

ALGO MÁS SOBRE LA TERCERIZACION LABORAL

A. Félix León Charca
Abogado Laboralista

Generalidades.

En el artículo intitulado “a propósito de la tercerización laboral” publicado por diversos medios especializados, adelantamos que: “mediante Ley 29245¹ de fecha 24 de junio del 2008 se regula POR PRIMERA VEZ EN EL PERU la prestación de servicios vía tercerización”; ya superados los 30 días posteriores a la fecha de publicación del reglamento (D.S. 006-2008-TR, que data del 12 de setiembre del 2008) a que se contrae la segunda y tercera disposiciones complementarias y finales de la Ley, hoy es posible hablar en nuestro país, de la plena vigencia normativa de esta moderna forma de contratación laboral.

En ocasión anterior enjuiciábamos también que: “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”, reiterándose así criterios legales precedentes que ya identificaban la tercerización u outsourcing 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 (empresa) asuma **UNA PARTE INTEGRAL DEL PROCESO PRODUCTIVO DE LA EMPRESA PRINCIPAL O CONTRATANTE**, diferenciándose 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 y aquellos otros factores consideración en la acertada delimitación conceptual y estructural que ha dotado el reglamento de la Ley.

En nuestra posición sobre el innovador sistema legal de tercerización laboral se ha subrayado la proscripción A LA SOLA PROVISIÓN DE PERSONAL O “ALQUILER DE MANO DE OBRA”, que caracteriza a la intermediación laboral. Tercerizar implica externalizar del seno de la empresa principal todo un área, departamento o sección productiva (actividad principal), siguiendo el criterio expuesto por el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 006-2008-TR, pues resulta válido considerar que existen supuesto de tercerización NO CONTEMPLADOS POR LA NOVÍSIMA LEGISLACIÓN y otros que por razones técnicas se encuentra EXPRESAMENTE EXCLUIDOS, sino veamos el cuadro diseñado por el equipo del Estudio Miranda y Amado Abogados²:

Tercerizaciones comprendidas	Solamente las que realizan actividades principales con desplazamiento continuo de personal a los centros de trabajo o centros de
-------------------------------------	---

¹ Norma ampliada y precisada por Decreto Legislativo 1038 publicada el 25 de junio del 2008.

² Tomado del sitio web de dicho estudio, disponible en Internet: <http://www.mafirma.com.pe/pub/laborales/08/setiembre1/il02208.pdf>

	operaciones fuera de éstos.
Tercerizaciones excluidas	Las tercerizaciones de servicios complementarios, tercerizaciones con desplazamiento no continuo , tercerizaciones sin destaque de personal y en el Sector Público ³ .
Desplazamiento continuo	Será cuando exista un destaque de más del tercio de los días laborables del plazo del contrato de tercerización, o excede de 420 horas o 52 días laborables de trabajo efectivo en un semestre.
Características de la tercerización	Además de los equipos, pluralidad de clientes, forma de pago e inversión de capital, en cada caso, se debiera evaluar la existencia real de un servicio independiente tales como especialidad, dimensión de servicios, separación física, calificaciones, know how, etc.
Pluralidad de clientes	No se exige la pluralidad de clientes en el caso de contratación de microempresas, cuando existan pactos de exclusividad debidamente motivados y cuando el servicio es requerido por un número mínimo de empresas en un específico ámbito geográfico, de mercado o sector económico.
Equipos	Se considera que la tercerizadora tiene equipos cuando sean de su propiedad o se mantengan bajo su administración y responsabilidad.

Aspectos cardinales a tener en cuenta.

Por las responsabilidades que emanan de la vigencia de los contratos de tercerización, 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 injustamente 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. A decir de la norma, 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.

³ Artículo 2º.- Ámbito de la tercerización

El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas. La tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia.

Los contratos y figuras empresariales que se encuentran regulados en el artículo 3º de la Ley **configuran supuestos de tercerización cuando se realizan de acuerdo con las definiciones de la Ley y del presente reglamento.**

Los mecanismos de vinculación empresarial como la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la Ley.

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.

En relación al *Registro de Empresas Tercerizadoras*, el artículo 9° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo 006-2008-TR literalmente sanciona que: - “Se consideran inscritas en el registro al que hace referencia el artículo 8° de la Ley, las empresas tercerizadoras que, durante el período declarado, cumplen con registrar el desplazamiento de su personal a empresas principales, en la planilla electrónica que se encuentra regulada por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR y sus normas modificatorias y complementarias, con independencia de su fecha de constitución”.

Hemos dicho que resulta gratificante la inclusión del 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 diseñada para dichas materias.*

Desnaturalización.

En lo concerniente a la desnaturalización de los contratos de tercerización tenemos expresado que *al haberse previsto como supuesto reconventional, 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 generando a una relación directa con ella, además de la cancelación del registro de la tercerizadoras y de las demás sanciones previstas por ley.*

¿Intermediación o tercerización? - Figuras diferentes e implicantes.

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 2008 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) 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 expresas (pero si exclusiones); se han previsto empero 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 que dan lugar a vínculos modales o de tiempo parcial que 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.
----------------------------	---	---

Para aclarar algunas dudas será necesario reiterar que a la intermediación laboral (Ley 27936), no le resta vigencia el hecho de la regulación y reglamentación de la tercerización como una nueva forma de triangulación laboral; por su parte, 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 mira está puesta en los "services", pero hasta la fecha la iniciativa legislativa se encuentra en la Comisión de Producción y Micro y Pequeña Empresa a la espera del dictamen respectivo.

Cusco, diciembre del 2008.