

CÉSAR PUNTRIANO

Socio principal del Estudio Muñiz



¿Nueva restricción a la tercerización?

La obligación de contratar personal es inconstitucional pues contraviene a la libertad de empresa y a la libertad de contratación.

La tercerización no es una creación del derecho laboral, sino una decisión de las compañías de ser más eficientes, para lo cual delegan la ejecución de una tarea que puede o no formar parte de su proceso productivo a una empresa especializada, la que la realiza por su cuenta y riesgo, contando con sus propios recursos técnicos, financieros o materiales y subordinando de manera exclusiva al personal con que cuenta. No se trata de la contratación de una mera provisión de personal sino de una decisión de negocio, la empresa decide enfocarse en lo que mejor sabe hacer y todo lo demás lo delega, lo externaliza.

La regulación de la tercerización cumple 16 años, desde la Ley No. 29245, el Decreto Legislativo No. 1038 emitido por el Gobierno de Alan García, y su Reglamento, el Decreto Supremo No. 006-2008-TR. Hasta ahí la regulación promovía la tercerización con algunos límites tendientes a salvaguardar los derechos laborales, como la responsabilidad compartida (solidaria) entre la empresa principal y la contratista por los derechos laborales y las obligaciones de seguridad social del personal desplazado a aquella. Notemos que no se trata de cualquier medida, pues la propia norma hace responsable a una empresa que no es la empleadora del personal asignado a la tarea por los derechos laborales y de seguridad social de estos.

Pero, como si este nivel de protección no fuera suficiente, el Gobierno del expresidente Pedro Castillo emitió, sin consulta previa, el Decreto Supremo No. 001-2022-TR que, entre otros aspectos, pretendió limitar la tercerización señalando que no era viable que se tercericen actividades nucleares de la empresa principal. Esta limitación vino de la mano con una peligrosamente genérica definición de lo que la norma entendía por "núcleo del negocio". Este cambio generó medidas concretas como la interposición de cientos de demandas de amparo para lograr la inaplicación de la mencionada restricción, acciones populares buscando que la restricción sea expulsada del ordenamiento jurídico e inclusive procedimientos ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi. Fue el Indecopi el que respondió positivamente y a la fecha, por efectos de una resolución emitida en primera instancia no apelada por la parte contraria, se ha declarado al Decreto Supremo como una barrera burocrática e ilegal en el extremo



Para combatir el abuso existe la Sunafil, a la que debe dotarse de mayor presupuesto.

que restringe la tercerización de actividades nucleares de las compañías.

Lo que sigue es para no creerlo, a finales del mes pasado se ha presentado el Proyecto de Ley No. 8724/2024-CR el cual tiene por objetivo modificar la normativa sobre tercerización "en beneficio de los trabajadores", según dice el proyecto.

La primera modificación se refiere a la insistencia, esta vez con rango legal, de prohibir la tercerización de actividades que forman parte del núcleo del negocio de la empresa principal, pasando nuevamente a listar los mismos elementos para determinar lo que se entiende por núcleo del negocio, al igual que el Decreto Supremo No. 001-2022-TR, es decir, "el objeto social de la empresa", "lo que identifica a la empresa de sus clientes finales", "el elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades", "la actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes", "la actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos". El proyecto cae nuevamente en el error del Decreto Supremo, al incorporar una cuestionable limitación como la relativa al "núcleo

del negocio" sino que también lo hace de manera imprecisa, sin que quede claro cómo aplicar las pautas para determinarlo, hecho que fue observado por la sentencia de primera instancia en el proceso de acción popular emitida por la Tercera Sala Constitucional de Lima, en el expediente No. 00756-2022-0-1801-SP-DC-03.

Pero el proyecto va más allá, fijando como derecho del personal de la empresa contratista el ser contratado por la nueva empresa que asuma el contrato de tercerización con la empresa principal dentro del año siguiente a la extinción de aquél en el que estuvieron laborando. Esta obligación de contratar personal es inconstitucional pues contraviene a la libertad de empresa y a la libertad de contratación.

También el proyecto pretende que la empresa principal o la contratista permitan a los dirigentes sindicales que ingresen al centro de trabajo, aun en horas de trabajo, para entrevistarse con los trabajadores. Discrepamos con esto pues durante las horas de trabajo se debe trabajar y por ello son remuneradas. Este tipo de entrevistas deben realizarse fuera de la jornada laboral.

Adicionalmente, se plantea que los contratos a plazo fijo por obra determinada o servicio específico del personal de las empresas contratistas no se sustenten en la duración del contrato de tercerización. Con esta propuesta se está prohibiendo, de manera inconstitucional, que se contrate personal a plazo fijo por la empresa contratista pese a que el contrato con su cliente (empresa principal) es de duración determinada.

El proyecto modifica la regulación sobre participación legal en las utilidades disponiendo que la empresa principal considere también a los trabajadores tercerizados que cumplan un tiempo mínimo de desplazamiento que ahí se detalla. Esta iniciativa desnaturaliza a la participación pues lo que corresponde es que se determine en función a la renta que percibe el empleador y no los terceros (empresa principal), y además perjudica a los trabajadores contratados en planilla de la empresa principal pues disminuye su participación.

Como puede advertirse el proyecto es antitécnico, inconstitucional y además afectaría indudablemente a la tercerización en el país pues, de prosperar, no va a generar que las empresas principales empleen al personal tercerizado sino por el contrario mayor informalidad laboral.

En conclusión, la tercerización es un modelo de negocio cuyo objetivo no es afectar los derechos laborales. No es menos cierto que los impacta, siendo el legislador el llamado a fijar garantías sin desnaturalizar dicha modalidad de contratación, siendo una de ellas la responsabilidad solidaria ya regulada en la actualidad. El uso abusivo o fraudulento de la tercerización no se corrige con medidas como las planteadas por el proyecto de ley bajo comentario pues, por el contrario, su efecto no es el deseado en el empleo formal, afectándose a la larga a los trabajadores. Para combatir el abuso existe la Sunafil, a la que debe dotarse de mayor presupuesto.

“

Como puede advertirse el proyecto es antitécnico, inconstitucional y además afectaría indudablemente a la tercerización en el país”.