Reglas básicas sobre la tercerización de servicios

La Ley 29245 (24-06-08) regula en el Perú los servicios de tercerización laboral, establece los casos en los que procede la tercerización, los requisitos, derechos y obligaciones que se deben cumplir, así como las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalizan el uso de este método de vinculación empresarial.

La Ley 29245 está reglamentada por el DS 006-2008-TR (12.09.2008). A continuación, puntualizamos las reglas básicas que deben tener en cuenta las empresas que contratan servicios de tercerización laboral.

Contrato de tercerización.- Es una forma de organización empresarial, mediante la cual la empresa principal encarga o delega a la empresa tercerizadora que realice una obra o parte del proceso productivo, con sus propios trabajadores y con sus propios recursos financieros y técnicos, en favor de la empresa principal.

De acuerdo con la Ley, la tercerización es la contratación de empresas para desarrollar actividades especializadas, siempre y cuando asuman los servicios prestados por cuenta propia y riesgo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos y materiales, y sean responsables de los resultados de la obra o de los servicios contratados.

En consecuencia, estamos frente a una tercerización cuando se

contrata a una empresa que desarrolle actividades especializadas u obras en favor de la empresa principal, siempre que: la empresa tercerizadora realice los servicios por su cuenta y riesgo; cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; y los trabajadores que sean destacados estén bajo la exclusiva subordinación y en su propia planilla.

Elementos básicos de la tercerización.- Para que se configure la tercerización de servicios se requiere:

- Que la empresa tercerizadora cuente con pluralidad de clientes, otorgándosele el plazo de 1 año para cumplir con tal exigencia.
- Que la tercerizadora cuente con equipamiento propio.
- Que la tercerizadora cuente con inversión de capital.
- Que la tercerizadora reciba de la empresa principal la retribución económica por la obra realizada o el servicio contratado.

Contratos de tercerización.- Conforme a la Ley 29245, procede la tercerización de servicios en:

- Los contratos de gerencia, de acuerdo a la Ley General de Sociedades.
- Contratos de obra.
- Procesos de tercerización externa.
- Contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte del proceso productivo de la empresa principal.
- Subcontratación de obras en general.

Registro de empresas.- Según la Ley 29245, las empresas que prestan servicios de tercerización deben inscribirse en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras del lugar donde la empresa desarrolla sus actividades en un plazo de 30 días hábiles de haberse constituido como empresa tercerizadora.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el denominado Registro Nacional de Empresas de Tercerización aún no se ha implementado.

Sin embargo, mediante el oficio 873-2009-MTPE/2, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) indicó que se cumpliría con tal registro con solo registrar el desplazamiento de los trabajadores de la empresa que realiza la tercerización a la empresa principal en la planilla electrónica.

Lo señalado en el oficio 873-2009- MTPE podría evitar problemas de supuesta desnaturalización del contrato a nivel administrativo (MTPE/Sunafil), pero la falta de implementación del registro hasta hoy incrementaría la posibilidad que, ante una demanda en instancia judicial, se generen contingencias de índole laboral, tanto para la empresa de tercerización como con respecto a la principal (empresa usuaria).

Responsabilidad solidaria.- Cuando la empresa de tercerización realice servicios mediante el desplazamiento de su personal hacia la empresa principal, existe responsabilidad solidaria con la empresa principal por el pago de los derechos y beneficios laborales y obligaciones de seguridad social, solo

de origen legal, por el tiempo que el trabajador estuvo desplazado a la empresa principal.

La responsabilidad solidaria rige hasta por un año posterior a la culminación del desplazamiento del personal a la empresa principal. En los casos acotados, la empresa principal tiene derecho a repetición ante la empresa de tercerización y adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en los casos de insolvencia o quiebra de la empresa tercerizadora.

Información a los trabajadores.- Al iniciarse la ejecución del contrato de tercerización, la empresa tercerizadora tiene la obligación de informar por escrito a sus trabajadores encargados de realizar la obra o a prestar los servicios, así como al sindicato, de ser el caso.

Dicha información está referida a la identidad de la empresa principal (denominación, RUC y domicilio); y el lugar donde se ejecutarán las actividades, que pueden ser el centro de trabajo o el centro de operaciones.

La empresa principal se encarga de comunicar esta información a sus propios trabajadores; la no comunicación de esta información constituye falta administrativa, de conformidad con la Ley General de Inspección del Trabajo.

Desnaturalización de la tercerización.- Los contratos de tercerización que no reúnan los requisitos establecidos en la Ley 29245, se consideran desnaturalizados; esto es, cuando la tercerizadora no asuma la prestación de los servicios por su

cuenta y riesgo, o cuando la tercerizadora no preste los servicios o realice la obra con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales.

En los casos que anteceden, los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tendrán relación laboral con la empresa principal, esto es, serán incorporados de inmediato en la planilla de la empresa principal, desde la oportunidad en la que se haya desnaturalizado el contrato de tercerización.

Se produce la desnaturalización de la tercerización cuando:

- Se constata, razonablemente, la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.
- Los trabajadores de la empresa tercerizadora se encuentren bajo la supervisión o subordinación de la empresa principal.
- Los trabajadores de la empresa tercerizadora continúan laborando en la empresa principal, a pesar de que a la empresa tercerizadora se le haya cancelado su registro en el MTPE.

Derechos sindicales.- 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 a los trabajadores en huelga o afectar a los trabajadores protegidos por el fuero sindical

Precisamos que la aplicación de este sistema de contratación empresarial 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 MTPE.

Debe mantenerse la tercerización.- Limitar o restringir la tercerización de servicios sería lesivo a la libertad de empresa y de contratación que la Constitución garantiza.

Asimismo, restringir la tercerización de servicios implicaría una barrera de acceso a la formalización de muchos trabajadores de las empresas, en especial de las micro y pequeñas empresas, que representan el 98% de las unidades productivas en el país.

Jurisprudencia en tercerización

STC 0013-2014-PI/TC.- El Tribunal Constitucional (TC) ratifica la constitucionalidad de la Ley de Tercerización Laboral, reafirmando que esta modalidad de contratación empresarial no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

STC 1671-2013-PA/TC.- El TC considera que se desnaturaliza la tercerización de servicios cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la

empresa principal, o cuando la empresa tercerizadora no asume los servicios prestados por su cuenta y riesgo como dispone la ley.

Casación Laboral 20597-2016-Lambayeque.- Para que no se desnaturalice la tercerización de servicios se requiere: que la tercerizadora asuma los servicios por su cuenta y riesgo; que cuente con recursos propios financieros, técnicos o materiales; que la tercerizadora sea responsable de los resultados de las actividades contratadas; y que los trabajadores de la empresa tercerizadora estén bajo subordinación y en la planilla de la tercerizadora.

Casación Laboral 8983-2015- Del Santa.- La Corte Suprema determinó que la mera provisión de personal por parte de la empresa tercerizadora a la empresa principal, es causal de desnaturalización de la tercerización.

Casación Laboral 2346-2017-Lambayeque.- Para determinar una tercerización legítima, se requiere analizar en forma conjunta los requisitos previstos en el artículo 2 de la Ley 29245.

Asimismo, el elemento determinante es la autonomía de las empresas que concurren en la actividad productiva. Para ello debe analizarse el principio de primacía de la realidad.

Casación Laboral 1741-2017- Lima.- El contrato de tercerización se desnaturaliza cuando se demuestra que en la materialización de las labores contratadas el único aporte de la tercerizadora ha sido proporcionar al personal, el cual fue

dirigido por la empresa principal, constatándose subordinación laboral con la empresa principal.