



**INFORME N° 023 -2012-MTPE/2/14**

**Para:** Sr. Luis Lizárraga Santa María  
Administración de Servicios Complementarios - ADSERCO

**De:** Christian Sánchez Reyes  
Dirección General de Trabajo

**Fecha:** Jueves 10 de julio de 2012

**Asunto:** Consulta formulada por la empresa Administración de Servicios Complementarios S.A.C. sobre la fianza que debe constituirse para garantizar las obligaciones laborales en el ámbito de la contratación estatal de servicios

---

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted en relación con la consulta formulada por la empresa Administración de Servicios Complementarios S.A.C. sobre la constitución de la fianza establecida en el artículo 24° de la Ley N° 27626, «Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores». En concreto, la empresa plantea la interrogante acerca de si debe constituir una fianza que específicamente cumpla con garantizar las obligaciones laborales o si, en cambio, es suficiente constituir una fianza genérica, como la exigida en los procedimientos de contratación estatal a los postores.

La empresa argumenta que ella se encuentra excluida del ámbito subjetivo de la legislación sobre intermediación laboral al vincularse con una entidad del Estado.

Sobre el particular, informamos lo siguiente:

## I. ANTECEDENTES

El artículo 24° de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

«El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

El pago de remuneraciones y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

(...)

En el ámbito internacional, el artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", establece lo siguiente:

«Los estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;

(...)





El artículo 24° de la Ley N° 27626 impone a las empresas de servicios que, al suscribir contratos de intermediación laboral, deban «conceder una fianza, que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria». Asimismo, establece que «la fianza será regulada por la Autoridad Administrativa de Trabajo y en el Reglamento se establecerá los requisitos, plazos, porcentajes y mecanismos de ejecución y liberación de la garantía».

El artículo 25° de la misma Ley establece que «en caso de que la fianza otorgada por las entidades resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores destacados a las empresas usuarias, éstas serán solidariamente responsables del pago de tales adeudos por el tiempo de servicios laborado en la empresa usuaria».

Asimismo, el artículo 17° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, que Reglamenta la Ley N° 27626, establece que la empresa de servicios:

«[...] podrá elegir entre alguna de las siguientes clases de fianza para garantizar los derechos de sus trabajadores destacados y el cumplimiento de las obligaciones previsionales:

**a) Fianza a nombre del Ministerio**

Es la otorgada por una institución bancaria o financiera a nombre del Ministerio y a favor de los trabajadores destacados; su contenido se rige por lo establecido en el presente reglamento.

**b) Fianza a favor de la empresa usuaria**

Es otorgada para garantizar frente a la empresa usuaria el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales correspondientes a los trabajadores en ella destacados; su tipo, requisitos, plazo, porcentaje de cobertura, mecanismo de ejecución, liberación de la garantía y demás elementos se rigen por lo que pacten las partes.

Las clases de fianzas reguladas en los párrafos anteriores son excluyentes, por lo que la obligación se considera cumplida con la existencia de alguna de ellas».<sup>1</sup>

De otro lado, la primera disposición Final y Transitoria del Reglamento de la Ley N° 27626 establece que: «los organismos públicos se rigen específicamente por las normas especiales de presupuesto y las de contrataciones y adquisiciones del Estado, por lo que no resultan aplicables las disposiciones sobre fianza y solidaridad»

El artículo 39° del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, regula las garantías exigibles en los procedimientos donde empresas de servicios busquen que contratar con organismos públicos:

«[...]»

Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias y de realización automática en el país al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emitan, las mismas que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

<sup>1</sup> Subrayado agregado.



"Año de la integración nacional y del reconocimiento de nuestra diversidad"

En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer exclusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato y dentro del plazo máximo de tres (3) días. Toda demora generará responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y dará lugar al pago de intereses a favor de la Entidad [...].».

Finalmente, el artículo 158° del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que: «como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras (...).».

## II. ANÁLISIS

### 1. La naturaleza jurídica de la fianza de fiel cumplimiento y su inadecuación para garantizar los derechos laborales de los trabajadores de empresas de servicios que se vinculan con organismos públicos

La fianza de fiel cumplimiento —en adelante: FFC— es una de las condiciones generales de contratación pública que ha sido recogida en la legislación de contrataciones del Estado de nuestro país, como una garantía frente al riesgo de que se produzcan inejecuciones contractuales por parte de los privados que se vinculan con el Estado para prestarles servicios o brindarle bienes. Desde la perspectiva administrativista, estas condiciones tienen por objeto uniformizar los contenidos y ejecuciones de las contrataciones y adquisiciones estatales, permitiendo a los privados que contratan con la Administración conocer los derechos y obligaciones que ambas partes asumen al vincularse en una relación contractual.

Dado el carácter público de la función que desempeña el ente contratante, resulta de interés general que existan previsiones contractuales que aseguren que la prestación a que se obliga el contratista sea ejecutada en forma íntegra. En ese sentido, el otorgamiento de la FFC constituye una garantía de la ejecución del contrato en sus propios términos, cuya constitución corre a cargo del contratista y es otorgada por una entidad financiera a satisfacción del ente contratante.<sup>2</sup> En la legislación nacional pueden advertirse ciertas notas esenciales de la FFC (artículo 164° del Reglamento):

- *Cuantía*: equivalente al 10% del monto del contrato original
- *Vigencia*: desde la obtención de la buena pro hasta la conformidad con la prestación expresada por la usuaria
- *Ejecución*: la Entidad contratante se hace del monto de las garantías en forma automática, dentro de los supuestos previstos en la ley

Como puede advertirse, la FFC es un instrumento al servicio de la seguridad jurídica y su función específicamente ampara a la parte contratante —una entidad pública— frente a eventuales incumplimientos de la contratista en la ejecución de sus prestaciones. En otras palabras, supone una prestación forzosa, que corresponde

<sup>2</sup> BADELL, Rafael. *Contratos administrativos: condiciones generales de contratación*. Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2011. <<http://www.badellgrau.com/>>.



exclusivamente al contratista, quien debe adecuar los costos de su operación a esta exigencia legal. La contratante, en cambio, solo tiene la carga de verificar que la FFC constituida sea suficiente para proceder a la contratación pública. Así, la FFC se incorpora a la relación obligatoria existente entre la entidad estatal y la empresa prestadora de servicios que se ocupa de una de las actividades que la primera ha descentralizado mediante la intermediación laboral. En consecuencia, el monto garantizado brinda una cobertura a las vicisitudes que pudieran surgir en el contexto de dicha relación jurídica y que impidan el cumplimiento de las prestaciones específicas pactadas por las partes.

En este punto se hace evidente que la FFC no tiene por función el garantizar el cumplimiento de las obligaciones internas que la empresa de servicios pudiera mantener con acreedores ajenos al ente contratante. Entre dichos acreedores podría considerarse a los trabajadores de la contratista, quienes ponen su fuerza de trabajo disposición de la contratante con la cual su empleadora se vincule para que sus prestaciones laborales sean dirigidas y fiscalizadas por ella, manteniendo la empleadora la facultad disciplinaria.

## 2. La fianza laboral: tipos

Es en atención a las relaciones internas entre la empresa de servicios y sus trabajadores que encuentra fundamento jurídico la figura de la *fianza laboral*. Ella tiene por objeto brindar una adecuada protección al salario que deben percibir los trabajadores en los contextos de intermediación laboral. La doctrina ha destacado que la fianza bancaria en este caso se instituyó en nuestro país «a partir de una amplia experiencia en materia de defraudación de derechos a los trabajadores de empresas de servicios y cooperativas de trabajadores»,<sup>3</sup> pues «en la práctica es usual que los trabajadores intermediados sean trabajadores precarios; es decir, que no gocen efectivamente de todos los derechos y beneficios laborales que nuestra legislación les reconoce».<sup>4</sup>

Entonces, la fianza laboral es un mecanismo preventivo cuyo objetivo es establecer desde el inicio del *iter contractual* de la intermediación laboral que «el incumplimiento del pago de obligaciones laborales por la empresa de servicios deberá hacerse frente ejecutando la fianza otorgada por esa misma empresa y sólo en caso de que esta no cubra el monto del incumplimiento se podrá aplicar la responsabilidad solidaria».<sup>5</sup>

Existen dos tipos de fianza laboral, y cada una de ellas posee notas esenciales diferentes. Si el beneficiario de la misma es el MTPE se determinará el monto, plazo, la renovación, la devolución y forma de su ejecución, según lo regulado en los artículos 18° a 25° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR. Por otro lado, si la fianza se constituye a favor de la empresa usuaria todas estas condiciones son determinadas por la autonomía privada (pacto entre la empresa de servicios y la entidad financiera) pues la norma no ha regulado reglas específicas para estos casos.

<sup>3</sup> VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «La intermediación laboral peruana. Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico». En *La subcontratación laboral. Análisis y perspectivas*. Lima: Consejo Consultivo Laboral Andino, 2007. p. 72.

<sup>4</sup> BOZA PRÓ, Guillermo. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, pp. 62-63.

<sup>5</sup> ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Lima: Palestra Editores y Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006. pp. 66-67.



En lo que tiene que ver con la ejecución de la garantía, tanto la fianza laboral constituida a nombre del MTPE como la constituida a nombre de la empresa usuaria requieren que los trabajadores afectados por el incumplimiento dejen constancia del incumplimiento y luego interpongan un proceso judicial, pudiendo recién ejecutarse la garantía cuando exista una sentencia judicial firme. Dentro del esquema válido para el régimen de la actividad privada, solamente cuando la fianza laboral otorgada resultase insuficiente, se impone la responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria (contratante) y la empresa de servicios (contratista).

3. *El supuesto de organismos públicos involucrados en contratos de intermediación laboral*

Pues bien, el legislador nacional ha previsto que la responsabilidad por las deudas laborales que pudieran surgir en los contextos de intermediación no alcance a los organismos públicos bajo el mismo régimen que las empresas privadas. A ello responde la primera disposición final y transitoria del Reglamento de la Ley N° 27626 —Decreto Supremo N° 003-2002-TR— estableciéndose a favor de las primeras una exclusión con respecto a las disposiciones sobre fianza y solidaridad.

En virtud de la regla de excepción mencionada, el legislador peruano ha establecido tres mecanismos complementarios que tienden a procurar cierta protección de los derechos laborales de los trabajadores comprendidos en los procesos donde un organismo público se comporta como entidad usuaria de intermediación laboral:

- a. **Deber de previsión contractual** —por parte de los organismos públicos— al celebrar contratos de intermediación laboral con empresas de servicios. Este deber obliga a que las partes estipulen una cláusula resolutoria en caso la empresa de servicios incurra en incumplimiento de sus obligaciones laborales o previsionales durante la ejecución del contrato de intermediación laboral.
- b. **Deber de fiscalización** —por parte de los organismos públicos— del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que tienen las empresas de servicios que contraten para con sus propios trabajadores. En ese caso, la propia norma establece que la inspección de trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo puede prestar auxilio para que los organismos públicos puedan cumplir con tal obligación, cooperación que podría ser requerida directamente por la entidad usuaria. Debe recordarse que, de acuerdo con el inciso 4) del artículo 4° de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, las entidades, empresas o cooperativas de trabajadores que brinden servicios de intermediación laboral están incluidos dentro del ámbito de actuación de los inspectores de trabajo.
- c. **Deber efectivo de sanción** —por parte de los organismos públicos— cuando en el cumplimiento de su deber de fiscalización determinen que su contraparte contractual se encuentra en estado de incumplimiento con respecto a sus obligaciones laborales o previsionales como empleador.  
En este caso, la norma establece como sanción a la **resolución del contrato** con la empresa de servicios, medida que no es discrecional para el organismo público, sino que se presenta como una consecuencia jurídica necesariamente aplicable a los casos en que el supuesto de hecho (la verificación del incumplimiento laboral o previsional) sea detectado.

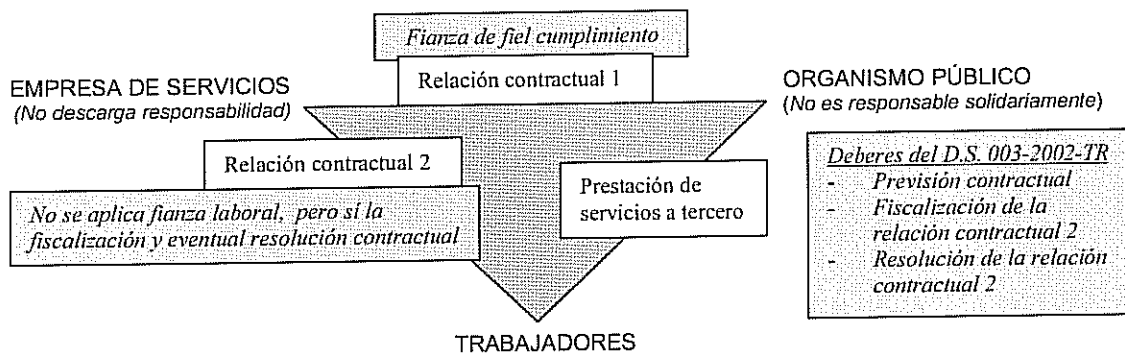




"Año de la integración nacional y del reconocimiento de nuestra diversidad"

Los tres mecanismos mencionados dan cuenta de que las empresas privadas de servicios, al vincularse con empresas públicas o entidades estatales que contratan sus servicios de intermediación laboral, no quedan —por el solo efecto de la exclusión que el legislador ha previsto en la primera disposición final y transitoria del Reglamento de la Ley N° 27626— exentos de control y potenciales sanciones (contractuales o administrativas) por su comportamiento como empleadores. En realidad, para tales casos se ha previsto un régimen distinto para tutelar los derechos de los trabajadores involucrados en aquella cesión de mano de obra, mediante la imposición de deberes específicos a los organismos públicos que contratan ese tipo de servicios.

Gráfico único: las relaciones obligatorias en el contexto de la intermediación laboral con una contratante del sector público y las distintas garantías aplicables



Fuente: Ley N° 27626 y su Reglamento  
Elaboración: Luis Mendoza Legoas

### III. CONCLUSIONES

La primera disposición Final y Transitoria del Reglamento de la Ley N° 27626, «Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores» establece mecanismos preventivos complementarios que tutelan los derechos laborales de los trabajadores de las empresas de servicios que se vinculan con organismos públicos mediante contratos de intermediación laboral. Los mismos, que están a cargo del organismo público contratante, son: 1) la previsión contractual de una cláusula de resolución; 2) la fiscalización a la empresa de servicios; y 3) la sanción efectiva mediante la resolución del contrato de intermediación laboral.

Es todo cuanto tengo que informar.

CSR/wmt-lml



**CRISTIAN SANCHEZ REYES**  
Director General de Trabajo  
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo