

TERCERIZACIÓN Y DESPLAZAMIENTO

Paul Cavalié¹

CONSECUENCIAS DE TODO ACCIONAR FRAUDULENTO SERÁN SEVERAS

Garantizan uso del derecho laboral individual y colectivo ante TLC. Se incluye figura del desplazamiento para diferenciarlo del destaque

El Gobierno, mediante el DS N° 020-2007-TR, amplió el artículo 4° del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, incorporando los artículos 4°-A, 4°-B y 4°-C que regulan, básicamente, la figura de tercerización que implique desplazamiento de trabajadores de la contratista a la empresa principal. A continuación, se analizan los aspectos más importantes de la norma.

Sentido y oportunidad

Es una disposición que, antes que regular nuevos supuestos de hecho normativos, busca más bien acentuar o reforzar el sentido interpretativo de otras normas laborales ya vigentes; e intenta también remarcar o evidenciar con notoriedad los efectos laborales que se derivarían de una aplicación incorrecta o fraudulenta de la tercerización de servicios e incluso de otros aspectos como el uso indebido de los contratos de trabajo sujetos a modalidad.

Me parece advertir al menos dos razones que explicarían su dación. Primero, la carencia de uniformidad interpretativa sobre los contornos mismos de la figura de la tercerización, a lo cual ha contribuido la ausencia de una oportuna jurisprudencia esclarecedora; y segundo, el interés del Gobierno por evidenciar su preocupación en garantizar el cumplimiento de los derechos laborales en el país, de cara a la aprobación de un TLC con Estados Unidos, aprovechando para tutelar no sólo instituciones propias del derecho laboral individual –como el uso debido de los contratos modales–, sino también aspectos del derecho laboral colectivo –proscripción de prácticas antisindicales subyacentes–, como lo sería la no renovación o prórroga contractual de los trabajadores sindicalizados al vencimiento de sus contratos a plazo fijo.

Desplazamiento

El artículo 4°-A introduce la denominación de “desplazamiento” para diferenciarlo del término “destaque”, propio de la intermediación laboral. No hay, sin embargo, referencia a criterios sobre la temporalidad del desplazamiento del personal a la empresa principal, pudiéndose distinguir, en la práctica, algunos supuestos en que tal desplazamiento es mínimo (instalación de una maquinaria), de otros en que la

¹ Abogado laboralista. Jefe del área laboral de Pizarro, Botto & Escobar.

presencia de trabajadores del outsourcer es casi permanente (soporte informático o helpdesk) en las instalaciones del principal.

Hace bien la norma en precisar también que la tercerización –como ocurre con la intermediación laboral– puede acontecer no necesariamente en las instalaciones del cliente, sino en otros lugares que la norma denomina como “ámbitos de la empresa principal”, igual que ocurre típicamente con los servicios de impulsación y marketing, los cuales se prestan normalmente no en los locales de la empresa principal, sino en las megatiendas o los centros comerciales donde a ésta se le asigna un espacio para que publicite sus productos.

El segundo párrafo de este artículo llama la atención acerca de la solvencia económica con que deben contar las empresas que desarrollan servicios de tercerización. No queda claro cómo se acreditaría tal solvencia y, lo que me parece más importante, no sabemos si la finalidad de lo señalado en este párrafo es suplir el otorgamiento de cualquier fianza a favor de la empresa principal, o descartar el mecanismo de la responsabilidad solidaria prevista en el proyecto de ley sobre tercerización en el Ejecutivo.

La norma constituye, a su vez, una suerte de adelanto del contenido del proyecto de ley del Ejecutivo sobre los efectos laborales de la subcontratación de obras y servicios, que se discute en el Gabinete Ministerial.

Desnaturalización

La desnaturalización prevista en el artículo 4º-B obedece a la aplicación del principio de “Primacía de la Realidad”, consistente en desvelar la verdad material en contraste con lo que se muestra como aparente: en este caso, bajo el manto de la tercerización se pretendería ocultar una mera provisión de personal (situación más bien propia de la intermediación laboral). Los efectos de dicho accionar fraudulento devienen en severos: la norma establece que el personal indebidamente desplazado a la empresa principal tendrá una “relación laboral directa” con esta última.

Al respecto, no se ha precisado en qué condiciones se dará este pase del trabajador de la planilla de una empresa a otra. Por ejemplo, desde cuándo operará tal cambio; si el mandato del pase podría imponerse a una voluntad en contrario expresada por el trabajador involucrado; si tendrá igual efecto tratándose de un trabajador contratado por la empresa de tercerización sujeto a un plazo fijo que uno que lo estaba a plazo indeterminado; sobre las condiciones económicas a percibir una vez dispuesto su pase a la empresa principal, entre otros.

Contratos

1.- Quizás lo más peculiar del artículo 4º-C, en nuestra opinión, consiste en que, aprovechando la regulación de la tercerización de servicios, se ha normado, sin embargo, en relación con todos los trabajadores en general, acerca del empleo correcto de los contratos de trabajo temporales sujetos a modalidad.

2.- En tal sentido, un aspecto saltante lo constituye la posibilidad de que un trabajador pueda impugnar administrativa o judicialmente que la no renovación de su contrato a plazo fijo obedece a una afectación de su libertad de afiliación a un sindicato dentro de la empresa, correspondiéndole, por tanto, la carga probatoria al trabajador, disponiéndose, incluso, que procedería la reposición del trabajador.

3.- Para darse esta última posibilidad, debería entenderse –en sede judicial, creemos– lo siguiente: que los contratos de naturaleza temporal, en estricto, no calificaban como tales por no corresponder a necesidades temporales de la empresa; luego, al ser truncados con su no renovación, ello se interpretaría entonces como un despido.

Y al no haber sido renovados debido a la condición de afiliado sindical del trabajador, ello configuraría un despido lesivo de dos derechos constitucionales: el de la libertad sindical y el de no discriminación.

4.- Por tanto, habida cuenta que ambos son supuestos de nulidad de despido, la consecuencia de un resultado judicial favorable al trabajador significará la reposición del mismo a su antiguo puesto de trabajo.

**Fuente: Diario Oficial “El Peruano”. Edición del Miércoles 26 de Setiembre de 2007.
Disponible en Internet: <http://www.elperuano.com.pe>**

