

Ley que restringe el servicio de tercerización no debe ser aprobada

El 21 de enero de 2021, la Cámara de Comercio de Lima (CCL), con el apoyo especializado de su Comisión Laboral, que preside Mario Pasco Lizárraga, se dirigió al congresista Daniel Oseda Yucra, presidente de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, expresando su opinión contraria a la aprobación del Proyecto de Ley 6820-2020-CR – Ley para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores tercerizados, proyecto que ha sido derivado a dicha comisión del Parlamento.

Para conocimiento de nuestros asociados y del empresariado en general, a continuación destacamos las razones por las cuales la propuesta legislativa debe ser archivada.

Alcances del proyecto

Propone modificar los artículos 2, 5 y 7 e incorpora el artículo 10 en la Ley 29245– Ley que regula los servicios de tercerización; modifica los artículos 3, 5, 9, 12, 43, 45 y 55 del Decreto Ley 25593 – Ley de relaciones colectivas de trabajo; modifica el artículo 3 del D. Leg. 892 – Ley que regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas; modifica los artículos 88, 100, 106 y 120 del Decreto Legislativo 728, ahora sustituido por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral – DS 003-97-TR; y, finalmente, ordena con efecto retroactivo, la incorporación en la planilla de la empresa principal a los trabajadores de las empresas tercerizadoras de servicios que realicen

“actividades principales o no nucleares”.

Proyecto de ley ómnibus

Las leyes laborales complejas, como es el caso de la tercerización de servicios, las relaciones colectivas de trabajo y la Ley de Fomento del Empleo y de utilidades, sobre las que incide el PL 6820-2020- CR, deben ser tratadas de modo técnico y metódico, dadas las graves repercusiones que pueden tener sobre el empleo y la actividad económica.

Un proyecto como el planteado debiera ser objeto de análisis y discusión previos a fondo, pues involucra a todas las empresas del régimen laboral privado. Ciertamente, con arreglo a la Constitución, compete al Congreso de la República aprobar las leyes. Pero, el ejercicio de ese poder en materia laboral debe partir de una mirada amplia en lo técnico, lo que supone abrirse a más de una facción de la doctrina.

Es precedente controvertido

La reciente Ley 31110 del sector agrario muestra que la dación de normas en materias complejas, que no estén basadas en un previo trabajo y debate técnico tripartito, sino en impulsos políticos y de respuesta a una coyuntura específica, lleva a resultados que no garantizan estándares mínimos de calidad en cuanto a la técnica normativa, y anuncian severos daños al sector y sus trabajadores.

El proyecto bajo comentario llevaría a una situación similar,

generando más perjuicios que beneficios a todos los involucrados, y a la sociedad en general.

►A tener en cuenta: Jurisprudencia laboral de interés empresarial

►Medidas tributarias aplicables en el 2021

Leyes laborales que respalda y promueve la CCL

La CCL respalda y promueve para el Perú una legislación laboral simple, flexible y equilibrada, que promueva la formalización, las inversiones, la competitividad de las empresas y la creación de nuevos puestos de trabajo, respetando los derechos laborales de los trabajadores.

Como consecuencia de la pandemia sanitaria se han perdido más de dos millones de puestos de trabajo formales, según los reportes especializados. La informalidad laboral en nuestro país bordea ahora el 80%. La informalidad económica y laboral nos afecta a todos: al Estado que recauda menos impuestos, al empresario formal por la desleal competencia y a los trabajadores que no gozan de los derechos laborales básicos ni acceso a la seguridad social.

Rigidez y sobrecostos laborales

Reiteradamente hemos manifestado que la rigidez laboral y la informalidad son problemas que afectan al mercado laboral peruano. Nuestra legislación es sumamente restrictiva y

costosa. Para el crecimiento de las empresas y mejorar los sueldos de los trabajadores, las empresas reiteradamente reclaman flexibilizar y reducir los excesivos costos laborales, tributarios y administrativos (barreras burocráticas), que les restan competitividad y productividad a las empresas, cuya misión no sólo debe ser generar crecimiento y riqueza, sino también pagar los impuestos y mejorar los sueldos y condiciones laborales de su personal.

Observaciones al PL 6820-2020-CR – Servicios de Tercerización

La propuesta de prohibir la tercerización de servicios que “no versen sobre actividades principales o nucleares de la empresa principal” recoge una tesis inconstitucional, que resultaría extremadamente dañina. El artículo 58° de la Constitución determina que la iniciativa privada es libre, y el 59°, que el Estado garantiza la libertad de empresa, en tanto su ejercicio no sea lesivo a la moral, la salud o la seguridad públicas.

La libertad de empresa supone que quien inicie una actividad económica pueda determinar cómo la desarrolla. Esto significa al mismo tiempo que la “actividad principal” o “nuclear” de un emprendimiento depende de la voluntad de quien lo lleva a cabo. Una marca de helados puede producir y vender en locales y con personal propio, y otra puede comprar los helados y venderlos en locales, también propios o de terceros.

Todas esas formas, y sus variantes, con o sin presencia de trabajadores de terceras empresas en el local de una de ellas, son y tienen que ser válidas. Hay excepciones, naturalmente, pero estas se presentan en casos en que por interés público

–por consideraciones morales, de salubridad o de seguridad públicas– el Estado obliga a que la entidad habilitada para llevar a cabo una determinada actividad (que por definición tendrá que ser una actividad regulada) tenga que hacerlo de modo directo, sin recurrir a terceros.

Abrir esa excepción a todos los sectores o actividades significaría que el Estado impusiera a todos los particulares la forma cómo deben diseñar, organizar y desarrollar sus negocios. No sería una situación compatible con una economía social de mercado y, por lo tanto, no corresponde al modelo que viene empujando al país durante muchas décadas. La propuesta no es positiva, en especial porque la Ley 29245 ya regula los servicios de tercerización, estableciendo los requisitos, derechos y obligaciones, así como las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalizan el uso de este método de vinculación comercial.

Fiscalización y sanción

Los cuestionamientos que usualmente se hacen a la tercerización obedecen a situaciones patológicas que se pueden presentar alrededor de la misma. A situaciones de ilegalidad, que tienen que ser abordadas de manera firme, a efectos de lograr su erradicación y sanción. No obstante, la forma de erradicar las ilegalidades en que incurren determinados empleadores informales, o los incumplimientos de determinadas empresas, no es erradicar a todas las empresas.

Las infracciones de tránsito se combaten imponiendo multas e internando vehículos infractores, no prohibiendo los automóviles o los camiones. La protección actual llega al

extremo, recogido en el artículo 4 del D. Leg. 1038, de que la empresa principal está obligada a asumir las obligaciones de la empresa tercerizadora, en razón de la solidaridad establecida en la ley.

Esto significa que **si a un trabajador tercerizado no le están reconociendo sus derechos o beneficios, la infracción es de ambas empresas, y aquel le puede cobrar a cualquiera de ellas.** Además, las empresas tercerizadoras desarrollan actividades especializadas u obras, realizan los servicios prestados por su cuenta y riesgo, contando con sus propios recursos técnicos o materiales y sus trabajadores están bajo su exclusiva subordinación.

En suma, la aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, como aparece explícitamente previsto en el D. Leg. 1038 del 25 de junio de 2008. **Lo que está prohibido es la simple provisión de personal para que labore en la empresa principal, sin registro ni autorización del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE).**

Esta prohibición es correcta, y resta que se recoja en la práctica de manera más perfecta, pero no debe proscribirse toda una actividad económica para rectificar los incumplimientos de algunos. Conforme a lo dispuesto en la Ley 29245, los servicios de tercerización tienen por objeto que una parte integral del proceso productivo esté a cargo de un tercero. Esto es, a cargo de una empresa tercerizadora, constituida para tal fin y autorizada por el MTPE.

Según la ley vigente, **la tercerización de servicios no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical**, el derecho a la negociación colectiva, interferir en las actividades de la organización sindical, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical.

En suma, limitar o restringir la tercerización de servicios respecto a la actividad principal o nuclear resultaría lesivo a la libertad de empresa y de contratación que la Constitución protege. Asimismo, implicaría una infranqueable barrera de acceso a la formalidad a muchos trabajadores de empresas, incluyendo micro y pequeñas, que podrían prestar servicios a otras organizaciones empresariales.

Registro de Empresas tercerizadoras

Para iniciar y desarrollar sus actividades, las empresas tercerizadoras se inscriben en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, en un plazo de 30 días hábiles de su constitución.

Fallos del Tribunal Constitucional

Cabe destacar que el Tribunal Constitucional (TC) en reiterados fallos ha reafirmado la constitucionalidad de la tercerización de servicios (STC 0013-2014-PI/TC), recaído en el Exp. 0013-2014, rechazando la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 3, 7 y 9 de la Ley 29245, modificada por el D. Leg. 1038.

Sobre ello opera adicionalmente la constatación, ya adelantada, de que las formas de descentralización empresarial, la tercerización incluida, son representaciones válidas de la libertad de empresa, y figuras imprescindibles para que la actividad económica crezca y cree empleo, valores ambos que actualmente debieran estar en un primer orden de prioridad.

Derechos sindicales

Como se ha indicado, los trabajadores de las empresas que tercerizan servicios, no tienen ninguna restricción o limitación para el ejercicio de la libertad sindical ni para limitar el derecho de las actividades sindicales.

Derecho de negociación colectiva – DL 25593

Con relación a este rubro nuestras observaciones a la propuesta legislativa son: Las relaciones colectivas, dada su especial sensibilidad, requieren para su fluidez de una regulación nacida del consenso. Son los empleadores y trabajadores, o sus representantes, los que deberían ser los actores principales de la discusión de estos temas.

En ese sentido, la CCL reitera su objeción firme y frontal a que se lleve a cabo un cambio normativo en materia de relaciones colectivas del trabajo sin un previo debate técnico y con participación de todos los legítimamente interesados. El proyecto de ley no respeta uno de los pilares fundamentales de

la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relacionados con el carácter tripartito de la discusión de temas laborales.

Aprobar una norma sin siquiera intentar un consenso implicaría debilitar una disposición que, difícilmente, trascenderá y ni será eficaz para el fortalecimiento de las relaciones laborales.

Participación en las utilidades

Se propone que los trabajadores de las empresas tercerizadoras participen en las utilidades que genera la empresa principal. La empresa tercerizadora y la empresa principal, son empresas diferentes, constituidas al amparo de la Ley General de Sociedades, con RUC independiente y, obviamente, con obligaciones y responsabilidades distintas que la ley señala.

Los trabajadores de las empresas tercerizadoras deben de participar en las utilidades que genera su empleador, es decir, la empresa tercerizadora y no en las utilidades de la empresa principal, la que debe distribuir utilidades a sus propios trabajadores, conforme lo dispone el D. Leg. 892.

El reparto de utilidades a trabajadores de las empresas tercerizadoras implicaría reconocer que estas empresas no asumen el servicio a su propio riesgo ni son enteramente responsables de su negocio y de los resultados de este, características que deben estar presentes, conforme a ley, en cualquier proceso de tercerización de servicios.

Cambios en la ley de fomento del empleo

A la CCL le preocupa enormemente la propuesta de modificación de los Arts. 88, 100, 106 y 120 de la Ley de Fomento del Empleo, disposiciones que son de carácter general para las empresas del régimen laboral privado y no sólo para las empresas que tercerizan servicios.

En efecto, se propone pasar a esquemas absolutistas y rígidos para la extinción de contratos de trabajo, incluso en situaciones reconocidas como de excepción como la de los ceses colectivos, que ya están sujetas a una exigente regulación y restricción de parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Incorporar aún más cortapisas a un procedimiento que tan solo ha sido aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo en “un puñado de ocasiones” durante las últimas dos décadas, significaría básicamente eliminarlo, en cuyo caso se estará generando un evidente desincentivo para la creación de cualquier puesto de trabajo en nuestro país.

De igual modo, agregar limitaciones a los contratos para obra determinada y servicio específico y nuevos supuestos de desnaturalización de contratos, tratándose de un trabajador de una empresa tercerizadora o de intermediación laboral (servicios complementarios de vigilancia, limpieza y otros especializados autorizadas por el MTPE) como de cualquier otro tipo de empresa, supondría obstaculizar la creación de nuevos contratos de trabajo, justo cuando más se los necesita.

Traspaso a la planilla de empresas principales

En la Primera Disposición Complementaria del PL que observamos, con carácter y efecto retroactivo (prohibido por el artículo 103 de la Constitución vigente) que dispone: “Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.....”.

Se propone: “Dispóngase que el personal contratado por empresas tercerizadoras que, a la fecha de promulgación de la presente ley, realizan actividades principales o no nucleares de las empresas principales, sea incorporado dentro de aquellas, con una relación laboral de carácter indeterminado”.

Por las razones expuestas, la Cámara de Comercio de Lima, ha expresado su opinión contraria a la aprobación del PL 6820-2020-CR. El país requiere normas que promuevan la creación de puestos de trabajo, no que la entorpezcan.