ENFOQUE CORPORATIVO

Modificaciones en tercerización laboral

César Puntriano Rosas
Abogado laboralista

El lunes 22 de agosto venció el plazo de 180 días para que las empresas adecúen sus contratos de prestación de servicios a las restricciones en materia de tercerización establecidas por el D. S. Nº 001-2022-TR. Sin realizar un juicio de valor sobre dichos cambios, con cuyo contenido discrepamos, conviene recordar que la norma indicada prohíbe la tercerización de actividades que califiquen como núcleo de negocio de la empresa principal y se ejecuten con desplazamiento continuo de trabajadores al centro de trabajo u operaciones de esta. Así, deben concurrir ambos supuestos para caer en la prohibición.

Para entender la restricción legal es importante considerar la definición de núcleo del negocio, el cual, dice la norma, forma parte de la actividad principal y se determina observando, entre otros, los siguientes requisitos: el objeto social de la empresa; lo que la identifica ante sus clientes finales, el elemento diferenciador de la empresa en el mercado en el que desarrolla sus actividades, la actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes, o aquella que suele reportarle mayores ingresos.

En un par de informes no vinculantes, el sector Trabajo ha señalado que los elementos para determinar al núcleo del negocio no deben aplicarse de manera copulativa, es decir, basta con que uno coincida, y además ha sostenido que el contenido del objeto social y aquello que identifica a la empresa frente a sus clientes finales no necesariamente deben coincidir, debiendo privilegiarse en dichos casos el principio de primacía de la realidad, atendiendo a lo que identificaría un consumidor razonable. Sobre el elemento diferenciador de la empresa, dice el Mintra, debe evaluarse lo que distingue a la empresa frente a sus otros competidores y aquellas actividades internas que lo hacen posible; así como el hecho de que el elemento diferenciador sobrevenga a la constitución e inicio de actividades empresariales. En cuanto a la actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes, corresponde, afirma el Mintra, evaluar el plus que ofrece la empresa en el mercado, sea en bienes o servicios, a fin de que sus clientes obtengan un mejor producto. Dada la carga subjetiva de algunos de los criterios indicados, es importante que la empresa cuente con un interlocutor que conozca sus procesos para que atienda debidamente al inspector de Sunafil.

No perdamos de vista que el desplazamiento continuo ocurrirá cuando el personal del contratista realice sus labores en el centro de trabajo u operaciones de la empresa principal durante más de un tercio de los días laborables pactados en el contrato de tercerización o cuando la tercerización excede de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo dentro de un semestre. En días recientes, además se emitió el D. S. Nº 015-2022-TR, que modifica el reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, fijando las multas por infringir las nuevas reglas sobre tercerización.

Entonces, Sunafil cuenta con una norma sustantiva cuyo plazo de adecuación ya venció y las infracciones para poder sancionar. Asimismo, mediante la Resolución Nº 428-2022-Sunafil, se ha aprobado el Protocolo N° 001-2022-Sunafil/DINI, denominado "Protocolo para la fiscalización de la tercerización laboral". A la fecha, existen empresas a las que se les han otorgado medidas cautelares por parte del Indecopi o el Poder Judicial (amparo), por lo que a estas no se les aplicarán las restricciones descritas.