causales especiales de desnaturalización aplicables única y exclusivamente a las relaciones laborales modales. Sin embargo, lo mismo no ocurre con la causal contenida en el inciso d) por cuanto en forma expresa la norma indica la desnaturalización contractual “*cuando el trabajador demuestre la existencia de **SIMULACIÓN o FRAUDE a las normas establecidas en la presente ley.***”

A efecto de identificar precisamente a la simulación y al fraude contractual, conviene invocar lo manifestado por ARCE ORTIZ⁶², para quien “*el fraude a la ley no es una oposición larvada a ésta, como sucede con la simulación, sino que un comportamiento independiente del contra legem agere, comportamiento que cae bajo la sanción de aquella otra norma distinta que los prohíbe, mientras que la simulación no logra sustraer el negocio a la aplicación de la norma bajo cuyo ámbito debe caer, y sigue siendo un negocio contra legem.*”

Es decir, la simulación y fraude contractual no puede ser entendida de forma restrictiva únicamente como causal aplicable a las relaciones laborales modales, sino que éstas abarcan mucho más allá, al resultar aplicable a todo lo establecido y

⁶¹ Artículo 77°.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:

- a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido;
- b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continua prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación;
- c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando;
- d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.**

⁶² ARCE ORTIZ, Elmer, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú – Desafíos y Deficiencias*, Primera Edición, Palestra Editores, Lima-2008. P 225

regulado en el Decreto Supremo N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es decir, incluida la presunción de laboralidad descrita en el artículo 4° del referido dispositivo legal así como la conexidad legislativa invocada en el artículo 11° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR.

A fin de determinar la relación existente entre estas causales (simulación y fraude) con la desnaturalización laboral, DE LAMA LAURA y GONZALES RAMÍREZ elaboraron el siguiente cuadro explicativo:

CUADRO N° 09
SIMULACIÓN, FRAUDE Y DESNATURALIZACIÓN

| TÉRMINOS | | EJEMPLOS | USO EN EL ÁMBITO LABORAL |
|-------------------|----------|---|---|
| Desnaturalización | | Cuando un convenio de prácticas profesionales se convierte en un contrato de trabajo ante la prestación de servicios luego de que el practicante ha obtenido el título profesional. | Para todos estos supuestos se emplea indistintamente el término “desnaturalización” |
| Simulación | Absoluta | Cuando se celebra un contrato de trabajo y no hay prestación de servicios personales, remunerados y subordinados. | |
| | Relativa | Cuando se encubre una finalidad remunerativa mediante el otorgamiento de una “gratificación extraordinaria”. | |
| Fraude | | Cuando se celebra un contrato de trabajo, de naturaleza indeterminada, bajo los términos de las normas que regulan la contratación a plazo fijo. | |

FUENTE: DE LAMA LAURA Y GONZALES RAMÍREZ

Todo lo indicado en los párrafos precedentes nos permite afirmar que éstas causales también serían aplicables para verificar la realidad material de las relaciones de intermediación laboral.

Según la definición aportada por NEVES MUJICA⁶³, “*la SIMULACIÓN es entendida como una divergencia consciente entre la declaración y la voluntad, llevada a cabo mediante acuerdo entre las partes de un negocio, con la intervención de engañar a terceros, a la vez que se persigue un fin ilícito. Esta puede ser de dos tipos: absoluta y relativa. En la primera, las partes aparentan la constitución de un vínculo entre ellas, allí donde no existe ninguno (artículo 190 del Código Civil). En la segunda, hay un vínculo disimulado tras la imagen de otro simulado, de naturaleza distinta o en la que se hace constar la participación de sujetos o se consigna datos falsos (191 y 192 del Código Civil).*” Esta definición es complementada por DE LAMA LAURA y GONZALES RAMÍREZ⁶⁴ al sostener que “*En el caso de la [simulación] absoluta, la consecuencia jurídica es la nulidad del acto toda vez que no hay voluntad de las partes que lo sustente, mientras que en la segunda [simulación relativa], la invalidez es respecto del elemento falso adoptándose en su sustitución el verdadero siempre que sea lícito.*”

Ello quiere decir que la causal de simulación contractual no solo es aplicable a las relaciones laborales sino también a las relaciones civiles, puesto que su regulación legal proviene precisamente del Código Civil. En ese sentido, dicha causal es aplicable también al otro extremo de la relación triangular denominada intermediación laboral, es decir a aquel que vincula directamente a la entidad intermediadora y la empresa usuaria.

En lo que corresponde a la causal de Fraude, estamos ante lo que la Doctrina ha definido como Fraude a la Ley. Al respecto NEVES MUJICA⁶⁵ sostiene que el

⁶³ NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Fondo Editorial PUCP, Lima-2009, p 42.

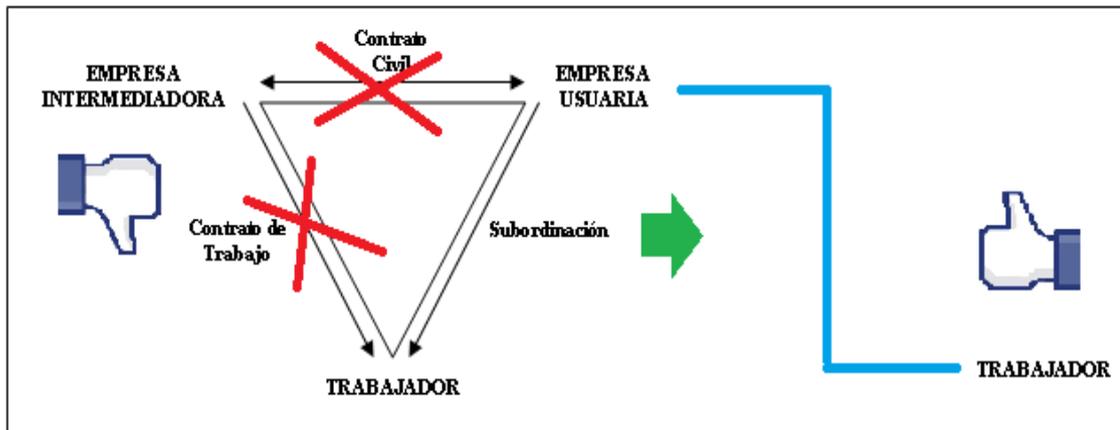
⁶⁴ GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro y DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo, *Desnaturalización en las Relaciones Laborales: Situación de simulación y fraude en los contratos de trabajo, tercerización, formativas y otros*, Manual Operativo I Soluciones Laborales – Gaceta Jurídica, Lima – 2010, p 19.

⁶⁵ NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Fondo Editorial PUCP, Lima-2009, p 44.

FRAUDE a la ley “*consiste en eludir la regulación de la ley aplicable al hecho (ley defraudada), amparándose en una ley en estricto no aplicable a él (ley de cobertura). No interesa la intención del agente. Si una ley imperativa prohíbe llegar a determinado fin mediante un negocio, entonces tampoco puede alcanzarse aquel a través de otro negocio. Se hace una interpretación extensiva de la ley defraudada –si ello es admisible- para comprender en esta al acto indebidamente excluido; y, en cambio la ley de cobertura es interpretada en sentido estricto. El efecto es el de regir el acto por la ley defraudada. Puede lograrse el fraude a la ley utilizando vías, una de las cuales es la simulación. Habría concurrencia de ambas instituciones si el negocio en fraude fuera oculto.” De dicho concepto encontramos no solo la expresa vinculación del fraude a la ley con la simulación contractual, el carácter aplicable para las relaciones civiles, los tipos fácticos advertidos y el verdadero efecto legal a aplicarse al caso concreto.*

Esto, aplicado a las realidades jurídicas advertidas en la Intermediación Laboral permite afirmar que posiblemente en las realidades fácticas se encuentren supuestos en los cuales alguna de las partes integrantes pretenda utilizar a esta contratación para desconocer el carácter ordinario laboral de la relación. Es decir, podría ser que la vinculación contractual civil sostenida entre la entidad intermediadora y la empresa usuaria así como la vinculación contractual laboral sostenida entre el trabajador destacado y la entidad intermediadora obedezcan a una configuración formal que si bien cumple con los requisitos legales para su conformación inicial y ejecución de los efectos reconocidos a la intermediación laboral (principalmente la no vinculación contractual entre el trabajador destacado y la empresa usuaria) no así respecto de la configuración material, en la que únicamente se advertiría la verdadera relación laboral bilateral, directa e indeterminada entre el trabajador destacado (verdadero trabajador) y la empresa usuaria (verdadero y único empleador).

GRAFICO N° 03
SIMULACIÓN Y FRAUDE CONTRACTUAL EN LA INTERMEDIACIÓN LABORAL



FUENTE: Elaboración Propia

Bajo ese panorama, podría verificarse que en la realidad material tanto el contrato civil supuestamente sostenido entre la empresa usuaria y la entidad intermediadora como el supuesto contrato de trabajo sostenido entre la entidad intermediadora y el trabajador destacado devendría en simulación relativa al regular en el plano formal el acto aparente de una intermediación laboral valiéndose para ello de los efectos legales regulados a dicha institución, sin embargo en el plano material el acto real vendría a ser constituido por la relación jurídica consistente en la prestación efectiva de servicios por parte del trabajador a favor de la empresa usuaria.

En dicho escenario también se verificaría la existencia de la causal de fraude a la ley, puesto que la entidad intermediadora y/o la empresa usuaria no desean que los efectos de una relación ordinaria, laboral, directa y típica sea la que regule su situación jurídica, sino que ésta sea desconocida por una especial no aplicable a dicho supuesto. Es decir, la ley de cobertura sería aquella que regula la intermediación laboral (Ley N° 27626 y Decreto Supremo N° 003-2002-TR) mientras que la ley defraudada sería la aplicable a las relaciones ordinarias laborales (Decreto Supremo N° 003-97-TR). Bajo un escenario de dichas características, se tendrá que aplicar las reglas de la ley defraudada por ser las que corresponde por la naturaleza de la realidad material advertida.

La realidad planteada es cotejada en el siguiente capítulo, mediante el cual se podrá someter directamente la hipótesis de la investigación, y por ende verificar si las causales de simulación y fraude contractual efectivamente pueden ser aplicadas a la intermediación laboral para determinar su desnaturalización.



CAPÍTULO III

PRESENCIA DE SIMULACIÓN Y FRAUDE CONTRACTUAL EN LAS INTERMEDIACIONES LABORALES DE LA CIUDAD DE AREQUIPA

En este capítulo se describen los resultados obtenidos en el trabajo de campo. Para ello se ha analizado las realidades advertidas tanto en sede administrativa, mediante la identificación de los supuestos tipos acaecidos tanto en las inspecciones de trabajo realizadas y actas de infracción impuestas por la Gerencia Regional de Trabajo de Arequipa a través de la Subdirección de Inspecciones de Trabajo, Seguridad y Salud; como en sede judicial mediante los pronunciamientos jurisdiccionales de los juzgados y salas laborales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Así entonces, se podrá observar que los supuestos-tipo advertidos en las inspecciones administrativas y demandas laborales se verifica la presencia de las causales de simulación y fraude contractual en la intermediación laboral lo que determina de plano la desnaturalización de la misma.

1. REALIDAD ADMINISTRATIVA: LABOR DE LA GERENCIA REGIONAL DE AREQUIPA 2011-2013

1.1. Subdirección de Inspecciones de Trabajo, Seguridad y Salud de Arequipa

Según la información proporcionada por el Dr. Carlos Zamata Torres como Director de Prevención y Solución de Conflictos de la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo Arequipa⁶⁶, el periodo 2011 a 2013 reporta lo siguiente:

⁶⁶ Mediante Oficio N° 0856-2014-GRA/GRTPE-DPSC-SDILSST de fecha 17 de diciembre de 2014.

CUADRO N° 10
REALIDAD ADMINISTRATIVA LABORAL EN AREQUIPA

| Detalle | 2011 | 2012 | 2013 |
|---|------|------|------|
| Ordenes de Inspección | 1967 | 2000 | 2182 |
| Procedimientos Sancionadores aperturados, en relación a actas de infracción | 398 | 350 | 488 |

FUENTE: GRTPE Arequipa

Ante esta realidad administrativa advertida, tuvimos la oportunidad de entrevistar a la Dra. Romina Pérez Márquez Encargada del Área de Intermediación Laboral de la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo Arequipa⁶⁷, quien nos indicó que en su área principalmente tiene funciones de registro de los contratos de intermediación laboral y contratos de trabajo para servicio de intermediación laboral, pero que directamente no realizan verificaciones sobre dicha información y/o realidad contractual por ser esta una función del Área de Inspecciones.

En atención a lo indicado por la Dra. Romina Pérez Márquez, procedimos a entrevistar a la Dra. Abigail Contreras Huaynates Encargada del Área de Inspección Laboral de la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo Arequipa⁶⁸, quien nos indicó que la realidad advertida por el Dr. Carlos Zamata Torres mediante Oficio N° 0856-2014-GRA/GRTPE-DPSC-SDILSST (ver Cuadro N° 10) refleja la realidad inspectiva de la Gerencia de Trabajo de Arequipa durante los años 2011 a 2013; de igual manera manifestó que las inspecciones mayoritariamente son realizadas de forma bilateral porque en los pocos casos de intermediación laboral conocidos, los trabajadores denuncian únicamente a su empleadora (Empresa Intermediadora), más de modo alguno incluyen en su denuncia a la Empresa Usuaria. De igual manera, manifiesta que en los pocos casos en que se requiere documentación a la Empresa Usuaria, éstas comúnmente se encuentran en regla al contar con los registros respectivos según el cruce de

⁶⁷ Entrevista realizada en fecha 23 de Abril de 2015.

⁶⁸ Entrevista realizada en fecha 23 de Abril de 2015.

información con el Área de Intermediación Laboral de la Gerencia de Trabajo de Arequipa.

1.2. Zona Desconcentrada de El Pedregal

Según la información proporcionada por el Dr. Erasmo Pedro Serapio Ramírez como Jefe Zonal de Trabajo de El Pedregal⁶⁹, el periodo 2011 a 2013 reporta lo siguiente:

CUADRO N° 11
REALIDAD ADMINISTRATIVA LABORAL EN EL PEDREGAL

| Detalle | 2011 | 2012 | 2013 |
|---|------|------|------|
| Procedimientos Sancionadores aperturados, en relación a actas de infracción | 28 | 17 | 33 |
| Intermediación Laboral | 0 | 0 | 0 |

FUENTE: Elaboración Propia

Esta realidad administrativa no versa sobre intermediación laboral porque según lo afirma el referido Jefe Zonal, en El Pedregal principalmente se conocen reclamos derivados de cobro de beneficios sociales, seguro complementario de trabajo de riesgo y despidos arbitrarios. Su área de inspección es siempre bilateral por cuanto únicamente se investiga y/o sanciona al empleador del sujeto denunciante.

1.3. Zona Desconcentrada de Camana

Según la información proporcionada por el Dr. Eusebio Medina Llerena como Jefe Zonal de Trabajo de Camana⁷⁰, el periodo 2011 a 2013 reporta lo siguiente:

⁶⁹ Entrevista realizada en fecha 20 de enero de 2015.

⁷⁰ Entrevista realizada en fecha 13 de noviembre de 2014.

CUADRO N° 12
REALIDAD ADMINISTRATIVA LABORAL EN CAMANA

| Detalle | 2011 | 2012 | 2013 |
|---|------|------|------|
| Procedimientos Sancionadores aperturados, en relación a actas de infracción | 57 | 40 | 51 |
| Intermediación Laboral | 0 | 0 | 0 |

FUENTE: Elaboración Propia

Esta realidad administrativa no versa sobre intermediación laboral porque según lo afirma el referido Jefe Zonal, en Camana principalmente se conocen reclamos derivados de cobro de beneficios sociales, seguro complementario de trabajo de riesgo y despidos arbitrarios. Su área de inspección es siempre bilateral por cuanto únicamente se investiga y/o sanciona al empleador del sujeto denunciante.

1.4. Zona Desconcentrada de Mollendo

Según la información proporcionada por el Dr. José Luis Carpio Quintana como Jefe Zonal de Trabajo de Mollendo⁷¹, el periodo 2011 a 2013 reporta lo siguiente:

CUADRO N° 13
REALIDAD ADMINISTRATIVA LABORAL EN MOLLENDO

| Detalle | 2011 | 2012 | 2013 |
|---|------|------|------|
| Procedimientos Sancionadores aperturados, en relación a actas de infracción | 37 | 49 | 41 |
| Intermediación Laboral | 0 | 0 | 0 |

FUENTE: Elaboración Propia

Esta realidad administrativa no versa sobre intermediación laboral porque según lo afirma el referido Jefe Zonal, en Mollendo principalmente se conocen reclamos derivados de cobro de beneficios sociales, seguro complementario de trabajo de

⁷¹ Entrevista realizada en fecha 07 de enero de 2015.

riesgo y despidos arbitrarios. Su área de inspección es siempre bilateral por cuanto únicamente se investiga y/o sanciona al empleador del sujeto denunciante.

1.5. Realidad Administrativa en Materia de Intermediación Laboral

Los descrito en los puntos precedentes guarda correspondencia con las Estadísticas Sectoriales que mantiene el Ministerio de Trabajo sobre Intermediación Laboral.

Así, encontramos que en la ciudad de Arequipa durante el periodo 2011 los trabajadores destacados vía intermediación laboral reportaron los siguientes números:

CUADRO N° 14
Trabajadores en Empresas de Intermediación Laboral en el Sector Privado
2011

| Región | Ene | Feb | Mar | Abr | May | Jun | Jul | Ago | Set | Oct | Nov | Dic |
|-----------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Arequipa | 3122 | 2904 | 2932 | 3016 | 2966 | 2958 | 3107 | 3321 | 3386 | 3421 | 3525 | 3572 |

FUENTE: Anuario Estadístico Sectorial 2011 MTPE⁷²

En los años 2012 y 2013 no se reporta información alguna acerca del número total de trabajadores destacados vía intermediación laboral en la región Arequipa por cuanto la información se encuentra clasificada ya no por regiones sino por actividad económica.

Sin embargo, en lo que corresponde el número de empresas y entidades que realizan actividades de intermediación laboral en la ciudad de Arequipa sí se reporta la siguiente información: i) En el año 2011 un total de 34 entidades

⁷² Página 133 del Anuario Estadístico Sectorial 2011 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

En: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/anuario/ANUARIO_ESTADISTICO_2011.pdf.

Página Web visitada el 04 de diciembre de 2014.

intermediadoras⁷³, ii) En el año 2012 un total de 41 entidades de intermediación laboral⁷⁴, y iii) En el año 2013 un total de 33 entidades de intermediación laboral⁷⁵.

CUADRO N° 15
Empresas de Intermediación Laboral en el Sector Privado 2011-2013

| Arequipa | 2011 | 2012 | 2013 |
|----------|------|------|------|
| | 34 | 41 | 33 |

FUENTE: Anuario Estadístico Sectorial MTPE

Por lo tanto, se verifica en base a esta información que en la ciudad de Arequipa existe un número bastante considerable de trabajadores destacados vía intermediación laboral frente a un número bastante menor de empresas intermediadoras debidamente registradas y autorizadas para brindar servicios de intermediación laboral, lo que permite afirmar que en esta discordancia de proporción podrían advertirse supuestos de desnaturalización sobre esta intermediación laboral, las que sin embargo no ocasionaron mayores acciones inspectivas o actas de infracción por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Téngase presente que conforme lo exige el artículo 5° de la Ley N° 27626, los supuestos de infracción a la intermediación laboral⁷⁶ (artículo 14° D.S. 003-2002-TR) son comprobados vía procedimientos inspectivos realizados por la Autoridad

⁷³ Página 362 del Anuario Estadístico Sectorial 2011 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
En: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/anuario/ANUARIO_ESTADISTICO_2011.pdf.
Página Web visitada el 04 de diciembre de 2014.

⁷⁴ Página 342 del Anuario Estadístico Sectorial 2012 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
En: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/anuario/ANUARIO_ESTADISTICO_2012.pdf.
Página Web visitada el 04 de diciembre de 2014.

⁷⁵ Página 386 del Anuario Estadístico Sectorial 2013 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
En: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/anuario/ANUARIO_ESTADISTICO_2013.pdf.
Página Web visitada el 04 de diciembre de 2014.

⁷⁶ Enumeración descrita en el artículo 14° del D.S. 003-2002-TR.

Administrativa de Trabajo⁷⁷, actuación que como se ha acreditado en la presente investigación, no se viene realizando en forma efectiva por resultar insuficientes los supuestos de infracción descritos por la norma frente a supuestos diferentes advertidos en la realidad como son la simulación y el fraude contractual en la intermediación laboral.

2. REALIDAD JUDICIAL: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA 2011-2013

2.1. Primer Juzgado de Trabajo

Revisadas las sentencias emitidas por el Primer Juzgado de Trabajo de la CSJA encontramos que durante el periodo 2011 a 2013 se emitieron un total de **283** sentencias en materia laboral:

CUADRO N° 16
SENTENCIAS 1JT CSJA

| Año | Sentencias emitidas |
|--------------|---------------------|
| Año 2011 | 71 |
| Año 2012 | 89 |
| Año 2013 | 123 |
| Total | 283 |

FUENTE: Elaboración Propia

De éstas, se identificó únicamente un (01) proceso laboral en el que se daba referencia a supuestos fácticos referidos a la intermediación laboral, siendo el proceso 03832-2011-0-0401-JR-LA-01 el que se analiza mediante el Cuadro N° 17 descrito y desarrollado a continuación:

⁷⁷ Citamos por ejemplo la STC 06000-2009-PA/TC en la que se declaró desnaturalizada una intermediación laboral por la verificación realizada por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

CUADRO N° 17
PROCESO INTERMEDIACIÓN LABORAL 01

| | | |
|-----------------------------|---|--|
| Expediente N° | : | 03832-2011-0-0401-JR-LA-01 ⁷⁸ |
| Materia | : | Incumplimiento de Disposiciones y Normas Laborales |
| Demandante | : | Alberto Gerardo Mamani Macedo |
| Demandados | : | Corporación RyH S.A.C. (Empresa Intermediadora) Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. (Empresa Usuaría) |
| Petitorio | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Principal: Desnaturalización de los contratos para servicios de intermediación laboral; ▪ Accesoría: Reposición laboral |
| Fundamentos de Hecho | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Periodo Laborado: 04 años, 02 meses 26 días ▪ Contacto inicial y trato directo siempre fue con empresa usuaria. ▪ Nunca hubo selección o capacitación previa por parte de entidad intermediadora. ▪ Presto labor diferente al destaque: Se destacó para Procesamiento de Datos pero se desempeñó como Asistente de la División de Obras e Hidrología. ▪ Labor era permanente de actividad principal de empresa usuaria. ▪ Entidad intermediadora no estaba autorizada ante AAT para destacar personal en Arequipa. ▪ Entidad intermediadora estaba autorizada para destacar labores diferentes a las que fueron objeto de destaque ▪ Laboró sin contrato. |
| Decisión Judicial | : | Sentencia N° 029-2012.- Improcedente |

FUENTE: Elaboración Propia

2.2. Segundo Juzgado de Trabajo

Revisadas las sentencias emitidas por el Segundo Juzgado de Trabajo de la CSJA encontramos que durante el periodo 2011 a 2013 se emitieron un total de **261** sentencias en materia laboral:

⁷⁸ Información extraída de la Sentencia N° 029-2012 de fecha 16 de mayo de 2012 (Copiador de Sentencias, Tomo I, Enero – Mayo 2012, P. 228-239) y de la Sentencia N° 113-2013 de fecha 24 de octubre de 2013 (Copiador de Sentencias, Tomo III, Octubre – Diciembre 2013, P. 761-773)

CUADRO N° 18
SENTENCIAS 2JT CSJA

| Año | Sentencias emitidas |
|--------------|---------------------|
| Año 2011 | 84 |
| Año 2012 | 75 |
| Año 2013 | 102 |
| Total | 261 |

FUENTE: Elaboración Propia

De éstas, se identificó un total de tres (03) procesos laborales en los que se daba referencia a supuestos fácticos referidos a la intermediación laboral:

CUADRO N° 19
PROCESO INTERMEDIACIÓN LABORAL 02

| | | |
|-----------------------------|---|---|
| Expediente N° | : | 06014-2010-0-0401-JR-LA-02 ⁷⁹ |
| Materia | : | Incumplimiento de Disposiciones y Normas Laborales |
| Demandante | : | Domidel Millones Mateus |
| Demandados | : | Corporación RyH S.A.C. (Empresa Intermediadora) Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. (Empresa Usuaria) |
| Petitorio | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Principal: Desnaturalización de los contratos para servicios de intermediación laboral; ▪ Accesorio: Reposición laboral |
| Fundamentos de Hecho | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Periodo Laborado: 03 años 11 meses 24 días ▪ Contacto inicial y trato directo siempre fue con empresa usuaria. ▪ Nunca hubo selección o capacitación previa por parte de entidad intermediadora. ▪ Prestó labor diferente al destaque: Se destacó para Procesamiento de Datos pero se desempeñó como Asistente Técnico Administrativo e Ingeniero Especialista en Metrados de la División de Obras e Hidrología. ▪ Labor era permanente de actividad principal de empresa usuaria. ▪ Entidad intermediadora no estaba autorizada ante AAT para destacar personal en Arequipa. ▪ Se utilizaron modalidades contractuales superpuestas: intermediación laboral y suplencia. ▪ Laboró sin contrato. |
| Decisión Judicial | : | Sentencia N° 079-2013-2JT.- Infundada |

FUENTE: Elaboración Propia

⁷⁹ Información extraída de la Sentencia N° 079-2013-2JT de fecha 02 de septiembre de 2013 (Copiador de Sentencias, Tomo III, Agosto – Diciembre 2013, P. 473-485).

CUADRO N° 20
PROCESO INTERMEDIACIÓN LABORAL 03

| | | |
|-----------------------------|---|--|
| Expediente N° | : | 03527-2011-0-0401-JR-LA-02 ⁸⁰ |
| Materia | : | Incumplimiento de Disposiciones y Normas Laborales |
| Demandante | : | Juan Guillermo Valderrama Pérez |
| Demandados | : | Corporación RyH S.A.C. (Empresa Intermediadora) Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. (Empresa Usuaría) |
| Petitorio | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Principal: Desnaturalización de los contratos para servicios de intermediación laboral; ▪ Accesoría: Reposición laboral |
| Fundamentos de Hecho | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Periodo laborado: 03 años 05 meses 23 días ▪ Contacto inicial y trato directo siempre fue con empresa usuaria. ▪ Nunca hubo selección o capacitación previa por parte de entidad intermediadora. ▪ Prestó labor diferente al destaque: Se destacó para Procesamiento de Datos pero se desempeñó como Asistente de Obras e Hidrología. ▪ Labor era permanente de actividad principal de empresa usuaria. ▪ Entidad intermediadora no estaba autorizada ante AAT para destacar personal en Arequipa. ▪ Entidad intermediadora estaba autorizada para destacar labores diferentes a las que fueron objeto de destaque ▪ Se utilizaron modalidades contractuales superpuestas: intermediación laboral y suplencia. ▪ Laboró sin contrato |
| Decisión Judicial | : | Sentencia N° 020-2012-2JT.- Improcedente |

FUENTE: Elaboración Propia

⁸⁰ Información extraída de la Sentencia N° 020-2012-2JT de fecha 11 de abril de 2012 (Copiador de Sentencias, Tomo I, Enero – Abril 2012, P. 153-166).

CUADRO N° 21
PROCESO INTERMEDIACIÓN LABORAL 04

| | | |
|-----------------------------|---|--|
| Expediente N° | : | 05118-2011-0-0401-JR-LA-02 ⁸¹ |
| Materia | : | Desnaturalización de contratos |
| Demandante | : | Walter Gabriel Espinoza Guzman |
| Demandados | : | Corporación RyH S.A.C. (Empresa Intermediadora) Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. (Empresa Usuaría) |
| Petitorio | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Principal: Desnaturalización de los contratos para servicios de intermediación laboral y contratos de locación de servicios; ▪ Accesoría: Reposición laboral |
| Fundamentos de Hecho | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Periodo laborado: 06 meses (locación) 06 meses (en intermediación) y 01 año 09 meses 17 días (locación) ▪ Contacto inicial y trato directo siempre fue con empresa usuaria. ▪ Nunca hubo selección o capacitación previa por parte de entidad intermediadora. ▪ Labor era permanente de actividad principal de empresa usuaria. ▪ Se utilizaron modalidades contractuales combinadas: locación de servicios, intermediación laboral y locación de servicios. ▪ Labor realizada: Supervisor de Obras |
| Decisión Judicial | : | Sentencia N° 24-2013-2JT.- Infundada |

FUENTE: Elaboración Propia

2.3. Juzgado de Trabajo de Cerro Colorado

Revisadas las sentencias emitidas por el Juzgado de Trabajo de Cerro Colorado encontramos que durante el periodo 2011 a 2013 se emitieron un total de **314** sentencias en materia laboral⁸²:

⁸¹ Información extraída de la Sentencia N° 24-2013-2JT de fecha 08 de abril de 2013 (Copiador de Sentencias, Tomo I, Enero – Abril 2013, P. 184-199).

⁸² Información extraída del Cuaderno de Registro de Sentencias del Juzgado de Trabajo de Cerro Colorado en fecha 25 de noviembre de 2014.

CUADRO N° 22
SENTENCIAS JT CERRO COLORADO

| Año | Sentencias emitidas |
|--------------|---------------------|
| Año 2011 | 90 |
| Año 2012 | 105 |
| Año 2013 | 119 |
| Total | 314 |

FUENTE: Elaboración Propia

De éstas, NO se identificó ningún proceso laboral en los que se dé referencia a supuestos fácticos referidos a la intermediación laboral.

2.4. Primer Juzgado Mixto de Mariano Melgar

Revisadas las sentencias emitidas por el Primer Juzgado Mixto de Mariano Melgar encontramos que durante el periodo 2011 a 2013 se emitieron un total de **43** sentencias en materia laboral⁸³:

CUADRO N° 23
SENTENCIAS IJM MARIANO MELGAR

| Año | Sentencias emitidas | Laborales |
|--------------|---------------------|-----------|
| Año 2011 | 358 | 20 |
| Año 2012 | 409 | 13 |
| Año 2013 | 387 | 10 |
| Total | 1154 | 43 |

FUENTE: Elaboración Propia

De éstas, NO se identificó ningún proceso laboral en los que se dé referencia a supuestos fácticos referidos a la intermediación laboral.

2.5. Segundo Juzgado Mixto de Mariano Melgar

⁸³ Información extraída del Cuaderno de Registro de Sentencias del Primer Juzgado Mixto de Mariano Melgar en fecha 20 de noviembre de 2014.

Revisadas las sentencias emitidas por el Segundo Juzgado Mixto de Mariano Melgar encontramos que durante el periodo 2011 a 2013 se emitieron un total de **53** sentencias en materia laboral⁸⁴:

CUADRO N° 24
SENTENCIAS 2JM MARIANO MELGAR

| Año | Sentencias emitidas | Laborales |
|--------------|---------------------|-----------|
| Año 2011 | 104 | 01 |
| Año 2012 | 137 | 02 |
| Año 2013 | 169 | 01 |
| Total | 410 | 04 |

FUENTE: Elaboración Propia

De éstas, NO se identificó ningún proceso laboral en los que se dé referencia a supuestos fácticos referidos a la intermediación laboral. Asimismo, se nos indicó que este Juzgado pese a ser mixto no recibe carga laboral porque anteriormente se desempeñaba como un juzgado especializado en Familia y la carga laboral la recibe mayoritariamente el Primer Juzgado Mixto de Mariano Melgar.

2.6. Primer Juzgado Mixto de Paucarpata

Revisadas las sentencias emitidas por el Primer Juzgado Mixto de Paucarpata encontramos que durante el periodo 2011 a 2013 se emitieron un total de **53** sentencias en materia laboral⁸⁵:

CUADRO N° 25
SENTENCIAS 1JM PAUCARPATA

| Año | Sentencias emitidas | Laborales |
|--------------|---------------------|-----------|
| Año 2011 | 793 | 18 |
| Año 2012 | 886 | 19 |
| Año 2013 | 920 | 16 |
| Total | 2599 | 53 |

FUENTE: Elaboración Propia

⁸⁴ Información extraída del Cuaderno de Registro de Sentencias del Segundo Juzgado Mixto de Mariano Melgar en fecha 20 de noviembre de 2014.

⁸⁵ Información extraída del Cuaderno de Registro de Sentencias del Primer Juzgado Mixto de Paucarpata en fecha 16 de julio de 2014.

De éstas, NO se identificó ningún proceso laboral en los que se dé referencia a supuestos fácticos referidos a la intermediación laboral.

2.7. Segundo Juzgado Mixto de Paucarpata

Revisadas las sentencias emitidas por el Segundo Juzgado Mixto de Paucarpata encontramos que durante el periodo 2011 a 2013 se emitieron un total de **45** sentencias en materia laboral⁸⁶:

CUADRO N° 26
SENTENCIAS 2JM PAUCARPATA

| Año | Sentencias emitidas | Laborales |
|--------------|---------------------|-----------|
| Año 2011 | 678 | 12 |
| Año 2012 | 752 | 17 |
| Año 2013 | 849 | 16 |
| Total | 2269 | 45 |

FUENTE: Elaboración Propia

De éstas, NO se identificó ningún proceso laboral en los que se dé referencia a supuestos fácticos referidos a la intermediación laboral.

2.8. Juzgado Civil de Hunter

Revisadas las sentencias emitidas por el Juzgado Civil de Hunter encontramos que durante el periodo 2011 a 2013 se emitieron un total de **91** sentencias en materia laboral⁸⁷:

⁸⁶ Información extraída del Cuaderno de Registro de Sentencias del Segundo Juzgado Mixto de Paucarpata en fecha 16 de julio de 2014.

⁸⁷ Información extraída del Cuaderno de Registro de Sentencias del Juzgado Civil de Hunter en fecha 11 de diciembre de 2014.

CUADRO N° 27
SENTENCIAS JC HUNTER

| Año | Sentencias emitidas |
|--------------|---------------------|
| Año 2011 | 10 |
| Año 2012 | 62 |
| Año 2013 | 19 |
| Total | 91 |

FUENTE: Elaboración Propia

De éstas, NO se identificó ningún proceso laboral en los que se dé referencia a supuestos fácticos referidos a la intermediación laboral.

2.9. Juzgado Mixto de Majes – El Pedregal

Revisadas las sentencias emitidas por el Juzgado Mixto de Majes – El Pedregal encontramos que durante el periodo 2011 a 2013 se emitieron un total de **15** sentencias en materia laboral⁸⁸.

CUADRO N° 28
SENTENCIAS JM MAJES – EL PEDREGAL

| Año | Sentencias emitidas | Laborales |
|--------------|---------------------|-----------|
| Año 2011 | 290 | 07 |
| Año 2012 | 221 | 03 |
| Año 2013 | 202 | 05 |
| Total | 713 | 15 |

FUENTE: Elaboración Propia

De éstas, NO se identificó ningún proceso laboral en los que se dé referencia a supuestos fácticos referidos a la intermediación laboral.

2.10. Juzgado Civil de Camana

⁸⁸ Información extraída del Cuaderno de Registro de Sentencias del Juzgado Mixto de Majes – El Pedregal en fecha 22 de enero de 2015.

Revisadas las sentencias emitidas por el Juzgado Civil de Camaná encontramos que durante el periodo 2011 a 2013 se emitieron un total de **26** sentencias en materia laboral⁸⁹:

CUADRO N° 29
SENTENCIAS IJC CAMANA

| Año | Sentencias emitidas | Laborales |
|-----------------|----------------------------|------------------|
| Año 2011 | 301 | 10 |
| Año 2012 | 183 | 04 |
| Año 2013 | 188 | 12 |
| Total | 672 | 26 |

FUENTE: Elaboración Propia

De éstas, NO se identificó ningún proceso laboral en los que se dé referencia a supuestos fácticos referidos a la intermediación laboral.

2.11. Juzgado Civil de Islay – Mollendo

Revisadas las sentencias emitidas por el Juzgado Mixto de Islay – Mollendo encontramos que durante el periodo 2011 a 2013 se emitieron un total de **109** sentencias en materia laboral⁹⁰:

CUADRO N° 30
SENTENCIAS JC ISLAY – MOLLENDO

| Año | Sentencias emitidas | Laborales |
|-----------------|----------------------------|------------------|
| Año 2011 | 221 | 17 |
| Año 2012 | 310 | 06 |
| Año 2013 | 315 | 86 |
| Total | 846 | 109 |

FUENTE: Elaboración Propia

⁸⁹ Información extraída del Cuaderno de Registro de Sentencias del Juzgado Mixto de El Pedregal – Majes en fecha 11 de marzo de 2015.

⁹⁰ Información extraída del Cuaderno de Registro de Sentencias del Juzgado Civil de Islay – Mollendo en fecha 16 de marzo de 2015.

De éstas, NO se identificó ningún proceso laboral en los que se dé referencia a supuestos fácticos referidos a la intermediación laboral.

2.12. Juzgado Mixto de Aplao

Revisadas las sentencias emitidas por el Juzgado Mixto de Aplao encontramos que durante el periodo 2011 a 2013 se emitieron un total de **32** sentencias en materia laboral⁹¹:

CUADRO N° 31
SENTENCIAS JM APLAO

| Año | Sentencias emitidas | Laborales |
|--------------|---------------------|-----------|
| Año 2011 | 149 | 06 |
| Año 2012 | 71 | 00 |
| Año 2013 | 80 | 26 |
| Total | 300 | 32 |

FUENTE: Elaboración Propia

De éstas, NO se identificó ningún proceso laboral en los que se dé referencia a supuestos fácticos referidos a la intermediación laboral.

2.13. Sala Mixta Itinerante de Camana

Revisadas las Sentencias de Vista emitidas por la Sala Mixta e Itinerante de Camana encontramos que durante el periodo 2011 a 2013 se emitieron un total de **83** Sentencias de Vista en materia laboral⁹²:

⁹¹ Información extraída del Cuaderno de Registro de Sentencias del Juzgado Mixto de Aplao en fecha 27 de marzo de 2015.

⁹² Información extraída del Cuaderno de Registro de Sentencias de Vista de la Sala Mixta e Itinerante de Camana en fecha 13 de noviembre de 2014.

CUADRO N° 32
SENTENCIAS DE VISTA SM CAMANA

| Año | SV Emitidas | SV Laborales |
|--------------|-------------|--------------|
| Año 2011 | 296 | 28 |
| Año 2012 | 471 | 31 |
| Año 2013 | 497 | 24 |
| Total | 1264 | 83 |

FUENTE: Elaboración Propia

De éstas, NO se identificó ningún proceso laboral en los que se dé referencia a supuestos fácticos referidos a la intermediación laboral.

2.14. Primera Sala Laboral Permanente de Arequipa

Revisadas las Sentencias de Vista emitidas por la Sala Laboral Permanente de la CSJA⁹³ encontramos que durante el periodo 2011 a 2013 se emitieron un total de **4454** Sentencias de Vista en materia laboral⁹⁴:

CUADRO N° 33
SENTENCIAS DE VISTA SLP CSJA

| Año | Sentencias de Vista Emitidas |
|--------------|------------------------------|
| Año 2011 | 1681 |
| Año 2012 | 1555 |
| Año 2013 | 1218 |
| Total | 4454 |

FUENTE: Elaboración Propia

De éstas, se identificó un total de diez (10) procesos laborales en los que se daba referencia a supuestos fácticos referidos a la intermediación laboral. Considerando que en cuatro (04) de éstas sentencias se analizaba los mismos expedientes 06014-2010-0-0401-JR-LA-02⁹⁵, 03832-2011-0-0401-JR-LA-01⁹⁶, 03527-2011-0-0401-JR-LA-02⁹⁷ y

⁹³ Ahora denominada Primera Sala Laboral Permanente.

⁹⁴ Información extraída de los Cuadernos de Registro de Sentencias de Vista de la Sala Laboral Permanente de la CSJA en fechas 18 de julio y 21 de noviembre de 2014.

⁹⁵ Sentencia de Vista N° 500-2012-SLP de fecha 02 de abril de 2012 (Copiador de Sentencias de Vista Abril 2012, Archivador III, Tomo I, P. 960-964)

⁹⁶ Sentencia de Vista N° 50-2013-SLP de fecha 14 de enero de 2013 (Copiador de Sentencias de Vista Enero 2013, Archivador I, Tomo II, P. 414-427)

05118-2011-0-0401-JR-LA-02⁹⁸ antes citados en los puntos precedentes correspondientes al Primer y Segundo Juzgado de Trabajo, entonces en esta oportunidad mencionaremos y desarrollaremos los seis procesos laborales restantes, siendo los siguientes:

CUADRO N° 34
PROCESO INTERMEDIACIÓN LABORAL 05

| | | |
|-----------------------------|---|---|
| Expediente N° | : | 01387-2004-0-0401-JR-LA-01 ⁹⁹ |
| Materia | : | Indemnización por despido arbitrario |
| Demandante | : | Guillermo Sandoval Vargas |
| Demandados | : | Cooperativa de Trabajo y Fomento al Empleo DINAMIC (EI) Complement Works LTDA (EI) Cooperativa de Trabajo y Fomento al Empleo CIBERCOOP LTDA (EI) Cooperativa del Trabajo y Fomento del Empleo Gestión Laboral (EI) Corporación Peruana de Productos Químicos S.A. (Empresa Usuaría) |
| Petitorio | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Principal: Desnaturalización de intermediación laboral; ▪ Accesorias: Indemnización por despido arbitrario. Pago de beneficios económicos. |
| Fundamentos de Hecho | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Periodo Laborado: 04 años 05 meses (intermediación) 02 años 11 meses y 08 días (servicio específico). ▪ Contacto inicial y trato directo siempre fue con empresa usuaria. ▪ Nunca hubo selección o capacitación previa por parte de entidad intermediadora. ▪ Labor era permanente de actividad principal de empresa usuaria. ▪ Misma labor en forma continua pese a diferente entidad intermediadora. ▪ Se utilizaron modalidades contractuales combinadas: intermediación laboral y servicio específico. ▪ Labor realizada: Representante de Ventas |
| Decisión Judicial | : | Sentencia de Vista N° 463-2011-SL.- Confirma carácter Infundado de demanda |

FUENTE: Elaboración Propia

⁹⁷ Sentencia de Vista N° 1571-2012-SLP de fecha 14 de noviembre de 2012 (Copiador de Sentencias de Vista Noviembre 2012, Archivador X, Tomo Único, P. 4283-4286)

⁹⁸ Sentencia de Vista N° 955-2013-SLP de fecha 26 de septiembre de 2013 (Copiador de Sentencias de Vista Septiembre 2013, Archivador VIII, Tomo II, P. 3154-3157)

⁹⁹ Información extraída de la Sentencia de Vista N° 463-2011 de fecha 30 de mayo de 2011 (Copiador de Sentencias de Vista Mayo 2011, Archivador IV, Tomo II, P. 1886-1891)

**CUADRO N° 35
PROCESO INTERMEDIACIÓN LABORAL 06**

| | | |
|-----------------------------|---|---|
| Expediente N° | : | 00838-2007-0-0401-JR-LA-02 ¹⁰⁰ |
| Materia | : | Incumplimiento de disposiciones y normas sociolaborales |
| Demandante | : | Adriana Medina Bonet |
| Demandados | : | Corporación Ejecutiva de Servicios SRL (COEFSE, PACISER) SERESUR EIRL SILSA EIRL EsSalud (Empresa Usuaria) |
| Petitorio | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Principal: Desnaturalización de los contratos de intermediación laboral y contratos de trabajo para servicios de intermediación laboral ▪ Accesorio: Reposición laboral |
| Fundamentos de Hecho | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Periodo Laborado: 04 meses y 11 días (intermediación) 06 meses (servicio específico) ▪ Contacto inicial y trato directo siempre fue con empresa usuaria. ▪ Nunca hubo selección o capacitación previa por parte de entidades intermediadoras. ▪ Labor era permanente de actividad principal de empresa usuaria. ▪ Misma labor en forma continua pese a diferente entidad intermediadora. ▪ Se utilizaron modalidades contractuales combinadas: intermediación laboral y servicio específico. ▪ Labor realizada: Nutricionista |
| Decisión Judicial | : | <p>Sentencia de Vista N° 731-2012-SL.- Nula la sentencia de primera instancia.</p> <p>Sentencia de Vista N° 1201-2013-1SLP.- Revoca sentencia de primera instancia y modificándola declara improcedente la desnaturalización de los contratos de trabajo para servicios de intermediación laboral.</p> |

FUENTE: Elaboración Propia

¹⁰⁰ Información extraída de la Sentencia de Vista N° 731-2012-SL de fecha 15 de mayo de 2012 (Copiador de Sentencias de Vista Mayo 2012, Archivador IV, Tomo Único, P. 1443-1445) y Sentencia de Vista N° 1201-2013-1SLP de fecha 20 de diciembre de 2013 (Copiador de Sentencia de Vista Diciembre 2013, Archivador XI, Tomo II, P. 4377-4389)

CUADRO N° 36
PROCESO INTERMEDIACIÓN LABORAL 07

| | |
|-----------------------------|---|
| Expediente N° | : 01099-2004-0-0401-JR-LA-03 ¹⁰¹ |
| Materia | : Desnaturalización contractual |
| Demandante | : Bonny Manuel Álvarez Grado |
| Demandados | : Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Solidaria Limitada (Entidad Intermediadora) Sociedad Minera Cerro Verde (Empresa Usuaria) |
| Petitorio | : Principal: Desnaturalización de la intermediación laboral Accesoria: Indemnización por despido arbitrario y Cobro de beneficios económicos |
| Fundamentos de Hecho | : <ul style="list-style-type: none"> ▪ Periodo laborado: 01 año 01 mes y 15 días ▪ Contacto inicial y trato directo siempre fue con empresa usuaria. ▪ Nunca hubo selección o capacitación previa por parte de entidad intermediadora. ▪ Labor era permanente de actividad principal de empresa usuaria. ▪ Los contratos de intermediación laboral y de trabajo para servicio de intermediación laboral no fueron registrados ante AAT ▪ Labor realizada: No especifica |
| Decisión Judicial | : Sentencia de Vista N° 237-2012-SLP.- Nula la sentencia de primera instancia Sentencia de Vista N°964-2013-SLP.- Nula la sentencia de primera instancia Sentencia de Vista N° 964-2013-SLP.- Fundada en parte (Infundada la desnaturalización de la intermediación laboral y la indemnización por despido arbitrario; Fundado el cobro de beneficios sociales) |

FUENTE: Elaboración Propia

¹⁰¹ Información extraída de la Sentencia de Vista N° 237-2012-SLP de fecha 02 de marzo de 2012 (Copiador de Sentencias de Vista Marzo 2012, Archivador II, Tomo Único, P. 639-643) y de la Sentencia de Vista N° 964-2013-SLP de fecha 01 de octubre de 2013 (Copiador de Sentencias de Vista Octubre 2013, Archivador IX, Tomo I, P. 3186-3190).

CUADRO N° 37
PROCESO INTERMEDIACIÓN LABORAL 08

| | | |
|---------------------------------------|---|---|
| Expediente N° | : | 00876-2007-0-0401-JR-LA-01 ¹⁰² |
| Materia | : | Nulidad de despido |
| Demandante | : | Mónica Jesús Widman Orihuela |
| Demandados | : | Sociedad Minera Cerro Verde (Empresa Usuaria) |
| Litisconsorte Necesario Pasivo | : | Cooperativa Solidaria Limitada (Entidad Intermediadora) Manpower (Entidad Intermediadora) |
| Petitorio | : | Principal: Desnaturalización de la intermediación laboral, nulidad de despido Accesoria: Cobro de beneficios económicos |
| Fundamentos de Hecho | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Periodo laborado: 06 años 05 meses y 18 días ▪ Contacto inicial y trato directo siempre fue con empresa usuaria. ▪ Nunca hubo selección o capacitación previa por parte de entidad intermediadora. ▪ Labor era permanente de actividad principal de empresa usuaria. ▪ Las entidades de intermediación laboral no cuentan con autorización de AAT para destacar labores en Arequipa ▪ Los contratos de intermediación laboral y de trabajo para servicio de intermediación laboral no fueron registrados ante AAT. ▪ Misma labor en forma continua pese a diferente entidad intermediadora. ▪ Labor realizada: Promotora de Videoteca Virtual Backus |
| Decisión Judicial | : | Sentencia de Vista N° 1170-2013-SLP.- Confirma sentencia que declaró infundada la demanda. |

FUENTE: Elaboración Propia

¹⁰² Información extraída de la Sentencia de Vista N° 1170-2013-SLP de fecha 27 de noviembre de 2013 (Copiador de Sentencias de Vista Noviembre 2013, Archivador X, Tomo Único, P. 2878-2889).

CUADRO N° 38
PROCESO INTERMEDIACIÓN LABORAL 09

| | | |
|-----------------------------|---|--|
| Expediente N° | : | 00850-2007-0-0401-JR-LA-01 ¹⁰³ |
| Materia | : | Incumplimiento de disposiciones y normas laborales |
| Demandante | : | Belia Sara Rodríguez Araos |
| Demandados | : | Corporación Efectiva de Servicios SRL COEFSE (Entidad Intermediadora) Consortio SERVINEXT S.A. (Entidad Intermediadora) SERESUR SRL (Entidad Intermediadora) EsSalud (Empresa Usuaria) |
| Petitorio | : | Principal: Desnaturalización de los contratos de trabajo para servicios de intermediación laboral Accesoria: Reposición laboral |
| Fundamentos de Hecho | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Periodo laborado: 08 años 02 meses y 05 días ▪ Contacto inicial y trato directo siempre fue con empresa usuaria. ▪ Nunca hubo selección o capacitación previa por parte de entidades intermediadoras. ▪ Labor era permanente de actividad principal de empresa usuaria. ▪ Misma labor en forma continua pese a diferente entidad intermediadora. ▪ Labor realizada: Nutricionista |
| Decisión Judicial | : | Sentencia de Vista N° 246-2013-SLP.- Revoca declarando improcedente la desnaturalización de los contratos de trabajo para servicios de intermediación laboral. |

FUENTE: Elaboración Propia

¹⁰³ Información extraída de la Sentencia de Vista N° 246-2013-SLP de fecha 25 de marzo de 2013 (Copiador de Sentencias de Vista Marzo 2013, Archivador II, Tomo II, P. 641-648).

CUADRO N° 39
PROCESO INTERMEDIACIÓN LABORAL 10

| | | |
|-----------------------------|---|--|
| Expediente N° | : | 00095-2012-0-0401-SP-LA-01 ¹⁰⁴ |
| Materia | : | Pago de beneficios económicos y/o indemnización |
| Demandante | : | Germán Uberto Samayani Choquehuayta |
| Demandados | : | Fernando Taboada R. Contratistas Generales (Entidad Intermediadora) SUNAT (Empresa Usuaria) |
| Petitorio | : | Principal: Pago de beneficios sociales en forma solidaria |
| Fundamentos de Hecho | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Periodo laborado: 10 meses y 18 días ▪ Por la intermediación laboral existe solidaridad entre la entidad intermediadora y la empresa usuaria ▪ Labor realizada: Obrero de Construcción Civil |
| Decisión Judicial | : | Sentencia de Vista N° 665-2013-SLP.- Confirma sentencia que declara fundada la demanda y ordena el pago solidario de ambas demandadas |

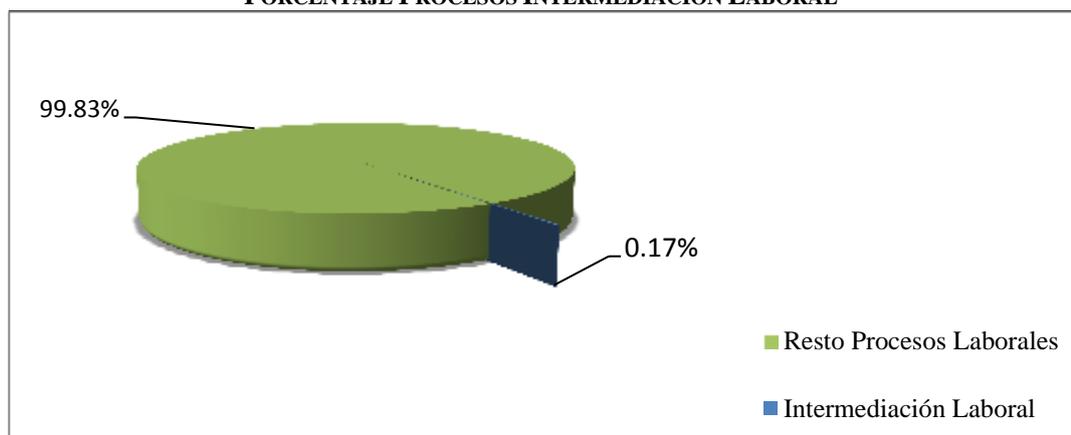
FUENTE: Elaboración Propia

3. CASUÍSTICA ADVERTIDA

Durante el periodo 2011-2013 se llegó a revisar un total de 1276 sentencias de primera instancia laboral, así como 4537 Sentencias de Vista de naturaleza laboral, lo que hace un total estimado de **5813 procesos laborales revisados**, de entre los cuales únicamente **10 procesos versaron sobre intermediación laboral**, lo que representa el **0.17 %** de las pretensiones que sobre esta materia llegan a conocimiento del Poder Judicial.

¹⁰⁴ Información extraída de la Sentencia de Vista N° 246-2013-SLP de fecha 25 de marzo de 2013 (Copiador de Sentencias de Vista Marzo 2013, Archivador II, Tomo II, P. 641-648).

GRAFICO N° 04
PORCENTAJE PROCESOS INTERMEDIACIÓN LABORAL

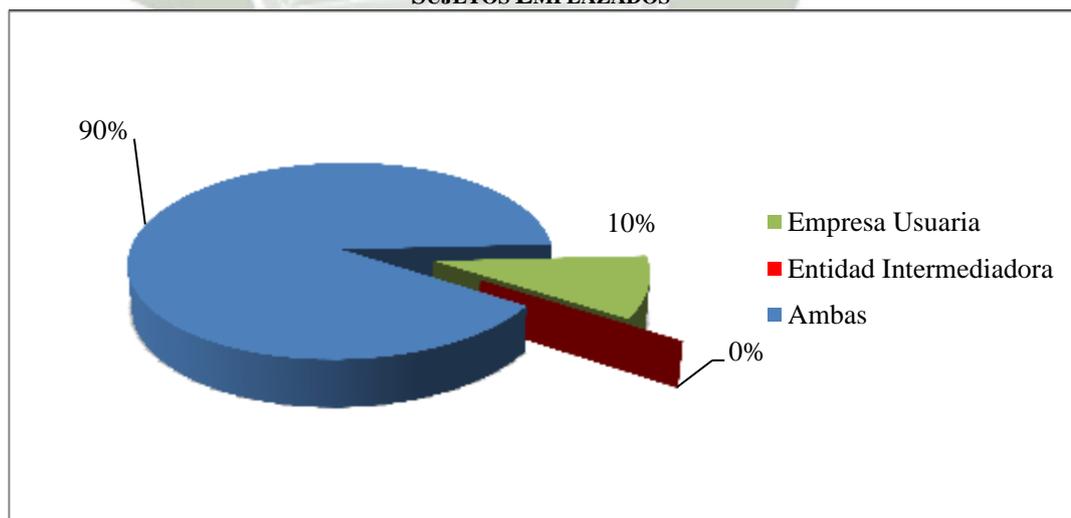


FUENTE: Elaboración Propia

Así entonces, revisada la realidad judicial que en materia de intermediación laboral han ocurrido en la ciudad de Arequipa durante los años 2011 a 2013, de entre los **DIEZ (10) PROCESOS LABORALES RESUELTOS** en dicho periodo encontramos lo siguiente:

3.1. Sujetos Emplazados con la Demanda:

GRAFICO N° 05
SUJETOS EMPLAZADOS

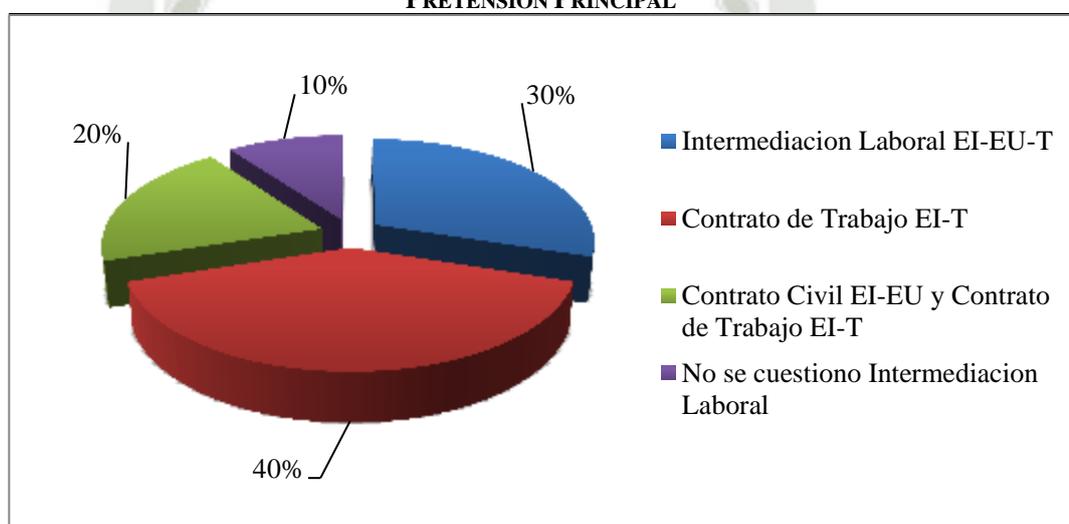


FUENTE: Elaboración Propia

El **90%** de los demandantes dirige la demanda en contra de la empresa usuaria y de la(s) entidades(s) intermediadora(s); solo el **10%** la dirige únicamente contra la empresa usuaria considerando a la entidad intermediadora como litisconsorte necesario pasivo¹⁰⁵ mas no como parte demandada.

3.2. Petitorio:

GRAFICO N° 06
PRETENSIÓN PRINCIPAL



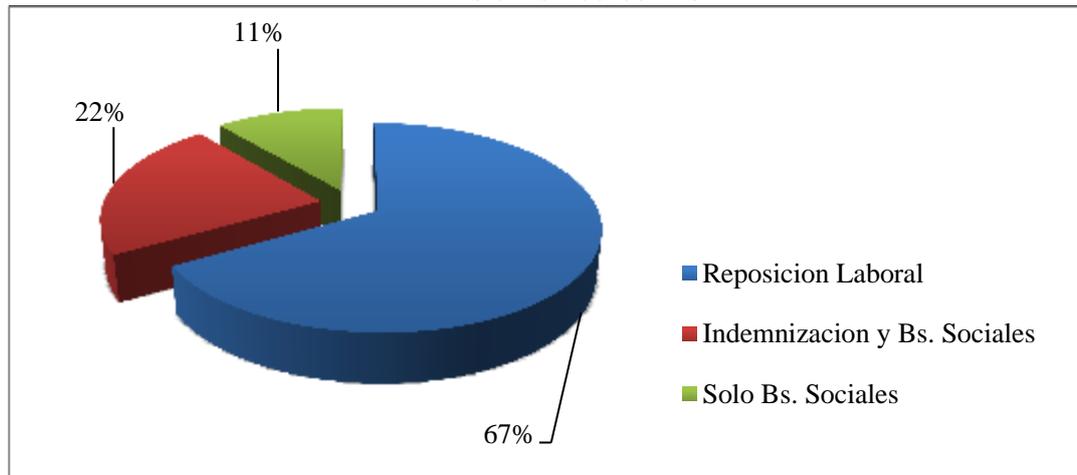
FUENTE: Elaboración Propia

Como pretensiones principales: El **30%** planteó la desnaturalización de toda la intermediación laboral; el **40%** cuestionó expresamente la desnaturalización únicamente del contrato de trabajo para servicios de intermediación laboral; el **20%** planteo la desnaturalización del contrato de intermediación laboral y del contrato de trabajo para servicios de intermediación laboral; mientras que solo el **10%** no cuestionó de forma alguna la intermediación laboral sino que solo exigió la responsabilidad solidaria de la entidad intermediadora y la empresa usuaria¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Ver Expediente N° 00876-2007-0-0401-JR-LA-01.

¹⁰⁶ Ver Expediente N° 00095-2012-0-0401-SP-LA-01.

GRAFICO N° 07
PRETENSIONES ACCESORIAS

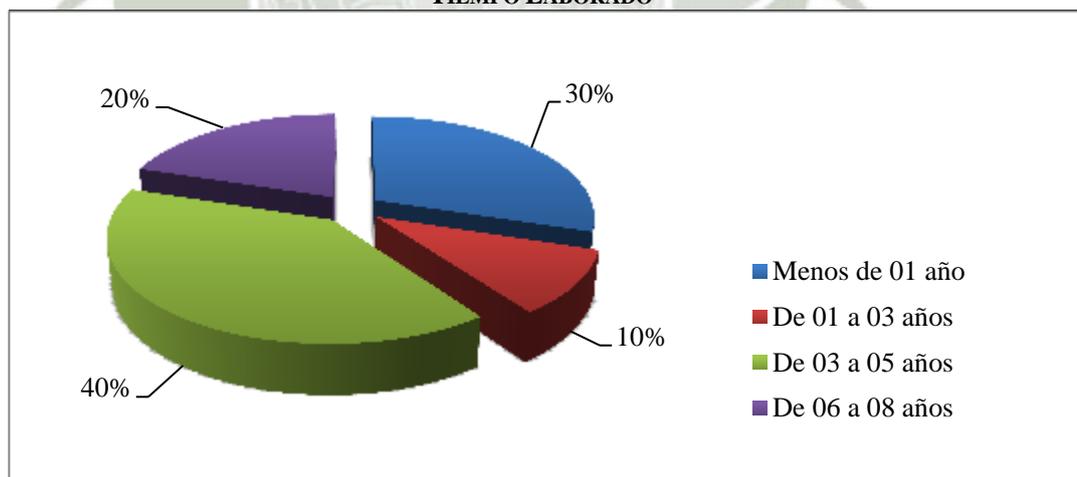


FUENTE: Elaboración Propia

Como pretensiones accesorias: El **66.66%** solicitó la reposición laboral; el **22.22%** reclamó la indemnización por despido arbitrario y otros beneficios de naturaleza económica; mientras que el restante **11.11%** reclamó únicamente beneficios sociales de naturaleza económica.

3.3. Fundamentos de Hecho Invocados:

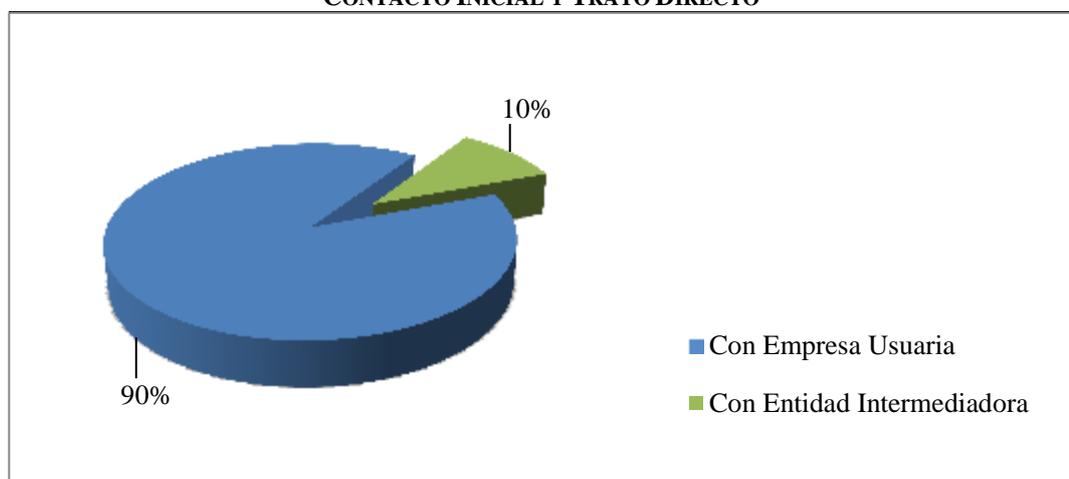
GRAFICO N° 08
TIEMPO LABORADO



FUENTE: Elaboración Propia

El **30%** de los demandantes afirmó haber laborado bajo intermediación laboral menos de 01 año; el **10%** entre 01 a 03 años; el **40%** entre 03 a 05 años; y el restante **20%** entre 05 a 08 años.

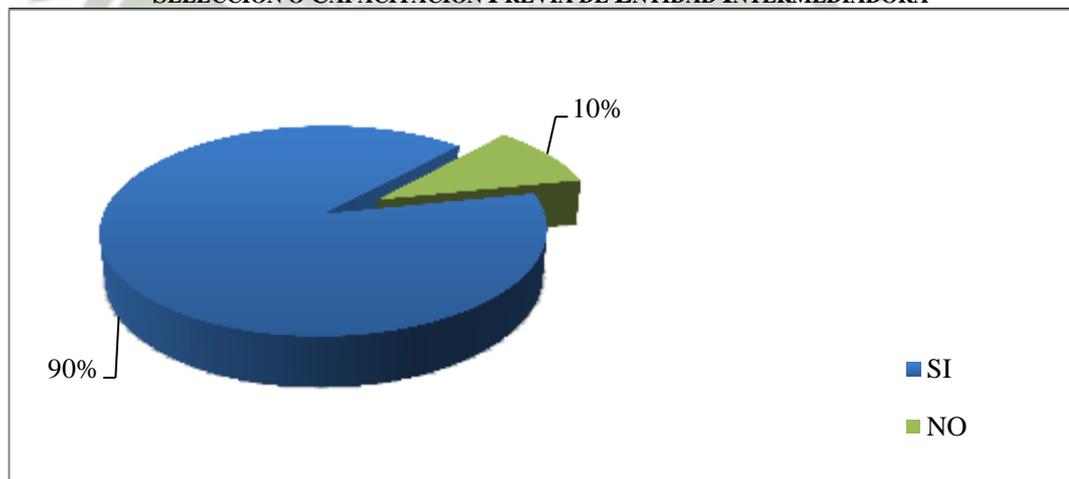
GRAFICO N° 09
CONTACTO INICIAL Y TRATO DIRECTO



FUENTE: Elaboración Propia

El **90%** de los demandantes afirmó haber mantenido siempre y únicamente el trato directo con la empresa usuaria desde el inicio de la relación laboral; el restante **10%** afirmó que el contacto inicial fue con la entidad intermediadora.

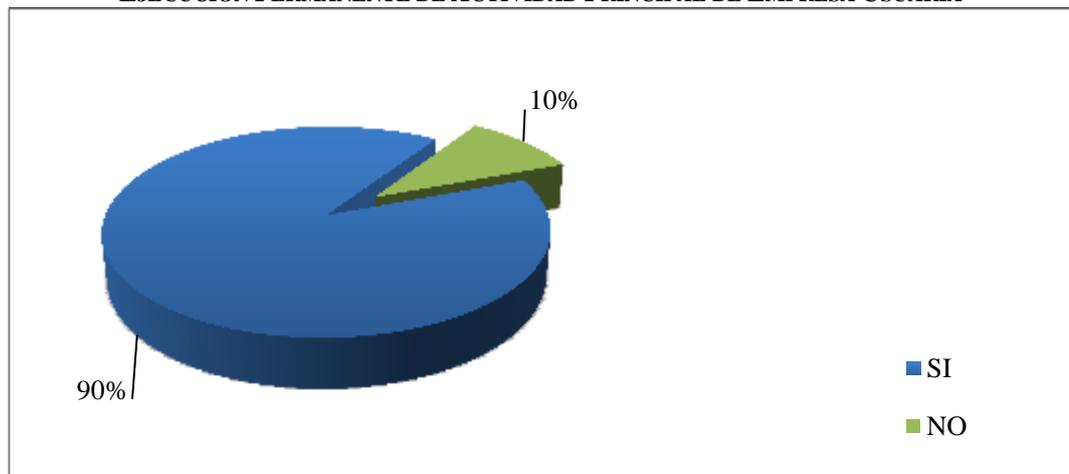
GRAFICO N° 10
SELECCIÓN O CAPACITACIÓN PREVIA DE ENTIDAD INTERMEDIADORA



FUENTE: Elaboración Propia

El **90%** de los demandantes afirmó no haber tenido selección, capacitación previa o comunicación con la empresa intermediadora; el restante **10%** afirmó haber recibido capacitación y/o haber sido sometido a un proceso de selección.

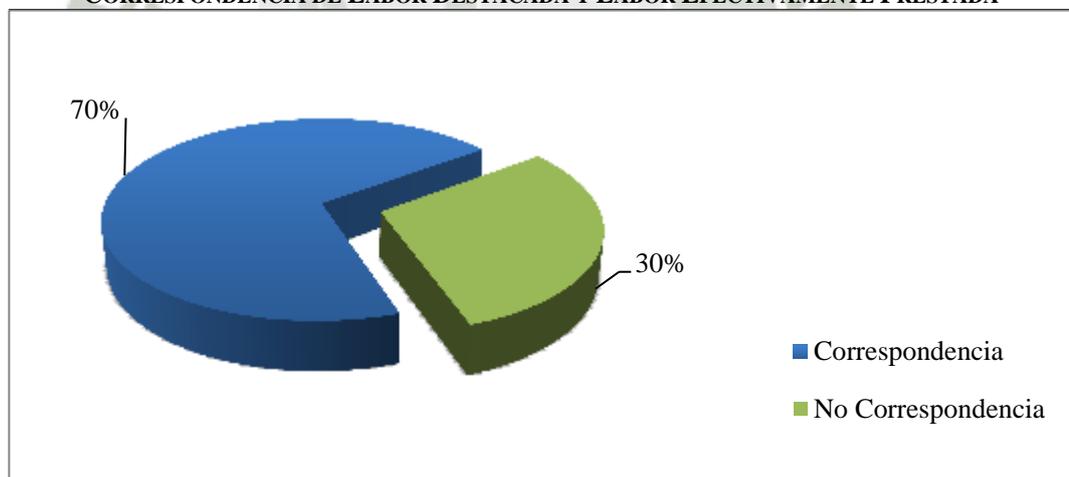
GRAFICO N° 11
EJECUCIÓN PERMANENTE DE ACTIVIDAD PRINCIPAL DE EMPRESA USUARIA



FUENTE: Elaboración Propia

El **90%** de los demandantes afirmó que las labores efectivamente desempeñadas constituían ejecución permanente de la actividad principal de la usuaria; el restante **10%** afirmó que sus labores eran complementarias.

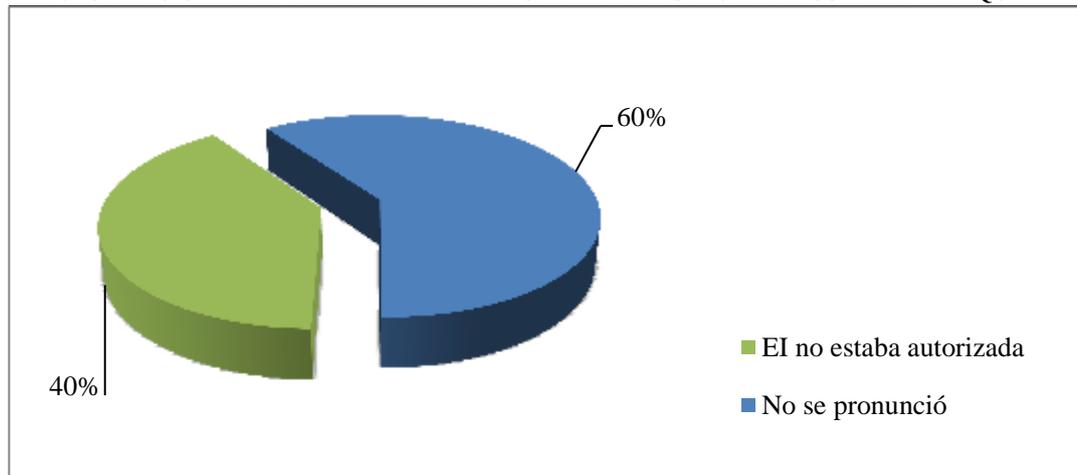
GRAFICO N° 12
CORRESPONDENCIA DE LABOR DESTACADA Y LABOR EFECTIVAMENTE PRESTADA



FUENTE: Elaboración Propia

El **30%** de los demandantes afirmó haber desempeñado labor diferente a la que había sido objeto de destaque; el restante **70%** afirmó que prestó la misma labor que fuera indicada en el contrato de trabajo para servicios de intermediación laboral.

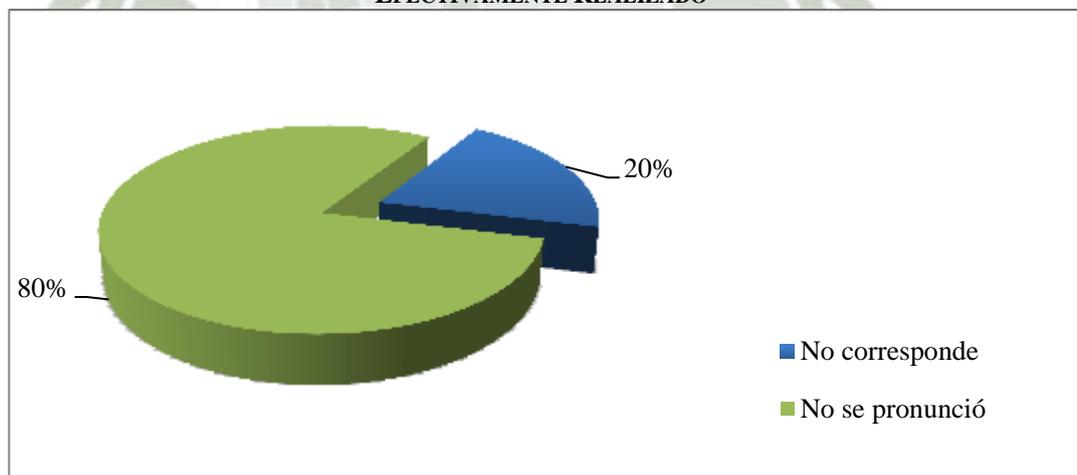
GRAFICO N° 13
AUTORIZACIÓN DE ENTIDAD INTERMEDIADORA PARA DESTACAR PERSONAL EN AREQUIPA



FUENTE: Elaboración Propia

El **40%** de los demandantes afirmó que la entidad intermediadora no contaba con la autorización correspondiente de la AAT para destacar personal en la ciudad de Arequipa; el restante **60%** no emitió pronunciamiento al respecto.

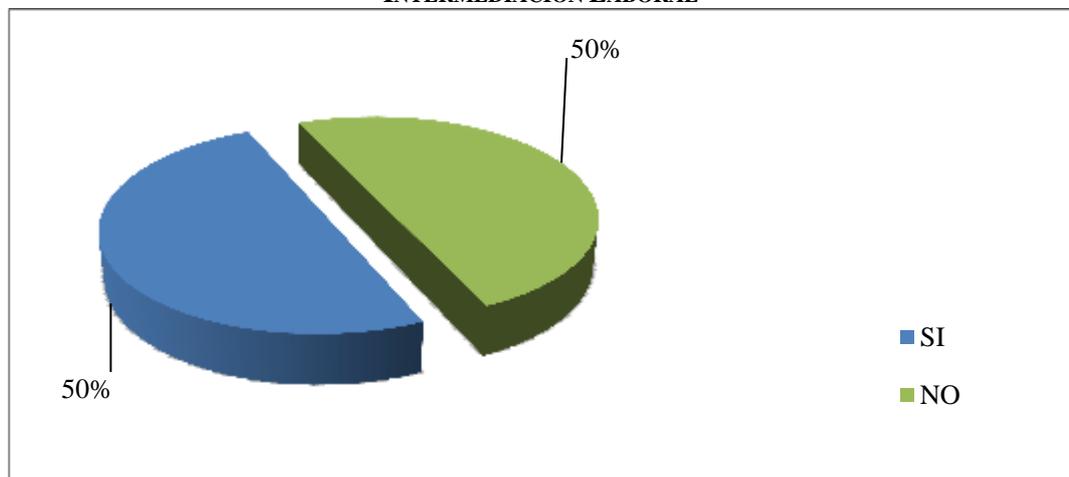
GRAFICO N° 14
CORRESPONDENCIA ENTRE AUTORIZACIÓN RENNEIL Y DESTAQUE DE PERSONAL EFECTIVAMENTE REALIZADO



FUENTE: Elaboración Propia

El **20%** de los demandantes afirmó que la entidad intermediadora contaba con autorización para destacar labores diferentes de las que fueron objeto de destaque efectivo vía intermediación laboral; el restante **80%** no emitió pronunciamiento al respecto.

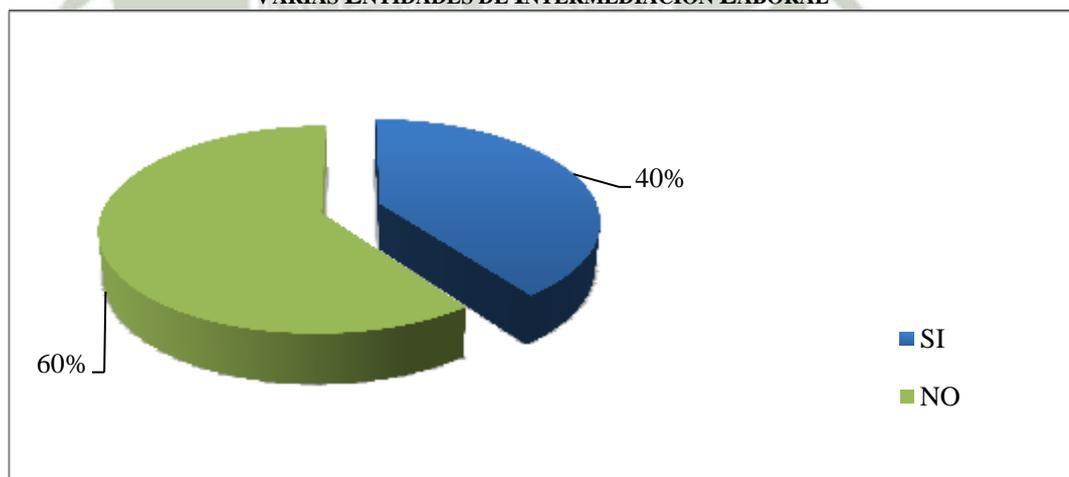
GRAFICO N° 15
UTILIZACIÓN DE OTRAS MODALIDADES CONTRACTUALES COMBINADAS O SUPERPUESTAS A LA INTERMEDIACIÓN LABORAL



FUENTE: Elaboración Propia

El **50%** de los demandantes afirmó que durante la intermediación laboral la empresa usuaria utilizó directamente otras modalidades contractuales superpuestas para contratar la misma labor destacada; el restante **50%** no emitió pronunciamiento al respecto.

GRAFICO N° 16
VARIAS ENTIDADES DE INTERMEDIACIÓN LABORAL

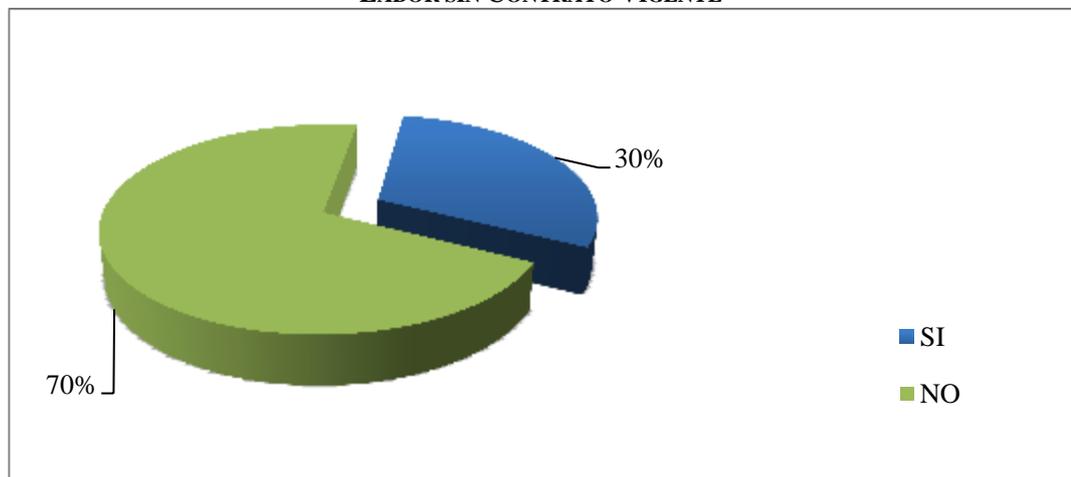


FUENTE: Elaboración Propia

El **40%** de los demandantes afirmó que de forma continua y sucesiva varias entidades de intermediación laboral destacaron al mismo trabajador hacia la

misma empresa usuaria para realizar la misma labor; el restante **60%** no emitió pronunciamiento al respecto.

GRAFICO N° 17
LABOR SIN CONTRATO VIGENTE

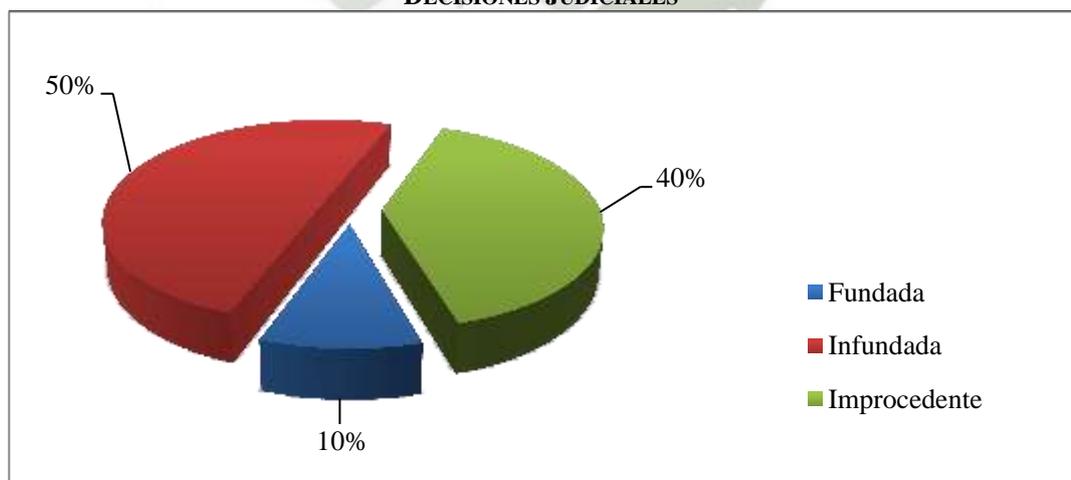


FUENTE: Elaboración Propia

El **30%** de los demandantes afirmó que laboró sin contrato de intermediación laboral vigente a favor de la empresa usuaria; el restante **70%** no emitió pronunciamiento.

3.4. Decisiones Judiciales.-

GRAFICO N° 18
DECISIONES JUDICIALES



FUENTE: Elaboración Propia

En lo que corresponde a la pretensión de desnaturalización de la intermediación laboral, el **50%** de los casos planteados fueron declarados Infundados; el **40%** declarados Improcedentes y el restante **10%** Fundados pero únicamente en lo que corresponde al carácter solidario de beneficios sociales y no directamente sobre la desnaturalización de la intermediación laboral.

Téngase presente que en las entrevistas realizadas a los Magistrados Superiores de la Sala Laboral Permanente¹⁰⁷, sobre el tema de referencia se indicó al investigador que si bien la Ley 27626 y su Reglamento únicamente regulan supuestos de infracción a la intermediación laboral, en la práctica se verifica no solo el cumplimiento formal de esta contratación sino aspectos materiales de la misma en atención al principio de primacía de la realidad. Sin embargo, manifestaron unánimemente que a pesar de ello la regulación legal sobre intermediación laboral resulta insuficiente en razón a que la realidad advertida en los procesos laborales supera los supuestos de infracción descritos en la Ley, por lo que eran de la opinión que debería incorporarse a la simulación y al fraude contractual como causales expresas de desnaturalización a la intermediación laboral por cuanto los cambios advertidos en las relaciones laborales por aspectos derivados de la globalización económica exigen que las regulaciones laborales sobre contrataciones especiales como lo es la intermediación laboral se vean actualizadas con la nueva realidad laboral percibida.

3.5. Casuística Advertida

Todo lo advertido anteriormente permite afirmar que analizada la realidad judicial, en Arequipa durante el periodo 2011 a 2013 se aprecia que la relaciones derivadas de una intermediación laboral pese a contar con una configuración formal mínima, las mismas en sí no acreditan suficientemente el carácter trilateral

¹⁰⁷ Entrevistas realizadas en fechas 06 y 08 de mayo de 2015 a los Magistrados Superiores: Isaac Rubio Zevallos, Carolina Ayvar Roldán y María Concha Garibay.

entre las partes, sino que por el contrario mayoritariamente resalta el protagonismo activo de la empresa usuaria así como aspectos propios de la bilateralidad laboral ordinaria típica mantenida con el trabajador destacado (un trabajador y un empleador) lo que permite determinar la no correspondencia entre el plano formal y el plano material.

Al darse preferencia al plano de los hechos en virtud del principio de primacía de la realidad, entonces en Arequipa las relaciones de intermediación laboral vienen siendo utilizadas para esconder verdaderas relaciones bilaterales, directas y típicas que no hacen sino restar de contenido los derechos laborales de los trabajadores.

De entre los aspectos materiales advertidos encontramos los siguientes:

A) Se torna en simulada una intermediación laboral:

- Cuando la empresa usuaria utiliza a la empresa intermediadora únicamente como medio para validar la prestación laboral efectiva del trabajador. Es decir, la relación laboral se originó por la voluntad de la supuesta empresa usuaria (verdadero empleador) y del supuesto trabajador destacado (verdadero trabajador), sea porque la prestación del servicio es anterior a la suscripción del contrato de intermediación laboral, sea porque todos los documentos suscritos fueron elaborados por la supuesta empresa usuaria.
- Cuando el trabajador destacado sigue prestando sus servicios después del vencimiento del plazo de destaque.
- Cuando la empresa usuaria utiliza en forma superpuesta o continuada a la intermediación laboral, otras modalidades contractuales –sea laborales o

civiles- para contar con la fuerza de trabajo del trabajador destacado en el mismo cargo o similar desempeñado por éste.

- Cuando el trabajador destacado realiza labores diferentes a las que fuera objeto del destaque.
- Cuando las labores desempeñadas por el trabajador destacado constituyen la ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria.

B) Se torna en fraudulenta una intermediación laboral:

- Cuando la entidad intermediadora no cuenta con el registro y/o la autorización de la AAT para destacar personal, y pese a ello suscribe contratos de intermediación laboral y destaca personal hacia la empresa usuaria.
- Cuando la entidad intermediadora cuenta con autorización para destacar labores diferentes a las que son objeto efectivo de destaque.
- Cuando la entidad intermediadora ha sido creada por la supuesta empresa usuaria.
- Cuando la empresa usuaria utiliza al mismo trabajador para la misma labor destacada pero mediante diferentes entidades intermediadoras.

3.6. Posibilidad de Obtener una Decisión Judicial Sobre Simulación y/o Fraude Contractual a la Intermediación Laboral

Cabe resaltar a su vez que pese a que se aprecian supuestos facticos de no correspondencia entre la realidad material y la realidad formal en las intermediaciones

laborales mantenidas en la ciudad de Arequipa durante los años 2011 a 2013, los Juzgados y Salas Laborales del Distrito Judicial de Arequipa no han estimado favorablemente ninguna de estas demandas, lo que permite suponer que el análisis jurisdiccional efectuado por estas instancias ha sido realizada únicamente en atención al cumplimiento formal de los requisitos exigidos por la Ley N° 27626 y su Reglamento.

Habiéndose verificado en sede administrativa de la Gerencia Regional de Trabajo de Arequipa que son pocos los procedimientos inspectivos sobre intermediación laboral porque no todos los trabajadores destacados vía intermediación laboral recurren a esta instancia ni incluyen en sus pretensiones a las empresas usuarias sino únicamente a las empresas intermediadoras como empleadoras, entonces el índice de procesos judiciales que llegan a sede judicial son mínimos como se ha podido apreciar de la realidad judicial advertida.

Sin embargo, el investigador en una intención de avalar la posibilidad de encontrar decisiones judiciales que se pronuncien sobre supuestos de simulación y fraude contractual en la intermediación laboral, ha realizado una búsqueda sobre algunas referencias procesales recomendadas por los Magistrados de los Juzgados y/o Salas Laborales en los que se tenga conocimiento sobre estos supuestos de desnaturalización, encontrando lo siguiente:

Esto se encuentra desarrollado en los Cuadros 40, 41, 42 y 43 de la presente investigación, procesos en los que se ha tratado de identificar supuestos en los que si se verifica la aplicación de la simulación y fraude contractual en las relaciones de intermediación laboral mantenidas entre las partes, lo que demuestra que sí es posible obtener decisiones judiciales en las se apliquen las causales objeto del presente trabajo de investigación.

CUADRO N° 40
PROCESO INTERMEDIACIÓN LABORAL 11

| | | |
|------------------------------|---|---|
| Expediente N° | : | 02197-2010-0-0401-JR-LA-03 ¹⁰⁸ |
| Materia | : | Desnaturalización de contratos |
| Demandante | : | Carlos Rene Corrales Dueñas |
| Demandados | : | Servicios Sol Service S.R.L. (EI) Corporación Efectiva de Servicios S.R.L. (EI) Seguro Social de Salud - EsSalud (Empresa Usuaría) ¹⁰⁹ |
| Petitorio | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Principal: Desnaturalización de intermediación laboral; |
| Fundamentos de Hecho | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Periodo Laborado: 03 años 02 meses ▪ Contacto inicial y trato directo siempre fue con empresa usuaria. ▪ Labor era permanente de actividad principal de empresa usuaria. ▪ Misma labor en forma continua pese a diferente entidad intermediadora. ▪ Labor realizada: Maestro Cocinero |
| Decisión Judicial | : | Sentencia de Vista N° 039-2014-2SL.- Confirma carácter Fundado de demanda |
| Fundamentos del Fallo | : | <i>“(…) la alimentación para los pacientes hospitalizados requieren de una alimentación adecuada y determinada por los profesionales médicos y nutricionistas(…) en consecuencia la labor del actor implica la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria (…)”¹¹⁰</i> |

FUENTE: Elaboración Propia

¹⁰⁸ Información extraída de la Sentencia de Vista N° 39-2014-2SL de fecha 15 de enero de 2014 (Portal WEB del Poder Judicial CEJ) en fecha 13 de mayo de 2015.

¹⁰⁹ Según la revisión que se realizó de los procesos en los que EsSalud haya sido demandado en pretensiones sobre desnaturalización de intermediación laboral se pudo encontrar que a inicios del año 2009 masivamente se interpusieron demandas en las que trabajadores destacados por las empresas intermediadoras COEFSE SRL, SERESUR SRL, PACISER SRL, SOL SERVICE SRL SERVINEXT SAC, alegaban tener relación laboral directa e indeterminada con EsSalud, sin embargo estas pretensiones fueron declaradas improcedentes por los juzgados laborales en razón a que los demandantes interpusieron sus demandas en forma conjunta pese a que cada uno de ellos reportaba una realidad contractual diferente. Aun cuando aproximadamente fueron 27 los trabajadores que presentaron conjuntamente sus pretensiones en tres procesos laborales (Expedientes 653-2009, 1129-2009, 4078-2009), posteriormente éstos no volvieron a iniciar demandas individuales, perdiendo con ello la posibilidad de poder haber obtenido pronunciamientos judiciales que podrían haber desarrollado de mayor forma la desnaturalización de la intermediación laboral por simulación y fraude contractual.

¹¹⁰ Ver Fundamento Décimo de Sentencia de Vista N° 39-2014-2SL

En dicho proceso se ha podido verificar la aplicación del principio de primacía de la realidad, resultando que en el plano de los hechos este trabajador ha prestado servicios (cocina) que constituyen actividades inherentes a la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria (atención de salud), por lo que la decisión del Juzgador de declarar fundada la demanda no está referida a la comisión de algún supuesto de infracción a la intermediación laboral (artículo 14° D.S. 003-2002-TR) sino a la verificación de simulación y fraude contractual en el destaque del trabajador.

CUADRO N° 41
PROCESO INTERMEDIACIÓN LABORAL 12

| | | |
|------------------------------|---|--|
| Expediente N° | : | 06371-2008-PA/TC ¹¹¹ |
| Materia | : | Proceso de Amparo |
| Demandante | : | Aleida Hobby Marín Meza |
| Demandados | : | Corporación Efectiva de Servicios S.R.L. (EI) Seguro Social de Salud - EsSalud (Empresa Usuaria) |
| Petitorio | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Principal: Reposición laboral |
| Fundamentos de Hecho | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Periodo Laborado: 04 años 10 meses vía intermediación laboral ▪ Contacto inicial y trato directo siempre fue con empresa usuaria. ▪ Labor era permanente de actividad principal de empresa usuaria. ▪ Misma labor en forma continua pese a diferente entidad intermediadora. ▪ Labor realizada: Nutricionista |
| Decisión Judicial | : | Sentencia de Tribunal Constitucional de fecha 19 de diciembre de 2011. Declara Fundado la demanda |
| Fundamentos del Fallo | : | “(…) la demandante realizaba labores de entrevista dietética, evaluación nutricional, calculo nutricional, visita dietética, balance hídrico, visita médica, monitoreo nutricional, entre otras actividades propias de la institución (…) del Manual de Operaciones del Servicio de Nutrición del Hospital III Yanahuara se detalla de forma diferenciada las labores que deben realizar la “Nutricionista de la Institución” (EsSalud) y la “Nutricionista por Service”, labores que como se puede apreciar, no se distingue una de la otra (…)” ¹¹² |

FUENTE: Elaboración Propia

¹¹¹ Información extraída del Portal WEB del Tribunal Constitucional en fecha 13 de mayo de 2015.

¹¹² Ver Fundamentos 15 y 16 de STC 06371-2008-PA/TC.

En dicho proceso, el Tribunal Constitucional verifica que la trabajadora destacada ha prestado servicios como nutricionista pese a que la empresa usuaria cuenta con personal laboral que realiza esa misma labor, lo que acredita la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria (atención de salud). Nuevamente, se declara fundada la demanda no por advertirse la comisión de algún supuesto de infracción a la intermediación laboral (artículo 14° D.S. 003-2002-TR) sino por la verificación de simulación y fraude contractual en el destaque del trabajador.

CUADRO N° 42
PROCESO INTERMEDIACIÓN LABORAL 13

| | | |
|------------------------------|---|--|
| Expediente N° | : | 00412-2011-PA/TC ¹¹³ |
| Materia | : | Proceso de Amparo |
| Demandante | : | Erickson Arévalo Torres |
| Demandados | : | Servicios Integrales Amazónicos SRL (EI) Petro Perú S.A. (Empresa Usuaria) |
| Petitorio | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Principal: Reposición laboral |
| Fundamentos de Hecho | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Periodo Laborado: 10 meses vía intermediación laboral ▪ Labor era permanente de actividad principal de empresa usuaria. ▪ Entidad Intermediadora no contaba con registro para prestar servicios de intermediación laboral. ▪ Los contratos de intermediación laboral no se encontraban registrados ante la AAT ▪ Trabajador siguió laborando luego de vencido el último contrato de intermediación laboral |
| Decisión Judicial | : | Sentencia de Tribunal Constitucional de fecha 09 de octubre de 2012. Declara Fundado la demanda |
| Fundamentos del Fallo | : | <i>“(…) la prestación de los servicios del trabajador destacado a la empresa usuaria estaba sujeta al cumplimiento de formalidades esenciales de conformidad con la Ley 27626, lo que no se ha cumplido en el presente caso (…) la empresa contratista no se encuentra inscrita en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividad de intermediación laboral, asimismo ante la AAT no se encuentra registrado contrato alguno entre las partes (…) de igual forma se advierte que el acto habría laborado luego del vencimiento del contrato con la empresa usuaria (…)”¹¹⁴</i> |

FUENTE: Elaboración Propia

¹¹³ Información extraída del Portal WEB del Tribunal Constitucional en fecha 14 de mayo de 2015.

¹¹⁴ Ver Fundamentos 09 y 10 de STC 00412-2011-PA/TC.

En dicho proceso, el Tribunal Constitucional verifica que el destaque del trabajador no cumplió los requisitos mínimos exigidos por la Ley N° 27626, por lo que al no contar con los registros requeridos por la AAT y haber laborado sin contrato, se declara fundada la demanda no por advertirse la comisión de algún supuesto de infracción a la intermediación laboral (artículo 14° D.S. 003-2002-TR) sino por la verificación de simulación y fraude contractual en el destaque del trabajador.

CUADRO N° 43
PROCESO INTERMEDIACIÓN LABORAL 14

| | | |
|------------------------------|---|--|
| Expediente N° | : | 02988-2009-PA/TC ¹¹⁵ |
| Materia | : | Proceso de Amparo |
| Demandante | : | Rosa Sofía Vergara Mesía |
| Demandados | : | Promociones Temporales S.A. (EI) Centro de Formación en Turismo (Empresa Usuaria) |
| Petitorio | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Principal: Reposición laboral |
| Fundamentos de Hecho | : | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Periodo Laborado: 07 años (03 por locación de servicios y 04 vía intermediación laboral ▪ Labor era permanente de actividad principal de empresa usuaria. ▪ Vía locación de servicios prestó con anterioridad y en forma continua los mismos servicios destacados vía intermediación laboral ▪ Cargo Bibliotecaria |
| Decisión Judicial | : | Sentencia de Tribunal Constitucional de fecha 07 de noviembre de 2011. Declara Fundada la demanda |
| Fundamentos del Fallo | : | <i>“(…) la recurrente no ejerció actividades distintas a las habituales en Cenfotus, pues realizó labores de carácter permanente como Asistente o encargada de Biblioteca cargo que forma parte de la Oficina de Servicios Estudiantiles (…) además, la demandante prestó servicios a CENFOTUR mediante contrato de locación de servicios, se advierte que si bien ésta ejercía funciones en el área de logística, también realizó labores de asistente de biblioteca (…) ambas labores de carácter permanente por tratarse de una institución dedicada a la formación de profesionales en el área de administración hotelera y turística (…)”¹¹⁶</i> |

FUENTE: Elaboración Propia

En dicho proceso, el Tribunal Constitucional verifica que el destaque del trabajador vía intermediación laboral devino en la continuación de una previa contratación de locación

¹¹⁵ Información extraída del Portal WEB del Tribunal Constitucional en fecha 14 de mayo de 2015.

¹¹⁶ Ver Fundamento 08 de STC 02988-2009-PA/TC.

de servicios en la que la demandante prestaba las mismas labores, las que inclusive se encontraban reconocidas en el organigrama interno de la empresa usuaria. Este fundamento sirvió para declarar fundada la demanda no por advertirse la comisión de algún supuesto de infracción a la intermediación laboral (artículo 14° D.S. 003-2002-TR) sino por la verificación de simulación y fraude contractual en el destaque del trabajador al simular dos contrataciones de diferente naturaleza (locación de servicios y luego intermediación laboral) cuando en el fondo se trataba de una única relación laboral directa e indeterminada entre las partes.

Por lo tanto, revisados los procesos descritos en los Cuadros 40 a 43 de la presente investigación, se puede verificar que en la práctica **es posible obtener decisiones judiciales en las cuales se estimen pretensiones de desnaturalización de la intermediación laboral por las causales de simulación y fraude contractual** por cuanto se trata en la realidad de prácticas repetitivas en las que la entidad intermediadora y la empresa usuaria se valen de la suscripción formal de un contrato de intermediación laboral para desconocer efectivamente los derechos de los trabajadores, quien en el plano real mantiene una única relación laboral directa e indeterminada con su verdadero empleador que no es otra que la empresa usuaria.

Por lo tanto, se acredita que la norma legal (artículo 14° D.S. 003-2002-TR) ha resultado insuficiente ante la realidad detectada en el plano de los hechos, fundamentos por los que se hace necesario ampliar el rango de acción de la desnaturalización de la intermediación laboral. **Esta ampliación debe estar dirigida hacia la incorporación expresa en nuestro ordenamiento legal de las causales de simulación y fraude contractual conforme fuera indicado en el punto 4 del Capítulo II de la presente investigación.**

Considero que la incorporación expresa de estas nuevas causales de desnaturalización de la intermediación laboral (simulación y fraude contractual) permitirá que las actuaciones inspectivas realizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo ya no se dediquen únicamente a una labor de registro o a una inspección netamente bilateral (trabajador destacado y entidad intermediadora), sino que con ello será posible

investigar a todos los sujetos integrantes de la intermediación laboral (entidad intermediadora, empresa usuaria y trabajador destacado) a fin de verificar si efectivamente la realidad supera al carácter formal. Esto ocasionará a su vez que las pretensiones laborales sobre el tema de referencia que se discutan en sede judicial, encuentren mayores argumentos al momento de acreditar una discordancia entre el plano documental y el plano material, de tal forma que se puede identificar al verdadero empleador del trabajador destacado. Recién con ello, se podrá considerar protegido efectivamente los derechos laborales de los trabajadores contratados vía intermediación laboral.



CONCLUSIONES

PRIMERA.- La intermediación laboral constituye un contrato-realidad en la que coexisten dos relaciones contractuales (civil y laboral) y una situación fáctica (subordinación). En tal sentido, la intermediación laboral solo podría considerarse como válida si cumple con los requisitos formales y su existencia material en el plano de los hechos.

SEGUNDA.- La Ley N° 27626 y el Decreto Supremo N° 003-2002-TR únicamente desarrollan a la intermediación laboral desde su aspecto formal, sin embargo éstas no se pronuncian acerca de su aspecto material advertido en la realidad de los hechos.

TERCERA.- Según la realidad administrativa de la Gerencia Regional de Trabajo durante el periodo 2011-2013, son pocos los trabajadores destacados vía intermediación laboral que interponen denuncia inspectiva, siendo estas denuncias mayoritariamente bilaterales al encontrarse dirigidas únicamente contra la Entidad Intermediadora (Empleador formal) pero no contra la Empresa Usuaria. Esta situación sería la causa del porqué son pocos los casos que llegan a la vía Judicial.

CUARTA.- Según la realidad judicial de la Corte Superior de Justicia de Arequipa durante el periodo 2011-2013, los procesos laborales resueltos (10 procesos) han sido desestimados en su totalidad (pretensiones sobre desnaturalización de la intermediación laboral), por cuanto el análisis ha sido enfocado sobre los supuestos formales de infracción a la intermediación laboral y no sobre el aspecto material de la realidad contractual trilateral.

QUINTA.- Fuera del periodo 2011-2013, existen pronunciamientos judiciales y/o del Tribunal Constitucional en los que aplicando el principio de primacía de la realidad se han declarado fundadas demandas sobre desnaturalización de la intermediación laboral al advertir supuestos de simulación y fraude contractual; por tal sentido, se verifica con ello que es posible obtener decisiones judiciales basadas en dichas causales como supuestos de desnaturalización a la intermediación laboral.

SEXTA.- Actualmente, la forma de verificar el aspecto material de la intermediación laboral es mediante la aplicación del principio de primacía de la realidad al no existir una norma expresa que regule a la simulación y fraude contractual como causales de desnaturalización a la intermediación laboral. Sin embargo, la mera invocación al principio de primacía de la realidad resulta insuficiente, puesto que en sede administrativa se sigue verificando únicamente el aspecto formal de la contratación derivada de la intermediación laboral (supuestos de infracción), lo que ha ocasionado que sean pocos los procesos judiciales en los que se discuten pretensiones de desnaturalización de la intermediación laboral.

SÉPTIMA.- Por lo tanto, LA HIPOTESIS PLANTEADA HA SIDO DEMOSTRADA dado que al cotejar la normativa legal vigente con las realidades administrativas y judiciales sobre la materia, se ha podido verificar que existe una manifiesta necesidad de contar en nuestro ordenamiento legal con la simulación y fraude contractual como expresas causales de desnaturalización de la intermediación laboral, lo que sólo se lograría mediante la modificación del artículo 14° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR incorporándose a las causales de simulación y fraude contractual como expresas causales de desnaturalización de la intermediación laboral.

RECOMENDACIONES

PRIMERA.- Se recomienda a la Autoridad Administrativa de Trabajo que cumpla con el desempeño efectivo de sus funciones inspectivas, dedicándose ya no solo al simple registro o verificación formal de la intermediación laboral, sino que además verifique el aspecto material de las relaciones laborales derivadas de esta intermediación.

SEGUNDA.- Se recomienda a la Autoridad Administrativa de Trabajo que en todas las inspecciones que versen sobre intermediación laboral, se emplace no solamente a la Entidad Intermediadora sino también a la Empresa Usuaria, ello a fin de verificar efectivamente la realidad material de dicha contratación.

TERCERA.- Se recomienda al Poder Legislativo que modifique el artículo 14° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR de tal forma que se incorpore como expresas causales de desnaturalización de la intermediación laboral a la simulación y fraude contractual. Se adjunta propuesta de Proyecto de Ley

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 14° DEL DECRETO SUPREMO N° 003-2002-TR INCORPORANDO A LA SIMULACIÓN Y FRAUDE CONTRACTUAL COMO CAUSALES DE DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL.

Exposición de Motivos

1. Se viene observando que en la actualidad resultan siendo pocos los casos y/o procesos en los que, sea en sede administrativa del Ministerio de Trabajo o sea en sede jurisdiccional del Poder Judicial, se declaren fundadas las pretensiones que versen sobre la desnaturalización de la intermediación laboral.
2. Revisada la Ley N° 27626 así como su reglamento Decreto Supremo N° 003-2002-TR, se observa que la desnaturalización de la intermediación laboral procede principalmente de la verificación y/o comprobación de los supuestos de infracción descritos en el artículo 14° de dicho reglamento.
3. Ello significa entonces, que la intermediación laboral viene siendo analizada únicamente desde su aspecto formal, pese a que con la creciente globalización económica se han modificado y potenciado las relaciones empresariales, en las que se detectan supuestos materiales en los que se viene desconociendo efectivamente los derechos laborales de los trabajadores destacados.
4. Considerando a su vez que nuestro país reporta un alto índice de informalidad laboral, lo que supone que no son pocos los casos en los que los Empleadores han venido utilizando modalidades contractuales especiales con la finalidad de esconder verdaderas relaciones laborales indeterminadas y directas con sus trabajadores.
5. Por tal sentido, resulta necesario contar en nuestro ordenamiento laboral con la simulación y fraude contractual como expresas causales de desnaturalización de la

intermediación laboral a fin de complementar la regulación material que no se advierte actualmente en la Ley N° 27626 ni en su reglamento D.S. 003-2002-TR.

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 14° DEL DECRETO SUPREMO N° 003-2002-TR INCORPORANDO A LA SIMULACIÓN Y FRAUDE CONTRACTUAL COMO CAUSALES DE DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

ARTÍCULO ÚNICO.- Modificación

Modifíquese el artículo 14° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, el cual en adelante tendrá el siguiente texto:

“Artículo 14°.- Infracción a los supuestos de intermediación laboral

Sin perjuicio de lo expuesto en los Artículos 4 y 8 de la Ley, se considera desnaturalizada la intermediación laboral, y en consecuencia configurada una relación laboral directa con el trabajador y la empresa usuaria, cuando se produzcan cualesquiera de los siguientes supuestos:

- El exceso de los porcentajes limitativos establecidos para la intermediación de servicios temporales.
- La intermediación para servicios temporales distintos de los que pueden ser cubiertos por los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia, regulados en el Título II del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
- La intermediación para labores distintas de las reguladas en los Artículos 11 y 12 de la Ley.
- La reiterancia del incumplimiento regulada en el primer párrafo del Artículo 13 del presente reglamento. Se verifica la reiterancia cuando persiste el incumplimiento y se constata en la visita de reinspección o cuando se constata que en un procedimiento de inspección anterior la empresa usuaria realiza tal incumplimiento.

De igual forma, y sin perjuicio de lo expuesto en el artículo 3° de la Ley, se considera desnaturalizada la intermediación laboral y en consecuencia configurada una relación laboral directa con el trabajador y la empresa usuaria cuando:

- Se verifique la existencia de *SIMULACIÓN O FRAUDE CONTRACTUAL* en la intermediación laboral.

La verificación de los supuestos establecidos anteriormente son infracciones de tercer grado de la empresa usuaria y de la entidad, respectivamente.”

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.



BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ARCE ORTIZ, Elmer, *La subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*, Palestra Editores, Lima-2006.
- ARCE ORTIZ, Elmer, *Grupos de empresas y Derecho Laboral*, En: Ius Et Veritas N° 26 Jurista Editores, Lima-2003.
- ARCE ORTIZ, Elmer, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú – Desafíos y Deficiencias*, Primera Edición, Palestra Editores, Lima-2008.
- ARÉVALO VELA, Javier, *Derecho del Trabajo Individual*, Fondo Editorial de la Fundación Vicente Ugarte del Pino, Lima-2012.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *La Cláusula de Estado Social en la Constitución – Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales*, Primera Edición, Fondo Editorial PUCP, Lima-2011.
- BLANPAIN, Roger, *El Contrato de Trabajo de Duración Determinada*, en: Relaciones Laborales en el Mundo – 43 Estudios en Homenaje al Profesor Luis Aparicio Valdez, Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo, Editorial GRIJLEY, Lima-2008.
- BOREA ODRÍA, Alberto, *El Sistema Democrático Constitucional Peruano – En la Era de la Globalización y los Derechos Humanos*, Primera Edición, Gaceta Jurídica, Lima-2007.
- CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, *El Fraude y la Simulación en la Intermediación Laboral y la Tercerización*, Jurista Editores, Lima-2012.
- CHAVEZ NUÑEZ, Frida, CURAY MENDEZ, Frady, DE LAMA LAURA, Manuel, CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, MUNAYCO CHÁVEZ, Elias, QUIROZ ESLADO, Luis, *Jurisprudencia Laboral para el Abogado Litigante*, Soluciones Laborales, Gaceta Juridica, Lima-2011.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Descentralización Productiva y su Impacto Sobre las Relaciones Laborales*, Editorial GRIJLEY, Lima-2009.

- DE LAMA LAURA, Manuel, *Subcontratación, Grupos de Empresas y Transmisión de Empresas*, En: Jurisprudencia Laboral para el Abogado Litigante, Soluciones Laborales, Gaceta Jurídica, Lima-2011.
- DOLORIER TÓRRES, Javier, *Tratado Práctico de Derecho Laboral*, Tomos I y II, Primera Edición, Gaceta Jurídica, Lima-2010.
- FLORES ALANOCA, Jael, *Flexibilización del Derecho del Trabajo*, Primera Edición, MACIGRAFF, Tacna-2002.
- GÓMEZ VALDEZ, Francisco, *El Contrato de Trabajo*, Segunda Edición, Editorial San Marcos, Lima-2000.
- GÓMEZ VALDEZ, Francisco, *Derecho del Trabajo Relaciones Individuales de Trabajo*, Segunda Edición, Editorial San Marcos, Lima-2010.
- GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro y DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo, *Desnaturalización en las Relaciones Laborales: Situación de simulación y fraude en los contratos de trabajo, tercerización, formativas y otros*, Manual Operativo I Soluciones Laborales – Gaceta Jurídica, Lima – 2010.
- GUILLERMO MORALES, Carlos, *La Flexibilidad Revisitada: A 25 Años de las Reformas Laborales sobre Contratación Temporal*, En: Homenaje Aniversario de la SPDTSS, Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Lima-2013.
- MARTÍNEZ ISUIZA, Benjamín, *Manual Práctico Laboral*, Primera Edición, Entrelineas, Lima-2013.
- MONSALVE CUELLAR, Martha, *Flexibilidad y tercerización: Una realidad, causas y efectos*, En: Relaciones Laborales en el Mundo – 43 Estudios Homenaje al Profesor Luis Aparicio Valdez, Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo, Editorial GRIJLEY, Lima-2008.
- NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Fondo Editorial PUCP, Lima-2009.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *En Torno al Principio de Irrenunciabilidad*, En: Ius Et Veritas N° 31, Jurista Editores, Lima-2005.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Ética en las Relaciones Laborales*, En: Homenaje Aniversario de la SPDTSS, Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Lima-2013.

- PLA RODRÍGUEZ, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Tercera Edición, Depalma, Buenos Aires-1998.
- QUIROZ ESLADO, Luis, *Nuevas Formas de Contratación Laboral: intermediación, tercerización y teletrabajo*, Primera Edición, Gaceta Jurídica, Lima-2014.
- RASO DELGUE, Juan, *Outsourcing*, En: Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo, Fondo Cultural Universitaria, Montevideo-2000.
- RASO DELGUE, Juan, *La Contratación Atípica del Trabajo*, AMG Editorial, Uruguay – 2000.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo Teoría General I*, Segunda Edición, Editorial GRIJLEY, Lima – 2007.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *La Descentralización Productiva*, En: Los Principios del Derecho de Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez, Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y Seguridad Social, Lima-2004.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Derechos de la Persona y Libertad de Empresa en la Era del Equilibrio Flexible entre Principios Consttucionales*, En: Homenaje Aniversario de la SPDTSS, Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Lima-2013.
- SAMAME MORANTE, Víctor Raúl, Tesis: *La flexibilidad del derecho del trabajo*, UNMSM, Lima-Perú, 2005.
- TOLEDO TORIBIO, Omar. *La Tercerización Laboral*, Editorial GRIJLEY, Lima-2015.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *la Intermediación Laboral y sus Relaciones con la Tercerización*, En: Los Principios del Derecho de Trabajo en el Derecho Peruano, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Lima-2004.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Derecho Individual de Trabajo*, Gaceta Jurídica, Lima-2011.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima-2015.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones de Derecho Laboral*, Gaceta Jurídica, Lima-2005.

- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Resoluciones Judiciales e Irrenunciabilidad de Derechos*, En: II Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo, Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y Seguridad Social, Lima-2014.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, VINATEA RECOBA, Luis, *Guía Laboral*, Primera Edición, Soluciones Laborales, Gaceta Jurídica, Lima-2008.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, RODRÍGUEZ GARCÍA, Fernando, *Etapas, Derechos y Obligaciones en la Inspección Laboral*, Gaceta Jurídica, Lima-2009.
- UGAZ OLIVAREZ, Mauro, *La Subcontratación y su Repercusión en el Ejercicio de la Libertad de Sindicación*, En: Derecho Colectivo de Trabajo, Ius et Veritas, Jurista Editores, Lima-2010.
- VINATEA RECOBA, Luis, *Los Principios del Derecho del Trabajo y el Proceso Laboral*, En: Los Principios del Derecho de Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez, Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y Seguridad Social, Lima-2004.
- VALDERRAMA VALDERRAMA, Luis, *Sistema de Legislación Laboral 2015*, Primera Edición, Gaceta Jurídica, Lima-2015

JURISPRUDENCIA

- STC N° 06371-2008-PA/TC. Arequipa. Aleida Hobby Marín Meza.
- STC N° 00412-2011-PA/TC. Loreto. Erickson Arévalo Torres.
- STC N° 0008-2005-AI/TC. Pleno Jurisdiccional, Juan José Gorriti y 5000 ciudadanos.
- STC N° 06000-2009-PA/TC. Lima. Marcos Vera Castro.
- STC N° 01944-2002-AA/TC. Lambayeque. Eduardo Enrique Chinchay Puse.
- STC N° 02988-2009-PA/TC. Lima. Rosa Sofía Vergara Mejía.

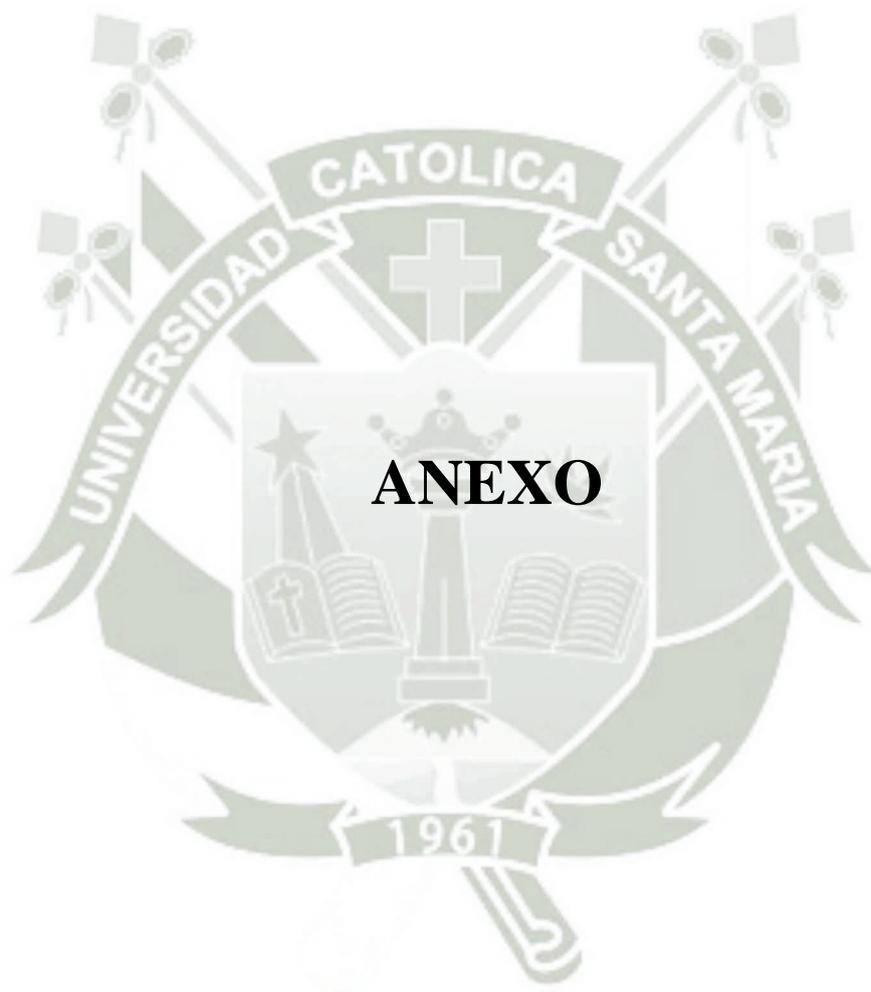
DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

- Cuaderno de Registro de Sentencias del Primer Juzgado de Trabajo de Arequipa.
- Cuaderno de Registro de Sentencias del Segundo Juzgado de Trabajo de Arequipa.

- Cuaderno de Registro de Sentencias del Juzgado de Trabajo de Cerro Colorado.
- Cuaderno de Registro de Sentencias del Primer Juzgado Mixto de Mariano Melgar.
- Cuaderno de Registro de Sentencias del Segundo Juzgado Mixto de Mariano Melgar.
- Cuaderno de Registro de Sentencias del Primer Juzgado Mixto de Paucarpata.
- Cuaderno de Registro de Sentencias del Segundo Juzgado Mixto de Paucarpata.
- Cuaderno de Registro de Sentencias del Juzgado Civil de Hunter.
- Cuaderno de Registro de Sentencias del Juzgado Mixto de El Pedregal.
- Cuaderno de Registro de Sentencias del Juzgado Civil de Islay.
- Cuaderno de Registro de Sentencias del Juzgado Mixto de Aplao.
- Cuaderno de Registro de Sentencias de Vista de la Sala Mixta e Itinerante de Camana.
- Cuaderno de Registro de Sentencias de Vista de la Primera Sala Laboral Permanente de Arequipa.

PÁGINAS WEB

- <http://lema.rae.es/drae/?val=desnaturalizar>
- http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument
- http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/anuario/ANUARIO_ESTADISTICO_2013.pdf
- http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/anuario/ANUARIO_ESTADISTICO_2011.pdf.
- http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/anuario/ANUARIO_ESTADISTICO_2011.pdf.
- http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/anuario/ANUARIO_ESTADISTICO_2012.pdf.
- <http://www.pj.gob.pe>
- <http://www.tc.gob.pe>



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA



ESCUELA DE POSTGRADO

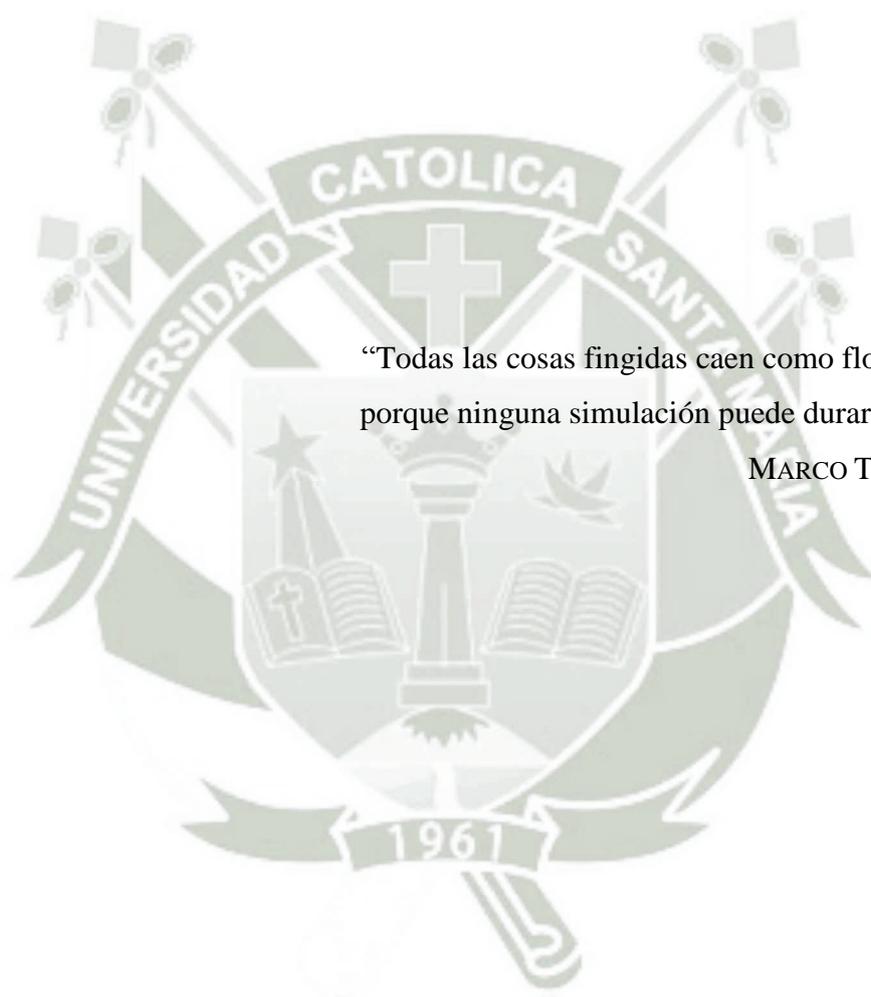
MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN:

*“LA SIMULACIÓN Y FRAUDE CONTRACTUAL COMO CAUSAL
DE DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL
EN AREQUIPA – PERIODO 2011 – 2013”*

Presentado por el maestrista
**MARLON HUMBERTO DE LA CRUZ
CARPIO** para obtener el grado
académico de Magister.

AREQUIPA – 2013



“Todas las cosas fingidas caen como flores marchitas,
porque ninguna simulación puede durar largo tiempo”

MARCO TULLIO CICERÓN

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|-------------|
| PREÁMBULO..... | 04 |
| II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO.-..... | 06 |
| 1. Problema de Investigación..... | 06 |
| 2. Descripción del Problema..... | 06 |
| Cuadro de Operacionalización de Variables..... | 09 |
| 3. Justificación..... | 10 |
| 4. Marco Conceptual – Conceptos Básicos..... | 13 |
| 5. Antecedentes Investigativos..... | 17 |
| 6. Objetivos..... | 18 |
| 7. Hipótesis..... | 19 |
| III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL.-..... | 20 |
| 1. Técnicas e Instrumentos..... | 20 |
| 2. Campo de Verificación..... | 21 |
| 3. Estrategia de Recolección de Datos..... | 22 |
| 4. Cronograma de Trabajo..... | 23 |
| 5. Recursos..... | 23 |
| 6. Bibliografía Básica..... | 25 |
| 7. Esquema del Contenido de la Tesis..... | 27 |
| ANEXOS..... | 28 |

PREÁMBULO

Hace un tiempo –en mi faceta de abogado litigante- tuve la ocasión de recibir en mi oficina a un grupo de trabajadores que solicitando mis servicios profesionales me planteaban un caso hasta ese momento novísimo para mi persona: la intermediación laboral.

Automáticamente recordé las leyes especiales que regulaban dicha institución laboral (Ley N° 27626 y Decreto Supremo N° 002-2003-TR, por mencionar solo algunas), motivo por el cual les explique cómo se configuraba esta relación tripartita (empresa intermediadora, empresa usuaria y trabajador destacado).

Evidentemente, era un tanto difícil poder explicarles a este grupo de personas que si bien la regla general hacía referencia a una relación bilateral, la intermediación laboral era un supuesto diferente en donde la persona aprehensible para ellos, la que les dictaba órdenes a cumplir, la que se veía beneficiada de su trabajo no era su empleador. A pesar de ello, estas personas seguían insistiendo en que jamás conocieron a dos sujetos distintos (empresa usuaria y empresa intermediadora) sino que desde siempre mantuvieron contacto y comunicación exclusiva y directa con un único empleador. En ese momento comprendí que dichas personas a lo que hacían referencia era a que la formalidad aprehensible de los documentos había traspasado la realidad. Comprendí que nos encontrábamos ante la simulación y fraude contractual.

Advertido ello, revise literalmente y minuciosamente la Ley N° 27626 y el Decreto Supremo N° 002-2003-TR así como demás normas conexas; empero, grande fue mi sorpresa cuando encontré que en todos sus articulados se regulaba a la intermediación laboral bajo la concepción de una existencia previamente formalizada no haciendo referencia alguna a la intermediación laboral inexistente por simulación y fraude que era precisamente el caso que se me planteaba.

En razón a ello, decidí realizar la presente investigación con el único objeto de verificar si dicha causal (simulación y fraude) había sido omitida por el legislador por error o por

convicción. Es decir, si esta causal contenía en sí misma la trascendencia e importancia como para requerir necesario el modificar parcialmente la actual regulación laboral en dicha materia.

De igual manera, la presente investigación posibilitará en el lector poder conocer de mucha mejor manera la realidad existente en la ciudad de Arequipa respecto de las relaciones trilateral sobre Intermediación Laboral, ello a efecto de comprender la flexibilización de las relaciones labores que desde el año 2002 hemos venido percibiendo en nuestro entorno regional, a manera de rasgo sintomático de una realidad nacional.



II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO.-

2.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:

*“LA SIMULACIÓN Y FRAUDE CONTRACTUAL COMO CAUSAL DE
DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN AREQUIPA –
PERIODO 2011 – 2013”*

2.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA:

2.2.1. ÁREA DE CONOCIMIENTO

- CAMPO : Ciencias Jurídicas
- ÁREA : Derecho del Trabajo
- LÍNEA : Derecho de Trabajo Individual

2.2.2. ANÁLISIS DE LAS VARIABLES

A) VARIABLE INDEPENDIENTE:

La simulación y el fraude contractual como causales de
desnaturalización laboral.

INDICADOR 1:

- ✓ El contrato de trabajo

SUBINDICADORES:

- Elementos
- Características
- Formalidad
- Regulación legal
- Regulación constitucional

INDICADOR 2:

- ✓ Desnaturalización del contrato de trabajo

SUBINDICADORES:

- Características
- Causales
- Consecuencias

INDICADOR 3:

- ✓ La simulación contractual

SUBINDICADORES:

- Definición doctrinaria
- Definición jurisprudencial
- Características
- Regulación legal

INDICADOR 4:

- ✓ El fraude contractual

SUBINDICADORES:

- Definición doctrinaria
- Definición jurisprudencial
- Características
- Regulación legal

INDICADOR 5:

- ✓ El principio de primacía de la realidad

SUBINDICADORES:

- Definición doctrinaria
- Definición jurisprudencial
- Características
- Rasgos indiciarios de laboralidad
- Uso y aplicación
- Consecuencias

B) VARIABLE DEPENDIENTE:

La Intermediación Laboral en Arequipa – Periodo 2011-2013.

INDICADOR 1:

- ✓ La intermediación laboral

SUBINDICADORES:

- Definición doctrinaria
- Definición jurisprudencial
- Elementos
- Características
- Regulación legal
- Derecho comparado

INDICADOR 2:

- ✓ Labor de la Gerencia Regional de Trabajo de Arequipa

SUBINDICADORES:

- Autorización de Empresas Intermediadoras
- Registro de contratos
- Inspecciones administrativas

INDICADOR 3:

- ✓ Jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

SUBINDICADORES:

- Casos planteados
- Fallos emitidos

| CUADRO DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES | | |
|---|---|---|
| VARIABLE | INDICADORES | SUBINDICADORES |
| Variable Independiente La simulación y el fraude contractual como causales de desnaturalización laboral | El contrato de trabajo | Elementos Características Formalidad Regulación legal Regulación constitucional |
| | Desnaturalización del contrato de trabajo | Características Causales Consecuencias |
| | La simulación contractual | Definición doctrinaria Definición jurisprudencial Características Regulación legal |
| | El fraude contractual | Definición doctrinaria Definición jurisprudencial Características Regulación legal |
| | El principio de primacía de la realidad | Definición doctrinaria Definición jurisprudencial Características Rasgos indiciarios de laboralidad Uso y aplicación Consecuencias |
| Variable Dependiente La Intermediación Laboral en Arequipa – Periodo 2011-2013 | La intermediación laboral | Definición doctrinaria Definición jurisprudencial Elementos Características Regulación legal Derecho comparado |
| | Labor de la Gerencia Regional de Trabajo de Arequipa | Autorización de Empresas Intermediadoras Registro de contratos Inspecciones administrativas |
| | Jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa | Casos planteados Fallos emitidos |

2.2.3. INTERROGANTES BÁSICAS

- ✓ ¿Cómo se ha aplicado la intermediación laboral en la ciudad de Arequipa durante los años 2011-2013?
- ✓ ¿Cómo se aplica el principio de primacía de la realidad en la intermediación laboral?
- ✓ ¿La simulación y el fraude contractual son causales de desnaturalización de la intermediación laboral?

2.2.4. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

- Por su **finalidad** se trata de una investigación aplicada.
- Por el **tiempo** se trata de una investigación longitudinal.
- Por el **nivel de profundización** se trata de una investigación explicativa.
- Por el **ámbito** se trata de una investigación documental y de campo.

2.3. JUSTIFICACIÓN

En fecha 09 de enero de 2002 entró en vigencia la Ley N° 27626 y con ella, ingresó en nuestro ordenamiento legal laboral la institución de la Intermediación Laboral. A través de esta institución, se empezó a regular una relación tripartita conformada ya no solo de la tradicional relación binaria empleador-trabajador, sino que ahora entraba a dicha relación un tercer sujeto: la empresa usuaria.

Es así que desde dicha fecha, la intermediación laboral posibilitó la flexibilización de las relaciones laborales en el Perú, toda vez que el sector empresarial prefería suscribir sendas locaciones de servicios con las empresas intermediadoras o con las cooperativas de trabajadores, a fin de contar con la mano de obra que sea de su requerimiento, sin encontrarse

vinculada laboralmente con dichos trabajadores. Más aún, la institución de la intermediación laboral –a diferencia de la tercerización- le permitía a éstos inclusive el poder hacer uso del poder de subordinación, sin que por ello tampoco se encontrasen vinculados con dicho personal.

Para regular la intermediación laboral, nuestro ordenamiento legal laboral impuso distintas formalidades aplicables a la manera como estas relaciones deberían de aplicarse. Para ello, emitió –entre otros- el Decreto Supremo N° 003-2002-TR de fecha 28 de abril de 2002, el cual concordado con la Ley N° 27626 determinaba la exigencia de un registro y aprobación de funcionamiento de la empresa intermediadora o de la cooperativa de trabajadores ante el Ministerio de Trabajo, el no exceso de porcentajes, el registro del contrato de locación de servicios entre la empresa usuaria y la entidad intermediadora, entre otros.

Ahora bien, en lo que corresponde a la desnaturalización de esta relación tripartita, se señaló que las labores no podían implicar la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria (artículo 3° de la Ley N° 27626), se enumeraron los supuestos de infracción a la intermediación laboral (artículo 14° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR) y se exigió la constatación de estas infracciones ante la Autoridad Administrativa de Trabajo como requisito previo para acudir a la vía judicial (artículo 4° de Ley N° 27626), etc.

Entre estas causales no se incluyó expresamente a la simulación y/o fraude en la contratación como causal de desnaturalización de la relación laboral, puesto que **las infracciones descritas anteriormente partían de la premisa que efectivamente dicha relación tripartita operaba y/o existía en la realidad** solo que éstas no habría cumplido con alguna de las formalidades exigidas.

Sin embargo, dicha causal merecía su regulación por parte del legislador porque en la realidad se observan intermediaciones laborales en las que el trabajador destacado únicamente conoció a la empresa usuaria y jamás a la empresa intermediadora, puesto que esta última únicamente era la ficción y/o pretexto de la que se valía su verdadero empleador (supuesta empresa usuaria) para tener un trabajador con el que no se vincule laboralmente, pero del que pueda verse beneficiado con su trabajo. En esta ficción, el verdadero empleador (empresa usuaria) se encargaba de crear una empresa intermediadora que cumpliera con todas las formalidades exigidas en la Ley, “obligando” al supuesto trabajador destacado a suscribir cuanto documento se necesite para darle precisamente esta apariencia formal de intermediación laboral.

En la actualidad, si un trabajador que supuestamente habría formado parte de una intermediación laboral, recurriese al Poder Judicial para solicitar la desnaturalización de dicha contratación, se le exigirá que acredite y precise el supuesto de infracción descrito legalmente así como la comprobación de dicha infracción ante la Autoridad Administrativa de Trabajo; sin embargo, si esta intermediación laboral es simulada y/o fraudulenta entonces este trabajador no podría encuadrar su pretensión a ninguna de estas infracciones, puesto que la intermediación laboral como tal jamás existió.

Es por ese motivo, que considero **necesario** analizar este supuesto de desnaturalización a fin de determinar si efectivamente la causal invocada puede ser aplicada en las relaciones tripartitas de intermediación laboral, siendo este el fundamento por el cual se propone este tema de investigación.

El tema de investigación propuesto además es **novedoso** porque pese a que la intermediación laboral es una institución que ya viene siendo utilizada desde hace aproximadamente diez años, no ha merecido una mayor

atención por parte de la Doctrina y/o Legislación. En ese sentido, la presente investigación permitirá un estudio dirigido a profundizar esta institución bajo la óptica de su existencia en la realidad, estudio que permitiría suplir los vacíos legales antes advertidos.

Inclusive, revisando el Proyecto de Ley General de Trabajo que se encuentra para ser puesto en agenda de debate del Congreso de la República, desde el artículo 52° al 74° desarrolla el capítulo denominado *Prestación de Servicios con Intervención de Terceros*, siendo la intermediación laboral desarrollada bajo la denominación de *Empresa de Servicios Temporales*. En este Proyecto de Ley tampoco se desarrolla conjuntamente la causal de simulación y/o fraude, puesto que únicamente en su artículo 71° se invoca como causal de desnaturalización la existencia de fraude (no de simulación) o el no cumplimiento de los requisitos formales, lo que amerita la procedencia de la investigación propuesta a fin de complementar los vacíos advertidos.

2.4. MARCO CONCEPTUAL: CONCEPTOS BÁSICOS

2.4.1. *Contrato de Trabajo:* Es un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de aménidad (servicios subordinados prestados para otra persona). El acuerdo podrá ser verbal o escrito, expreso o tácito, reconocido o simulado por las partes.¹¹⁷

2.4.2. *Elementos del Contrato de Trabajo:* El artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-97-TR establece que “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”. Asimismo, precisa que toda relación laboral o contrato de trabajo se configura

¹¹⁷ Toyama Miyagusuku, Jorge. *Derecho Individual de Trabajo*. Primera Edición. Gaceta Jurídica. Lima-2011. Pág. 35.

al concurrir y comprobarse la existencia de tres elementos esenciales: (i) la prestación personal por parte del trabajador; (ii) la remuneración y (iii) la subordinación frente al empleador; siendo este último el **elemento determinante, característico y diferenciador del contrato de trabajo** frente al contrato de locación de servicios.¹¹⁸

2.4.3. Intermediación Laboral: La intermediación laboral puede ser definida como la provisión de trabajadores de una entidad que es el empleador (empresas de servicios especiales o cooperativas de trabajadores) para que estos presten servicios bajo la dirección de un tercero (empresa usuaria). Entonces, se aprecian relaciones triangulares, pro las cuales se romper la tradicional relación directa y bilateral entre quien emite las órdenes (empleador) y aquellos que deben cumplirla (trabajadores): en medio de ambos, aparece el empleador formal que será la entidad de intermediación laboral.

La intermediación laboral importa la configuración de tres relaciones: a) de carácter civil, entre la entidad intermediadora y la usuaria, para la prestación de servicios; b) de naturaleza laboral o asociativo-laboral entre los trabajadores o socios trabajadores – estos últimos, pese a su calificación de trabajadores autónomos por las normas del sistema cooperativo, tienen derechos laborales- y las empresas de servicios especiales o cooperativas de trabajadores, respectivamente; y c) de sujeción laboral, entre la empresa usuaria y el trabajador o socio-trabajador destacado.¹¹⁹

La intermediación laboral consiste en la prestación de provisión de trabajadores de acuerdo a las necesidades de la empresa,

¹¹⁸ Definición emitida por el Tribunal Constitucional, citando en esta oportunidad la emitida en el Fundamento 6 de la Sentencia contenida en el Expediente N° 00016-2010-AA/TC Lima. Alejandro Trinidad Cárdenas. De fecha 18 de agosto de 2010.

¹¹⁹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *La Intermediación Laboral: Regulación y sus Relaciones con la Tercerización*. En “*Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano – Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*”. Grijley. Lima-2009. Págs. 509-510.

específicamente para labores temporales, complementarias o altamente especializadas. La intermediación laboral en la mayoría de casos entraña el destaque de personal en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria.¹²⁰

2.4.4. Principio Protector: Según este principio dentro de toda relación laboral se presume que el trabajador es la parte de la misma frente a su empleador, por lo que es necesario que la Ley acuda en su amparo para evitar abusos en su contra.

Este principio deja de lado la igualdad formal de las partes, presentes en los contratos civiles o mercantiles, para considerar al trabajador en clara desventaja económica y social frente a su empleador, motivo por el cual la Ley debe acudir en su ayuda a través de la desigualdad jurídica, que le permita de alguna manera equilibrar las desigualdades provenientes de la realidad.¹²¹

2.4.5. Principio de Primacía de la Realidad: Este principio significa que en el caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.¹²²

En caso de discordancia entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados.¹²³

2.4.6. Simulación: Consiste, de parte del autor o autores de un acto jurídico, en esconder al público la realidad, la naturaleza, los

¹²⁰ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *El Fraude y la Simulación en la Intermediación Laboral y la Tercerización*. Jurista Editores. Lima-2012. Pág. 99.

¹²¹ Arevalo Vela, Javier. *Derecho de Trabajo Individual*. Fondo Editorial de la Fundación Vicente Ugarte del Pino. Lima-2012. Págs. 56-57.

¹²² PLA RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Tercera Edición. Depalma. Argentina-1998. Pág. 184.

¹²³ Numeral 2 del artículo 2º de la Ley General de Inspección del Trabajo.

participantes, el beneficiario o las modalidades de la operación realizada.¹²⁴

La simulación supone una divergencia consciente entre la declaración y la voluntad, llevada a cabo mediante acuerdo entre las partes de un negocio, con propósito de engaño a terceros, persiguiendo un fin lícito o ilícito.¹²⁵

2.4.7. Fraude: Con significado más jurídico, fraude es tanto como eludir con perjuicio de terceros o desconocimiento del derecho ajeno una disposición legal o las cláusulas de un convenio.¹²⁶

Por el Fraude a la ley se pretende dar indebida cobertura legal a un supuesto toda vez que la norma aplicable al caso es otra. Se busca así beneficiarse de los efectos de una ley cuya aplicación no correspondería. De advertirse esta situación irregular, la ley defraudada surtirá sus efectos.¹²⁷

2.5. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS:

De la revisión de las bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María, así como de la Universidad Nacional de San Agustín pregrado y postgrado, **NO** se ha encontrado ninguna tesis que contenga antecedente investigativo similar al propuesto.

¹²⁴ JOSSE RAND, L. *Los Móviles en los Actos Jurídicos de Derecho privado*. Volumen XVI. José M. Cajica Jr. Puebla 1946. Pág. 343.

¹²⁵ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición. Lima-2009. Pág. 43

¹²⁶ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Tomo II. Ediciones ARAYU. Argentina-1953. Pág. 223.

¹²⁷ GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro y DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *Desnaturalización en las relaciones Laborales*. Manual Operativo 1 Soluciones Laborales. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima-2010. Pág. 20.

De la revisión de las Bibliotecas Privadas Especializadas en Derecho se han encontrado las siguientes publicaciones:

- CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *El Fraude y la Simulación en la Intermediación Laboral y la Tercerización*. Primera Edición. Jurista Editores. Lima – 2012.
- GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro y DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *Desnaturalización en las Relaciones Laborales: Tercerización, Intermediación, Modalidades Formativas y Otros*. Manual Operativo 1 Soluciones Laborales. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima-2010.

Sin embargo, de la revisión de ambos libros se ha verificado que propiamente no han desarrollado a la simulación y fraude como causales de desnaturalización de la intermediación laboral, por cuanto dichos autores se han limitado únicamente a desarrollar los supuestos de infracción que ya se encontraban descritos en la Ley N° 29497 y Decreto Supremo 003-2002-TR; empero como se señaló en la justificación de la presente investigación, consideramos que éstos parten de la premisa de tener cuando menos una intermediación laboral válida formalmente, lo que no ocurre en la investigación propuesta en la que propiamente la intermediación laboral no se ha configurado ni siquiera como tal.

Por último, de la búsqueda en repositorios de tesis en internet **NO** se ha encontrado tesis relacionadas a la investigación propuesta.

2.6. OBJETIVOS:

2.6.1. GENÉRICOS:

Determinar si la simulación y fraude contractual son causales de desnaturalización de la intermediación laboral.

2.6.2. ESPECÍFICOS:

- Describir la forma como se ha aplicado la intermediación laboral en la ciudad de Arequipa durante los años 2011-2013.
- Identificar los supuestos-facticos-tipo que se presentan en las inspecciones laborales sobre desnaturalización de la intermediación laboral tramitadas ante la Gerencia Regional de Trabajo de Arequipa durante los años 2011-2013.
- Describir los criterios jurisprudenciales seguidos por la Corte Superior de Justicia de Arequipa en la resolución de pretensiones referidas a la desnaturalización de intermediación laboral durante los años 2011-2013.
- Identificar los supuestos-facticos-tipo que se presentan en las pretensiones judiciales sobre desnaturalización de la intermediación laboral formuladas ante la Corte Superior de Justicia de Arequipa durante los años 2011-2013.

2.7. HIPÓTESIS.-

PRINCIPIOS: Teniendo en cuenta que

- La intermediación laboral es una especialísima forma de contratación en la que el elemento subordinación (principal rasgo de laboralidad) es emitido por sujeto distinto (empresa usuaria) del verdadero empleador (empresa intermediadora).
- El cumplimiento formal de los requisitos legales exigidos para la configuración de una intermediación laboral no necesariamente implicaría su validez material en el plano real de los hechos.
- La intermediación laboral constituye un medio de flexibilización de las relaciones laborales, lo que podría ocasionar un abuse y

distorsión de esta especial contratación para esconder verdaderas relaciones laborales ordinarias.

- Nuestro ordenamiento legal laboral vigente desarrolla la desnaturalización de la intermediación laboral partiendo de la premisa que ésta cuando menos es válida formalmente, empero se aprecian en la realidad la existencia de supuestos-facticos-tipo que denotarían una invalidez material.

PLANTEAMIENTO HIPOTÉTICO: Es Probable que:

Se requiera incorporar en nuestro ordenamiento legal vigente a la simulación y fraude contractual como causales de desnaturalización de la intermediación laboral.

III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL.-

3.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:

- 3.1.1. Variable Independiente: La simulación y el fraude contractual como causales de desnaturalización laboral.

| CUADRO DE SISTEMATIZACIÓN DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS | | | |
|--|---|------------------------|---|
| INDICADORES | SUBINDICADORES | TÉCNICAS | INSTRUMENTOS |
| El contrato de trabajo | Elementos Características Formalidad Regulación legal Regulación constitucional | Observación documental | Ficha Bibliográfica Ficha Documental |
| Desnaturalización del contrato de trabajo | Características Causales Consecuencias | Observación documental | Ficha Bibliográfica Ficha Documental |
| La simulación contractual | Definición doctrinaria Definición jurisprudencial Características Regulación legal | Observación documental | Ficha Bibliográfica Ficha Documental |

| | | | |
|---|---|------------------------|---|
| El fraude contractual | Definición doctrinaria Definición jurisprudencial Características Regulación legal | Observación documental | Ficha Bibliográfica Ficha Documental |
| El principio de primacía de la realidad | Definición doctrinaria Definición jurisprudencial Características Rasgos indiciarios de laboralidad Uso y aplicación Consecuencias | Observación documental | Ficha Bibliográfica Ficha Documental |

3.1.2. Variable Dependiente: La Intermediación laboral en Arequipa – Periodo 2011 a 2013.

| INDICADORES | SUBINDICADORES | TÉCNICAS | INSTRUMENTOS |
|---|---|--|---|
| La intermediación laboral | Definición doctrinaria Definición jurisprudencial Elementos Características Regulación legal Derecho comparado | Observación documental | Ficha Bibliográfica Ficha Documental |
| Labor de la Gerencia Regional de Trabajo de Arequipa | Autorización de Empresas Intermediadoras Registro de contratos Inspecciones administrativas | Observación documental | Ficha Documental |
| | | Entrevista (dirigida a Inspectores de la GRTPE) | Cédula de Entrevista |
| Jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa | Casos planteados Fallos emitidos | Observación Documental | Ficha Jurisprudencial |
| | | Entrevista (dirigida a los Vocales de la Sala Laboral Permanente de la CSJA) | Cédula de Entrevista |

3.2. CAMPO DE VERIFICACIÓN:

| | | |
|---|---|--|
| Ubicación Espacial de la Investigación | : | Región Arequipa Distrito Judicial de Arequipa |
| Ubicación Temporal de la Investigación | : | Enero 2011 a Diciembre 2013 |
| Universo | : | 24 Regiones Políticas en el Perú 29 Distritos Judiciales en el Perú |
| Muestra | : | Región Arequipa <ul style="list-style-type: none"> ▪ 10 Inspectores de Trabajo de la GRTPE Arequipa ▪ 01 Archivo Documentario – Sede Central ▪ 03 Archivos Documentario – Zonas Desconcentradas (Pedregal, Mollendo, Camaná) Distrito Judicial de Arequipa <ul style="list-style-type: none"> ▪ 03 Vocales de la Sala Laboral Permanente ▪ 01 Archivo Modular NLPT – Sede Central ▪ 03 Archivos Modulares – Distritales (Hunter, Paucarpata, Mariano Melgar) ▪ 03 Archivos Mixtos – Provinciales (Pedregal, Camaná, Mollendo) ▪ 01 Archivo Central |

3.3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

Por la especialidad de la investigación, se ha decidido que la recolección de campo corra a cargo del propio investigador y de un Asistente-Bachiller en Derecho.

| RESPONSABLE | LABOR | DONDE | RECURSO |
|---------------------------------|--|--|---------------------|
| Investigador | Revisión Bibliográfica | Bibliotecas Especializadas | Ficha Bibliográfica |
| Investigador y Asistente | Revisión de Archivo Documentario GRTPE Arequipa | Área de Inspección de Trabajo, Seguridad y Salud | Ficha Documental |
| Asistente | Revisión de Archivos Documentarios – Zonas Desconcentradas GRTPE | Pedregal Mollendo Camana | Ficha Documental |

| | | | |
|---------------------------------|--|-------------------------------------|-----------------------|
| | Arequipa | | |
| Investigador | Revisión de Archivo Modular NLPT | CSJAR – Sede Central | Ficha Jurisprudencial |
| Asistente | Revisión de Archivo Modular Distrital | Hunter Mariano Melgar Paucarpata | Ficha Jurisprudencial |
| Asistente | Revisión de Archivos Mixtos Provinciales | Pedregal Camana Mollendo | Ficha Jurisprudencial |
| Investigador y Asistente | Revisión de Archivo Central | CSJAR – Sede Central | Ficha Jurisprudencial |
| Investigador | Entrevista a Inspectores GRTPE | Sede Central y Zonas Desconcertadas | Cédula de Entrevista |
| Investigador | Entrevista a Vocales Superiores de la CJSA | Sala Laboral Permanente | Cédula de Entrevista |

3.4. CRONOGRAMA DE TRABAJO:

| ACTIVIDADES | 2013 | | 2014 | | | | | | | |
|--|------|------|------|------|------|------|-----|------|------|-----|
| | NOV | DIC | ENE | FEB | MAR | ABR | MAY | JUN | JUL | AGO |
| Aprobación del Proyecto de Investigación | xx | | | | | | | | | |
| Investigación Bibliográfica | xx | xxxx | | | | | | | | |
| Recolección de Información Documental | | | xxxx | xxxx | xxxx | xxxx | | | | |
| Análisis Integral de Información | | | | | | | xx | | | |
| Redacción de Informe de Tesis | | | | | | | xx | xxxx | xxxx | |
| Aprobación de Asesor / Correcciones | | | | | | | | | | xx |
| Presentación y Sustentación | | | | | | | | | | xx |

3.5. RECURSOS:

3.5.1. Recursos Humanos: Para realizar la presente investigación, se considera las participaciones necesarias de dos personas: el propio

investigador y un asistente bachiller en Derecho, este último quien sólo será requerido para la recolección de información.

| RECURSOS HUMANOS | | |
|-----------------------|---|-----------------------------------|
| Investigadores | : | 01 Investigador |
| Asistentes | : | 01 Asistente Bachiller en Derecho |

3.5.2. Recursos Materiales: Para la elaboración de la investigación planteada, se han considerado necesarios contar con los siguientes recursos materiales:

| RECURSOS MATERIALES | |
|---|-------------------|
| Detalle | Cantidad Estimada |
| LAP TOP con Procesador Intel Core i3 y Windows 7 | 02 |
| Impresora Laser Samsung Multifuncional | 01 |
| Cartucho de Toner Color Negro | 01 |
| Útiles de Escritorio (lápices, lapiceros, resaltadores, borradores, reglas, etc.) | NN |
| Millar Papel Bond 75 gramos | 02 |
| Servicio Internet - Horas | 30 |
| Servicio de Movilidad | NN |
| Servicio de Fotocopiado (por cara) | 1000 |
| Servicio de Anillado para Revisión de Asesor | 02 |
| Servicio de Empastado de Tesis | 02 |

3.5.3. Recursos Económicos: La elaboración de la investigación planteada, se ha calculado estimando un presupuesto necesario ascendente a la suma de **S/. 1,600.00 (Mil Seiscientos con 00/100 Nuevos Soles)** conforme al siguiente detalle:

| PRESUPUESTO | | | |
|---|--|-----------------|------------|
| Detalle | Cantidad Estimada | Precio Unitario | Costo |
| Recursos Humanos (estipendio para investigador) | Ninguno, por ser dicho trabajo propio del investigador | | |
| Recursos Humanos (estipendio para asistente) | 02 | S/. 350.00 | S/. 700.00 |

| | | | |
|--|---|-----------|---------------------|
| LAP TOP con Procesador Intel Core i3 y Windows 7 | Ninguno, por ser recursos con los que ya cuenta el investigador | | |
| Impresora Laser Samsung Multifuncional | | | |
| Cartucho de Toner color Negro | 01 | S/. 80.00 | S/. 80.00 |
| Útiles de Escritorio | NN | NN | S/. 50.00 |
| Millar Papel Bond 75 gramos | 02 | S/. 25.00 | S/. 50.00 |
| Servicio Internet - Horas | 30 | S/. 1.00 | S/. 30.00 |
| Servicio de Fotocopiado | 1000 | S/. 0.10 | S/. 100.00 |
| Movilidades Varias | NN | NN | S/. 300.00 |
| Servicio de Anillado – Borrador de Tesis | 02 | S/. 10.00 | S/. 20.00 |
| Servicio de Empastado – Tesis Final | 04 | S/. 25.00 | S/. 100.00 |
| Otros | NN | NN | S/. 120.00 |
| PRESUPUESTO TOTAL | | | S/. 1,600.00 |

La presente investigación será financiada integral y directamente por el propio investigador.

3.6. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

- NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial PUCP. Lima 2009.
- DOLORIER TORRES, Javier. *Tratado Práctico de Derecho Laboral Tomo I y II*. Gaceta Jurídica. Lima 2010.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo*. Segunda Edición. Grijley. Lima 2007.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y VINATEA RECOBA, Luis. *Guía Laboral*. Gaceta Jurídica. Lima 2010.
- MARTÍNEZ ISUIZA, Benjamin. *Manual Práctico Laboral*. Entrelíneas. Lima 2013.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho Individual del Trabajo*. Gaceta Jurídica. Lima 2011.
- ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú - Desafíos y Deficiencias*. Palestra Editores. Lima 2009.
- ARÉVALO VELA, Javier. *Derecho del Trabajo Individual*. Fondo Editorial de la Fundación Vicente Ugarte del Pino. Lima 2012.

- GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho del Trabajo - Relaciones Individuales de Trabajo*. Editorial San Marcos. Lima 2010.
- GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro. *Modalidades de Contratación Laboral*. Gaceta Jurídica. Soluciones Laborales. Lima 2013.
- SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. *Los Principios del Derecho de Trabajo en el Derecho Peruano - Libro Homenaje al Profesor Américo Pla Rodríguez*. Grijley. Lima 2009.
- QUIROZ ESLADO, Luis y CHÁVEZ NÚÑEZ, Frida. *Infracciones Laborales ante Los Procedimientos de Inspección del Ministerio de Trabajo*. Gaceta Jurídica. Soluciones Laborales. Lima 2012.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y RODRÍGUEZ GARCÍA, Fernando. *Etapas, Derechos y Obligaciones en la Inspección Laboral*. Gaceta Jurídica. Lima 2009.
- GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro y DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *Desnaturalización en las Relaciones Laborales - Situaciones de Simulación y Fraude en los Contratos de Trabajo, Tercerización, Intermediación, Modalidades Formativas y Otros*. Gaceta Jurídica. Soluciones Laborales. Lima 2010.
- CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *El Fraude y la Simulación en la Intermediación Laboral y la Tercerización*. Jurista Editores. Lima 2012.
- http://www.ilo.org/santiago/sala-de-prensa/WCMS_181031/lang-es/index.htm
- <http://www.trabajoarequipa.gob.pe/>
- <http://www.mintra.gob.pe/mostrarContenido.php?id=824&tip=9>
- <http://temasdederecho.wordpress.com/2012/04/05/simulacion-del-contrato-de-trabajo/>
- http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/corte+superior+arequipa+pj/s_corte_superior_arequipa_utilitario/as_home/home_arequipa/

3.7. ESQUEMA DEL CONTENIDO DE LA TESIS:

INTRODUCCIÓN.-

RESUMEN.-

ABSTRACT.-

CAPITULO I: LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL PERÚ.-

1.1. Antecedentes:

1.2. Definición:

1.3. Elementos y Características:

1.4. Diferencias y Similitudes con las Relaciones Laborales Ordinarias:

1.5. Diferencias y Similitudes con la Tercerización Laboral:

1.6. Marco Legal:

CAPÍTULO II: DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL.-

2.1. ¿Supuestos de Infracción o causales de desnaturalización?

2.2. Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad:

2.3. El verdadero empleador:

CAPITULO III: PRESENCIA DE SIMULACIÓN Y FRAUDE CONTRACTUAL EN LAS INTERMEDIACIONES LABORALES DE LA CIUDAD DE AREQUIPA.-

3.1. Realidad Administrativa: Labor de la Gerencia Regional de Trabajo de Arequipa 2011-2013:

3.2. Realidad Judicial: Jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa 2011-2013:

3.3. Casuística advertida:

3.4. La simulación y fraude contractual como causales de desnaturalización de la intermediación laboral.

CONCLUSIONES.-

RECOMENDACIONES.-

BIBLIOGRAFÍA.-

ANEXOS

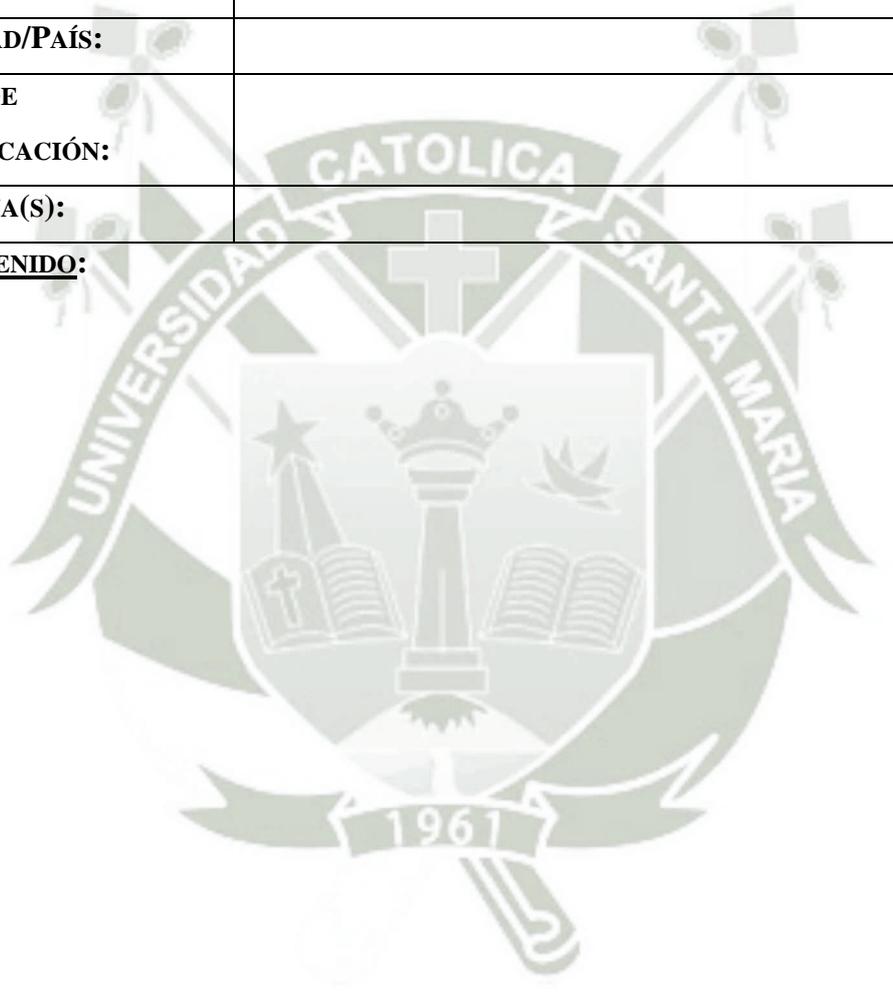


ANEXOS

ANEXO N° 01

FICHA BIBLIOGRAFICA

| | |
|--------------------------------|--|
| NOMBRE DE AUTOR: | |
| TÍTULO DE OBRA: | |
| EDICIÓN: | |
| EDITORIAL: | |
| CIUDAD/PAÍS: | |
| AÑO DE PUBLICACIÓN: | |
| PÁGINA(S): | |
| <u>CONTENIDO:</u> | |



ANEXO N° 02

FICHA DOCUMENTAL

| | |
|---------------------------|---|
| TIPO DE DOCUMENTO: | |
| NÚMERO: | |
| DEPENDENCIA: | |
| UBICACIÓN: | |
| PÁGINA(S): | |
| <u>CONTENIDO:</u> |  |

ANEXO N° 03

FICHA JURISPRUDENCIAL

| | |
|----------------------------|--|
| EXPEDIENTE N°: | |
| JUZGADO DE ORIGEN: | |
| JUEZ: | |
| ESPECIALISTA: | |
| DEMANDANTE: | |
| DEMANDADO: | |
| FECHA DE INICIO: | |
| FECHA DE TÉRMINO: | |
| TIPO DE PROCESO: | |
| NÚMERO DE FOLIOS: | |
| UBICACIÓN ACTUAL: | |
| <u>DESCRIPCIÓN:</u> | |

ANEXO N° 04

CÉDULA DE ENTREVISTA

Dirigida a Inspectores de la Gerencia Regional de Trabajo de Arequipa

| | |
|----------------------------------|-----------------------------------|
| CÉDULA N°: | |
| LUGAR: | |
| FECHA: | |
| NOMBRE DEL ENTREVISTADOR: | Marlon Humberto De la Cruz Carpio |
| NOMBRE DEL ENTREVISTADO: | |
| DURACIÓN DE ENTREVISTA: | |

OBJETIVOS:

- Conocer la forma como se ha aplicado la intermediación laboral en la ciudad de Arequipa durante los años 2011 a 2013.
- Conocer los supuestos-facticos-tipo que se presentan en las inspecciones laborales sobre intermediación laboral en la ciudad de Arequipa durante los años 2011 a 2013.

PREGUNTAS:

- ¿Durante cuánto tiempo ha venido desempeñándose en el cargo de Inspector Laboral de la GRTPE Arequipa?
- ¿Aproximadamente cuántas inspecciones laborales realiza al mes?
- De éstas ¿Aproximadamente cuántas versan sobre intermediación laboral?
- Siendo competencia de la GRTPE Arequipa el emitir las autorizaciones para que funcionen las Empresas Intermediadoras así como registrar los contratos de intermediación laboral suscritos ¿Durante el periodo 2011 a 2013 ha participado de alguna(s) inspección(es) sobre intermediación laboral, iniciada de oficio por la GRTPE?

- Además de los supuestos de infracción a la intermediación laboral ¿Su persona ha participado de alguna inspección laboral en la que se adviertan otros supuestos?
- ¿Durante el periodo 2011 a 2013 su persona ha participado de inspecciones en las que se adviertan que la empresa usuaria o la empresa intermediadora no existen por haber sido creadas simulada o fraudulentamente?
- En atención a su experiencia profesional ¿Considera que la simulación y fraude contractual deberían ser causales de desnaturalización de la intermediación laboral?



ANEXO N° 05

CÉDULA DE ENTREVISTA

**Dirigida a los Magistrados de la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de
Justicia de Arequipa**

| | |
|----------------------------------|-----------------------------------|
| CÉDULA N°: | |
| LUGAR: | |
| FECHA: | |
| NOMBRE DEL ENTREVISTADOR: | Marlon Humberto De la Cruz Carpio |
| NOMBRE DEL ENTREVISTADO: | |
| DURACIÓN DE ENTREVISTA: | |

OBJETIVOS:

- Conocer la forma como se ha aplicado la intermediación laboral en la ciudad de Arequipa durante los años 2011 a 2013.
- Conocer los supuestos-facticos-tipo que se presentan en las pretensiones judiciales sobre desnaturalización de la intermediación laboral.
- Conocer los criterios jurisprudenciales emitidos respecto de pretensiones referidas a la desnaturalización de la intermediación laboral.

PREGUNTAS:

- ¿Durante cuánto tiempo se ha venido desempeñando como Vocal de la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa?
- ¿Aproximadamente cuántos procesos laborales conoce al mes?
- De estos procesos laborales ¿Aproximadamente cuántos versan sobre desnaturalización de la intermediación laboral?

- Además de los supuestos de infracción a la intermediación laboral ¿Su persona ha tenido conocimiento de alguna pretensión judicial en la que se adviertan otros diferentes supuestos?
- ¿Durante el periodo 2011 a 2013 su persona ha conocido de algún proceso judicial en el que se advierta que la empresa usuaria o la empresa intermediadora son existentes por haber sido creadas simulada o fraudulentamente?
- En atención a su experiencia profesional ¿Considera que la simulación y fraude contractual deberían ser causales de desnaturalización de la intermediación laboral?

