

A PROPOSITO DE LA TERCERIZACION LABORAL

A. Félix León Charca
Abogado Laboralista

Mediante Ley 29245 de fecha 24 de junio del 2008 se regula POR PRIMERA VEZ EN EL PERU la prestación de servicios vía tercerización; sin embargo, mediante su segunda y tercera disposiciones complementarias y finales, se pospone su obligatoriedad en 30 días posteriores a la publicación de su reglamento (hasta la fecha no se ha publicado el texto del reglamento), teniéndose en cuenta que el plazo que concede la norma tiene por finalidad la adecuación de las empresas tercerizadoras a los alcances de la nueva legislación. Podemos concluir entonces que por el momento la norma no tiene rigor a pesar de encontrarse en vigencia, tan es así que en fecha 25 de junio del 2008 se ha publicado el Decreto Legislativo N° 1038 norma que precisa los alcances de la Ley 29245 en diversos aspectos que se deben considerar pues en torno a ellos ha oscilado el debate respecto de la pertinencia y aplicabilidad de la novedosa legislación laboral en esta materia.

Una de las principales virtudes de las disposiciones que comentamos, constituye la definición que efectúan del instituto jurídico de la tercerización, entendiéndola como la contratación de empresas especializadas para que presten servicios o ejecuten obras POR SU CUENTA Y RIESGO, CON SUS PROPIOS RECURSOS FINANCIEROS, TÉCNICOS Y MATERIALES, ASUMIENDO PLENA RESPONSABILIDAD POR SU GESTIÓN (resultado) Y EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PATRONALES CON SUS TRABAJADORES, LOS QUE SE ENCUENTRAN BAJO SU EXCLUSIVA SUBORDINACIÓN. Enfatizando legislación precedente, precisa que la tercerización u outsourcing se *identifica en el ámbito de los contratos de gerencia, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa y en suma aquel contrato que tenga por finalidad que un tercero (especialmente empresa) asuma UNA PARTE INTEGRAL DEL PROCESO PRODUCTIVO DE LA EMPRESA PRINCIPAL O CONTRATANTE.*

Hasta aquí resulta prudente señalar que la tercerización concebida bajo los parámetros de la nueva legislación laboral, presenta características y particularidades diferenciadoras de aquellas otras *formas de prestación triangular de servicios* que el común de los peruanos conoce como "services" en clara alusión a la intermediación laboral. Nos referimos a: *la pluralidad de clientes, el suministro de equipamiento propio, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio.*

Justamente en su afán diferenciador, la norma dispone la proscripción A LA SOLA PROVISIÓN DE PERSONAL O "ALQUILER DE MANO DE OBRA", que caracteriza a la intermediación laboral. Con la finalidad de permitir la evidencia de las características inherentes a la tercerización -en particular lo referido a la pluralidad de clientes- la Ley 29245 ha previsto el plazo de un año (contado desde la vigencia de la norma) para que las empresas tercerizadoras cuenten con más de un cliente; sin embargo, el Decreto Legislativo 1038 prevé casos excepcionales y razones objetivas demostrables que pudieran invocarse a fin de no considerar esta característica en tanto consustancial a los servicios tercerizados.

Por las responsabilidades que emanan de la vigencia de los contratos de tercerización de servicios, es posible afirmar la existencia de dos tipos de outsourcing, a saber: (i) con desplazamiento de personal y (ii) sin desplazamiento de personal. Para

el primer caso la empresa principal deberá preocuparse que en el contrato comercial respectivo se especifiquen concretamente las actividades a ejecutar y las unidades o ámbitos de la empresa que se tercerizan; sólo en este tipo de tercerización surge la tan cuestionada solidaridad entre la empresa principal que contrata la realización de obras o servicios y la empresa outsourcing, respecto del pago de derechos laborales y aportaciones de seguridad social (previsional y en salud) que se pudieren devengar por el lapso de duración del desplazamiento del personal.

Detalla la norma que esta responsabilidad se mantiene incluso durante un año posterior a la conclusión del desplazamiento. Para la empresa outsourcing se ha previsto que la responsabilidad se mantiene por el tiempo inherente a la prescripción de derechos laborales (cuatro años desde el cese del vínculo laboral). Del mismo modo las disposiciones analizadas contemplan el derecho de repetición de la empresa principal en tanto se viere obligada a responder por la empresa tercerizadora, adquiriendo los derechos y privilegios de un crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra de ésta última.

Por su parte, la legislación de la materia considera lo pertinente a la subcontratación de servicios en el marco de una actividad previamente tercerizada, definiendo su legalidad, en tanto se observen todos los requisitos previstos por ley y que son objeto de exposición en el presente artículo.

En relación al *Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras*, es obligación del outsourcing inscribirse ante la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los treinta días hábiles posteriores a la constitución empresarial. Este mismo plazo deberá observarse en los casos de adecuación empresarial si nos encontramos ante una empresa de tercerización pre-existente a la nueva legislación que continúe prestando servicios y desarrollando actividades.

Se considera también con carácter innovador el derecho de los trabajadores de la empresa outsourcing, para *acceder a la información pertinente*, por sí o a través de sus representantes tanto como al ejercicio de los derechos colectivos entre ellos la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga en caso se cumpla con los requisitos previstos por la legislación especial para dichas materias.

Particular comentario merece lo referido a la desnaturalización de los contratos de tercerización, al haberse previsto como supuesto reconvenional, el incumplir cualquiera de los requisitos antes mencionados y el *agazapar una simple provisión de personal o intermediación laboral tras el ropaje de una aparente tercerización*, ya que cada figura resulta de por sí especial y diferente, no hay cabida para creer en su compatibilidad o analogía. Un contrato de outsourcing desnaturalizado da lugar a que los trabajadores desplazados sean incorporados en la planilla de la empresa principal dando lugar a una relación directa con ella, además de la cancelación del registro de la tercerizadoras y de las demás sanciones previstas por ley.

En lo que concierne a la intermediación laboral (Ley 27936), no le resta vigencia el hecho de la regulación de la tercerización como una forma de triangulación laboral; no obstante, es menester aclarar que la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, en fecha 19 de marzo del 2008 ha aprobado por mayoría los proyectos de Ley Nros. 1493/2007-PE y 1475/2006-CR, bajo el epígrafe "*Ley que elimina la intermediación laboral que prestan las empresas especiales de servicios y las cooperativas de trabajadores*". La norma en gestación ha sido agendada en varias ocasiones para la sesión del pleno; sin embargo, hasta la fecha no ha sido votada pero

cierte sobre el tema **la posibilidad de la abrogación del instituto laboral de la intermediación**; siendo ello así, la alternativa inmediata a desarrollar en adelante será la que representa el outsourcing.

A fin de ilustrar mejor las diferencias medulares entre intermediación y tercerización laboral alcanzamos el siguiente cuadro descriptivo basado en el que publicó este año el Diario El Peruano bajo el epígrafe: *“Nuevas reglas para la tercerización laboral”*.

Referencia	Outsourcing (tercerización)	Intermediación laboral (services – cooperativas)
Objeto de los contratos	La empresa contratista realiza parte del proceso productivo (principal o complementario) asumiendo responsabilidad económica, financiera, costo, riesgo, con trabajadores propios.	Se destaca personal para: <ul style="list-style-type: none"> • Atender necesidades transitorias / ocasionales (contratos de suplencia y ocasionales). • Atender actividades complementarias (vigilancia, mensajería, limpieza y otros).
Naturaleza de los contratos	<ul style="list-style-type: none"> • Entre empresas: los contratos son de naturaleza civil y mercantil. • Trabajo con desplazamiento: los contratos son por escrito, los trabajadores desplazados gozan de los mismos derechos que corresponden a los trabajadores del outsourcing y gozan de derechos sindicales y de negociación colectiva en su empresa. 	<ul style="list-style-type: none"> • Entre la usuaria y el service, el contrato es de naturaleza civil. • El MTPE debe fiscalizar que el destaque de personal se realice conforme a ley. • La usuaria tiene facultades de dirección y fiscalización del personal destacado.
Limitaciones contractuales	<ul style="list-style-type: none"> • No existen limitaciones; sin embargo, se han previsto requisitos (inversión de capital, equipamiento propio y pluralidad de clientes) además de la obligación del registro previo ante el MTPE. • Los contratos entre el outsourcing y los trabajadores desplazados son por escrito y si se trata de vínculos modales o de tiempo parcial deben registrarse ante el MTPE. 	<ul style="list-style-type: none"> • El service y la cooperativa tienen como objeto exclusivo la intermediación y deben tener autorización del MTPE. • Los contratos de trabajo se comunican al Ministerio de Trabajo.

Fuimos críticos de la norma sobre tercerización laboral durante su debate y promulgación, hechas las oportunas aclaraciones del Ejecutivo, sólo nos queda confiar en su adecuada reglamentación y en la prudente capacitación del personal inspectivo adscrito a las diferentes Direcciones Regionales de Trabajo, a fin de lograr una correcta fiscalización en el cumplimiento de las novísimas disposiciones.

Cusco, julio del 2008.