

Protocolo para la fiscalización de la tercerización laboral

Lima, lunes 29 de agosto de 2022

Alerta Legal Laboral

Mediante Resolución de Superintendencia N° 428-2022-SUNAFIL del 22.08.22, publicada en El Peruano el 23.08.22, se aprobó el Protocolo N° 001-2022-SUNAFIL/DINI, denominado “Protocolo para la Fiscalización de la Tercerización Laboral”, que se encuentra vigente desde el 24.08.22.

¿Cuál es su objeto?

El Protocolo tiene por objeto contar con un instrumento técnico normativo que establezca de forma clara y precisa las pautas para realizar las inspecciones en la verificación del cumplimiento de la normativa sobre tercerización laboral, a nivel nacional.

¿Qué podemos concluir a partir de sus definiciones?

El Protocolo reitera las definiciones de tercerización, actividades principal, especializada y nuclear, obra, centro de trabajo u operaciones, empresa principal y tercerizadora, desplazamiento de personal y simple provisión de personal contenidas en la Ley de Tercerización y los Decretos Supremos N°s 003-2002-TR, 006-2008-TR y 001-2022-TR.

Entonces, se confirma que hay una relación de género a especie entre las actividades principales y las nucleares. Es decir, éstas son una clase de aquéllas.

La actividad principal es definida como “aquella que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa.”

La actividad nuclear “forma parte de la actividad principal de la empresa, pero por sus particulares características, no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento”. Para determinar el núcleo del negocio, debe observarse “el objeto social de la empresa cliente, lo que identifica a la empresa cliente frente a sus clientes finales, el elemento diferenciador de la empresa cliente dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades, la actividad de la empresa cliente que genera un valor añadido para sus clientes y, la actividad de la empresa cliente que suele reportarle mayores ingresos”.

De modo que, lo que no califica como núcleo de negocio es actividad principal que puede seguir tercerizándose como el soporte administrativo de back office (contabilidad, sistemas, recursos humanos, legal), el almacenaje y eventualmente la promoción, impulsación y el mercaderismo.

¿Cómo serán las inspecciones de tercerización?

1. Podrán ser inspeccionadas no solo las empresas tercerizadoras sino también las empresas clientes.
2. Las inspecciones pueden versar no solo sobre tercerización sino también sobre otros aspectos, como incorporación de trabajadores en planilla de la empresa cliente en caso se detecte la desnaturalización de la tercerización.
3. La inspección debe iniciarse dentro de los 10 días hábiles de recibida la orden de inspección, de preferencia presencialmente.

4. Se podrá solicitar información como planilla electrónica (T-Registro y Plame); cargos de constancia del alta, baja y/o modificación del T-Registro; relación de clientes; relación de contratos de tercerización; declaración jurada anual del impuesto a la renta de tercera categoría, con su respectivo asistente; la constancia de inscripción en el REMYPE; relación de equipos y maquinaria de su propiedad o bajo su administración; comunicación al personal de su desplazamiento; lista de trabajadores desplazados; contratos de trabajo de los trabajadores desplazados; contratos de trabajo sujetos a modalidad; relación de centros de trabajo; registro de control de asistencia; boletas de pago firmadas y/o cargos de entrega; constancia de pago a través de terceros y/o constancia de depósito en la cuenta de ahorros a nombre del trabajador, en los casos en que el pago del sueldo se haga a través de bancos; hojas de liquidación de los depósitos CTS y la participación en las utilidades con los cargos de entrega; contratos de alquiler de los equipos o maquinarias; y otra documentación o información que el inspector estime pertinente.

¿Cuáles son las obligaciones de tercerización a fiscalizar?

1. La empresa tercerizadora debe inscribirse en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, lo que ocurre cuando declara el desplazamiento de su personal a empresas clientes en la planilla electrónica. Si no se ha cumplido con ello, el inspector requiere subsanarlo en un plazo razonable. Si la empresa tercerizadora no cumple, incurrirá en una infracción grave y podrá ser multada hasta con S/. 120,152.00.

2. La empresa tercerizadora debe formalizar por escrito los contratos de trabajo del personal desplazado. Si no se ha cumplido con ello, el inspector requiere subsanarlo en un plazo razonable. Si la empresa tercerizadora no cumple, incurrirá en una infracción grave y podrá ser multada hasta con S/. 120,152.00.

3. La empresa tercerizadora debe consignar en los contratos de trabajo del personal desplazado: que sus derechos laborales y de seguridad social no son afectados; que se mantiene la subordinación respecto de éstos; y, la actividad empresarial a ejecutar, así como la unidad productiva o ámbito de la empresa cliente en la que se realizará tal actividad. Los dos primeros elementos no estaban en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR. En esa medida, se trata de obligaciones sin sustento legal ni reglamentario, que no pueden ser creadas por Sunafil. Si no se ha cumplido con ello, el inspector requiere subsanarlo en un plazo razonable. Si la empresa tercerizadora no cumple, incurrirá en una infracción grave y podrá ser multada hasta con S/. 120,152.00.

4. La empresa tercerizadora debe informar por escrito al personal desplazado y a su sindicato o, en su defecto, a los delegados que representan a los trabajadores, antes del desplazamiento, sobre la identidad de la empresa cliente (razón social, domicilio y número de RUC); y, las actividades que son objeto del contrato de tercerización y el lugar donde se ejecutarán aquéllas. Si no hay delegados de trabajadores, la empresa tercerizadora debe informar a cada trabajador. Es absurdo tener que brindar la información que ya está consignada en los contratos de trabajo del personal a desplazar. Es una regulación antitécnica. Si no se ha cumplido con ello, el inspector requiere subsanarlo en un plazo razonable. Si la empresa tercerizadora no cumple, incurrirá en una infracción grave y podrá ser multada hasta con S/. 120,152.00.

5. La empresa cliente debe informar por escrito a su sindicato o, en su defecto, a los delegados que representan a los trabajadores, sobre la identidad de la empresa tercerizadora y el personal desplazado, así como las actividades que realizará, dentro de los 05 días siguientes al mes calendario en que se produjo el desplazamiento o, dentro de las 24 horas de haberlo solicitado el sindicato de la empresa cliente. Si no hay delegados de trabajadores, la empresa cliente debe informar a cada trabajador. Si no se ha cumplido con ello, el inspector requiere subsanarlo en un plazo razonable. Si la empresa cliente no cumple, incurrirá en una infracción grave y podrá ser multada hasta con S/. 120,152.00.

6. El no uso de la tercerización para realizar actividad nuclear de la empresa cliente, en una inspección que comprenderá a la empresa tercerizadora y la empresa cliente, que origina la desnaturalización de

la tercerización. Esta infracción es insubsanable y muy grave, pudiendo aplicarse una multa hasta de S/. 241,638.00, además de la incorporación en planilla de la empresa cliente del personal desplazado continuamente a su centro de trabajo u operaciones por la empresa tercerizadora. No se comete esta infracción si no hay desplazamiento continuo, pese a que pueda tratarse de actividad nuclear, lo que ocurrirá si estamos ante un outsourcing o no se da la presencialidad necesaria para configurar el desplazamiento continuo. Si la empresa cliente no incluye en su planilla al personal desplazado, pese al plazo razonable que el inspector debe otorgarle, incurrirá en otra infracción, considerada muy grave por cada trabajador: precisamente no tener al personal en planilla, que puede ser multada hasta con S/. 241,638.00.

7. El no uso de la tercerización “para el desarrollo de actividades que no tengan por objeto el desarrollo de actividades principales”. Esto lo dice el artículo 5 literal a) del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR. Leída esta prohibición en sentido contrario, debemos entender que es posible usar la tercerización para el desarrollo de actividades principales, obviamente siempre que no sean nucleares. Esta norma también es antitécnica pues la única tercerización ahora prohibida es la de actividad nuclear con desplazamiento continuo hacia el centro de trabajo u operaciones de la empresa cliente, por lo que nos parece una norma innecesaria. La tercerización de actividades especializadas, complementarias u obras no está prohibida. Esta infracción es insubsanable y muy grave, pudiendo aplicarse una multa hasta de S/. 241,638.00, además de la incorporación en planilla de la empresa cliente del personal desplazado continuamente a su centro de trabajo u operaciones por la empresa tercerizadora. Si la empresa cliente no incluye en su planilla al personal desplazado, pese al plazo razonable que el inspector debe otorgarle, incurrirá en otra infracción, considerada muy grave por cada trabajador: precisamente no tener al personal en planilla, que puede ser multada hasta con S/. 241,638.00.

8. El no uso de la tercerización como simple provisión de personal, lo que supone que la empresa tercerizadora deba asumir los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sea responsable por el resultado de sus actividades; y, sus trabajadores desplazados estén bajo su exclusiva subordinación. Esta infracción es insubsanable y muy grave, pudiendo aplicarse una multa hasta de S/. 241,638.00, además de la incorporación en planilla de la empresa cliente del personal desplazado continuamente a su centro de trabajo u operaciones por la empresa tercerizadora. Si la empresa cliente no incluye en su planilla al personal desplazado, pese al plazo razonable que el inspector debe otorgarle, incurrirá en otra infracción, considerada muy grave por cada trabajador: precisamente no tener al personal en planilla, que puede ser multada hasta con S/. 241,638.00.

9. No es posible extinguir los contratos de trabajo del personal desplazado para realizar actividades nucleares de la empresa cliente, durante el plazo de adecuación establecido en la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR (febrero al 23.08.22), por causas vinculadas con la adecuación, salvo que la empresa cliente contrate directamente a dichos trabajadores. Esto no prohíbe que las empresas tercerizadoras no renueven los contratos temporales de su personal desplazado que venzan, pero sí podría cuestionarse que se aplique, por ejemplo, una cláusula resolutoria si la empresa cliente resuelve el contrato a la empresa tercerizadora. Aplicar esta prohibición resulta muy cuestionable, porque afecta a contratos celebrados antes de la promulgación del Decreto Supremo en mención y, con mayor razón, antes de su entrada en vigencia. Nuestra Constitución prohíbe la aplicación retroactiva de las normas laborales (art. 103), por lo que esta norma es claramente inconstitucional. Esta infracción es insubsanable y muy grave, pudiendo aplicarse una multa hasta de S/. 241,638.00, además de la incorporación en planilla de la empresa cliente del personal desplazado continuamente a su centro de trabajo u operaciones por la empresa tercerizadora.

10. Debe cumplirse con la responsabilidad solidaria entre la empresa cliente, la empresa contratista y eventualmente la sub-contratista por las obligaciones laborales y previsionales de cargo de la empresa contratista o eventualmente sub-contratista respecto de los trabajadores desplazados durante el tiempo del destaque. Solo ante el incumplimiento de la contratista o sub-contratista empleadora de tales trabajadores, el inspector verifica que las otras empresas cumplan con tales obligaciones, en virtud de la responsabilidad solidaria. Si no ocurre ello, el inspector puede proponer multas según el tipo de infracción cometida, lo que dependerá de los derechos o aportes impagos.

