



PERÚ

Ministerio de Trabajo
y Promoción del Empleo

“DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES”
“AÑO DEL FORTALECIMIENTO DE LA SOBERANÍA NACIONAL”

INFORME N° 048 -2022-MTPE/2/14.1

PARA : **ERNESTO ALONSO AGUINAGA MEZA**
Dirección General de Trabajo

DE : **KENNY DÍAZ RONCAL**
Dirección de Normativa de Trabajo

ASUNTO : Opinión sobre el Proyecto de Ley N° 615/2021-CR, Proyecto de Ley que propone prohibir la tercerización laboral con desplazamiento de trabajadores, deroga norma de tercerización y dispone medidas de igualdad laboral

REFERENCIA : a) Oficio N° 00560-2021-2022/CTSS-CR
b) Memorando N° D001436-2021-PCM-OGAJ

FECHA : 09 de febrero de 2022

Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarle muy cordialmente y al mismo tiempo informar a usted lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante el documento de la referencia a), la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República solicita al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) opinión técnico institucional sobre el Proyecto de Ley N° 615, “Proyecto de Ley que propone prohibir la tercerización laboral con desplazamiento de trabajadores, deroga norma de tercerización y dispone medidas de igualdad laboral”.
- 1.2 Conforme a lo previsto en el literal c) del artículo 64 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del MTPE, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 308-2019-TR, la Dirección de Normativa de Trabajo tiene entre sus funciones emitir opinión técnica en materia de trabajo. Por tanto, esta Dirección procede a emitir opinión técnica en el marco de sus competencias.

II. BASE LEGAL

- 2.1. Constitución Política del Perú.
- 2.2. Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.
- 2.3. Ley N° 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y modificatorias (LOF del MTPE).
- 2.4. Decreto Legislativo N° 1038, Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley N° 29245.
- 2.5. Decreto Supremo N° 006-2008-TR, Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización.



- 2.6. Resolución Ministerial N° 308-2019-TR, que aprueba el Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (ROF del MTPE).

III. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO DE LEY N° 615/2021-CR

- 3.1. El Proyecto de Ley N° 537, tiene por objeto prohibir la tercerización laboral con desplazamiento de trabajadores, derogar normas de tercerización y disponer medidas de igualdad laboral para los trabajadores de las empresas tercerizadoras
- 3.2. De acuerdo con la Exposición de Motivos, se señala que si bien la tercerización puede resultar parte del proceso de descentralización y modernización productiva, su uso extendido y arbitrario ha generado condiciones de desigualdad laboral.
- 3.3. De esta manera, se señala que el impacto de la tercerización en las condiciones de trabajo se traduce en: la alteración de la noción del empleador, la degradación de las condiciones de trabajo y empleo del personal subcontratado (trabajadores contratados por la empresa principal poseen un empleo de mayor calidad, estable y más seguro), el uso intensivo de la mano de obra temporal y la extinción de las relaciones laborales del personal de la empresa principal a causa del desvío de sus actividades a otras empresas; asimismo, se dificulta la sindicalización y la negociación colectiva.
- 3.4. Por otra parte, se refiere que se afecta el derecho a la estabilidad laboral, pues la mayoría de trabajadores desplazados tienen contratos temporales, pese a realizar actividades permanentes para las empresas que hacen tercerización; siendo pasibles de rotación continua, que no es otra cosa que no es sino la conclusión de vínculo laboral a discreción de su empleador, bajo la cobertura legal de vencimiento de contrato.
- 3.5. Es así que, la presente iniciativa legislativa propone prohibir la tercerización de servicios con desplazamiento de trabajadores a la empresa principal (artículo 2), en atención a las condiciones de desigualdad y discriminación expuestas y que son consustanciales a esta modalidad de abaratamiento de costos laborales en la cadena productiva empresarial. Se exceptúa los casos de desplazamiento esporádico o no continuo, siempre que recaigan en actividades no principales, se trata de aquellos que no superen el tercio de días laborables dentro del periodo contratado.
- 3.6. Asimismo, se propone la derogatoria de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, el Decreto Legislativo N° 1038, Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, y normas conexas (artículo 3). La prohibición de la tercerización laboral con desplazamiento continuo, dejaría sin objeto las normas que regulan actualmente esta modalidad de contratación.
- 3.7. Adicionalmente, se dispone el tránsito inmediato de los trabajadores desplazados contratados por las empresas tercerizadoras a una relación laboral directa a plazo indeterminado con la empresa principal (artículo 4.1.), la igualdad remunerativa (4.2) y la prohibición de la terminación del vínculo laboral que tenga como finalidad impedir el pase a planilla de la empresa principal o evadir el cumplimiento de la ley (artículo 4.3). De acuerdo con las Exposición de Motivos,



estas disposiciones concretizan el principio laboral constitucional de igualdad de oportunidades sin discriminación, al establecer condiciones laborales sujetas a la regulación común ya existente en el régimen laboral de la actividad privada para el caso de las empresas.

- 3.8. Finalmente, se dispone que SUNAFIL considere como infracción muy grave el incumplimiento de la prohibición establecida de las disposiciones de incorporación de trabajadores desplazados a la empresa principal, autorizándose a la correspondiente modificación del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.

IV. ANÁLISIS

a. Cuestión previa

- 4.1. Esta Dirección se encuentra de acuerdo con la intención del legislador de acotar el uso de la tercerización laboral. Si bien resulta innegable la importancia de ésta como herramienta de gestión de la empresa moderna que contribuye a hacerla competitiva, la utilización indiscriminada de dicha figura convierte a este mecanismo en una de las principales causas de menoscabo de los derechos laborales de los trabajadores.
- 4.2. En ese sentido, en el presente informe, desarrollaremos algunas consideraciones a tener en cuenta por el legislador.

b. Sobre el objeto de la ley y la prohibición de tercerización (artículo 1 y 2)

- 4.3. El artículo 1 del proyecto ley propone lo siguiente:

“Artículo 1.-Objeto

La presente ley tiene por objeto prohibir la tercerización laboral con desplazamiento de trabajadores, derogar normas de tercerización y disponer medidas de igualdad laboral para los trabajadores de las empresas tercerizadora.”

- 4.4. Por su parte, el artículo 2 desarrolla la prohibición de la tercerización con desplazamiento de trabajadores, salvo en que sean esporádicos, en los siguientes términos:

“Artículo 2.- Prohibición de tercerización

Prohibese la tercerización de servicios con desplazamiento de trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de la empresa principal; salvo en los casos de desplazamiento esporádico que no superen el tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización para ejecutar actividades no principales.”

- 4.5. En primer lugar, es de señalar que el artículo 2 de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, define la tercerización como la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.



- 4.6. En tal sentido, el artículo 2 del Reglamento de Ley N° 29245, señala que el ámbito de aplicación 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.
- 4.7. Asimismo, el artículo 6 del Reglamento establece que el desplazamiento continuo se lleva a cabo cuando:
- a) El desplazamiento ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o,
 - b) Exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.
- 4.8. De esta manera, encontramos que el desplazamiento continuo es propio de la tercerización laboral. Por lo cual, si el artículo 1 y 2 proponen la eliminación del desplazamiento en la tercerización laboral, en el fondo, se estaría eliminado dicha figura del marco legal; en consecuencia, las empresas no podrían organizar sus actividades empleando la tercerización.
- 4.9. Al respecto, es importante señalar que, “(...) cuando el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.”¹
- 4.10. Por lo cual, en virtud del reconocimiento del derecho a la libertad de empresa, así como el derecho a un trabajo digno en igualdad de condiciones, consideramos que una medida adecuada es restringir la figura de la tercerización laboral, a fin de evitar su desnaturalización.
- 4.11. En ese sentido, esta Dirección tiene a bien brindar los siguientes alcances al legislador, a fin de que evalúe incorporarlos en su propuesta normativa:
- Actualmente, una lectura sistemática de los artículos 2 y 3 de la Ley N° 29245 nos lleva a la necesaria conclusión que entiende que los casos que constituyen tercerización², como los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo, se ejecutan a través de la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras³.

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en Expediente N° 01405-2010-PA/TC, FJ. 15.

² Artículo 3.- Casos que constituyen tercerización de servicios
Constituyen tercerización de servicios, entre otros, los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, **los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.** (El resaltado es nuestro).

³ Artículo 2.- Definición



- Como se puede apreciar, la definición del concepto de *actividad especializada u obra* deviene en capital para entender el ámbito de aplicación de la tercerización. Al margen que la Ley no lo defina, es claro que toda empresa tiene un área neurálgica que no se debería externalizar, ello a fin de evitar que se creen personas jurídicas “cascarón”, esto es, apéndices de intereses empresariales mayores que utilicen estas figuras solo para la provisión de personal y, con ello, precarizar el empleo y evadir sus responsabilidades como verdaderos empleadores.
- En ese sentido, actualmente es el Reglamento de la Ley el instrumento normativo que define tales conceptos capitales. Al respecto, esta Dirección estima conveniente que sea el legislador el que haga expreso en la Ley lo que actualmente se encuentra tácito: que las actividades especializadas u obras abarcan actividades diferentes al núcleo del negocio.
- Sobre el particular, si bien el “núcleo del negocio” forma parte de la actividad principal de la empresa, por sus particulares características no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento.
- Por último, para identificar el núcleo del negocio en el caso concreto, se debe observar, entre otros aspectos, los siguientes: i) el objeto social de la empresa; ii) lo que la identifica a la empresa frente a sus clientes finales; iii) el elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades; iv) la actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes; y, v) la actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos.

c. Sobre la derogatoria de normas de tercerización (artículo 3)

4.12. El proyecto de ley plantea la siguiente redacción:

*“Artículo 3.- Derogatoria de normas de tercerización
Derógase la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, el Decreto Legislativo N° 1038, Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, y normas conexas.”*

4.13. Conforme hemos señalado anteriormente, la restricción de una tercerización con desplazamiento continuo, implica, en el fondo, la derogación de esta figura.

Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.

La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.



- 4.14. En ese contexto, resulta confusa la redacción del artículo 3, debido a que estaría proponiendo la eliminación total de dicha figura. Respecto de lo cual, como hemos referido anteriormente, no nos encontramos de acuerdo, debido a que existen otras alternativas que permiten acotar la figura de la tercerización laboral, a fin de evitar su desnaturalización.

d. Sobre las medidas de igualdad laboral (artículo 4)

- 4.15. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente sobre la eliminación de la tercerización con desplazamiento continuo, esta Dirección emite su opinión respecto al artículo 4 del proyecto de ley.

- 4.16. El proyecto de ley plantea la siguiente redacción:

“Artículo 4.- Medidas de igualdad laboral

4.1. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, los trabajadores desplazados contratados por las empresas tercerizadoras tienen una relación laboral directa con la empresa principal a plazo indeterminado.

4.2. Los trabajadores desplazados incorporados a la empresa principal tienen derecho a igual remuneración a la que vienen percibiendo los trabajadores de la empresa principal por igual o equivalente trabajo

4.3. Prohíbese la terminación del vínculo laboral que tenga como finalidad impedir el pase a planilla de la empresa principal o evadir el cumplimiento de la presente ley. “

- 4.17. En primer lugar, es de señalar que esta Dirección se encuentra de acuerdo con la existencia de medidas que permitan la igualdad laboral.

- 4.18. No obstante, los numerales 4.1. y 4.2. presumen la existencia de una desnaturalización o fraude, sin considerar que la tercerización se llevó a cabo bajo el marco legal vigente, el mismo que permitió ejecutar la prestación de servicios.

- 4.19. Por lo cual, recomendamos al legislador reevaluar dichas disposiciones, debido a que se estaría presumiendo una desnaturalización de la tercerización.

- 4.20. En tal sentido, sugerimos (i) que se establezca una disposición que permita la fiscalización de los casos con indicios de desnaturalización, y (ii) un periodo de adecuación al cambio normativo, vencido el cual, si la empresa no cumple con lo dispuesto, operaría la sanción correspondiente

- 4.21. Finalmente, en relación al numeral 4.3. del artículo propuesto, debemos señalar que su lectura es confusa. Por tanto, recomendamos que en la redacción se haga explícito que dicha disposición está dirigida a las empresas tercerizadoras.

V. CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, esta Dirección considera que el Proyecto de Ley N° 615/2021-CR, Proyecto de Ley que propone prohibir la tercerización laboral con desplazamiento de trabajadores, deroga norma de tercerización y dispone medidas de igualdad laboral, **es inviable**, según lo desarrollado en el punto anterior.

VI. RECOMENDACIÓN



PERÚ

Ministerio de Trabajo
y Promoción del Empleo

*“DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES”
“AÑO DEL FORTALECIMIENTO DE LA SOBERANÍA NACIONAL”*

Se recomienda que el presente informe sea puesto a consideración de la Dirección General de Trabajo, a fin de que previo visto bueno de la misma, continúe el trámite correspondiente.

Kenny Díaz Roncal
Director de Normativa de Trabajo

H.R. E-110542-2021