



Carta N° 299-2024/DE/COMEXPERU

Lima, 29 de octubre de 2024

Congresista
ELVA EDHIT JULON IRIGOIN
Presidenta de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social
Congreso de la República
Presente.-

Ref.: Proyecto de Ley N° 8724/2024-CR

De nuestra consideración:

Es grato saludarla y dirigirnos a usted a nombre de la Sociedad de Comercio Exterior del Perú – ComexPerú, una organización privada que busca contribuir en la implementación de políticas públicas, con una visión de defensa de principios por sobre intereses particulares, teniendo como objetivo mejorar la calidad de vida del ciudadano. Nuestro trabajo se basa en análisis objetivos, rigurosos y sólida evidencia técnica. Desde ComexPerú nos ponemos a disposición para aportar en los temas y proyectos que se vean en su Comisión.

En esta oportunidad, a modo de respuesta al Oficio de la referencia, remitido por su despacho, remitimos nuestra opinión sobre el proyecto de ley en referencia (en adelante, “el Proyecto”), que propone modificar la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, para prohibir la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo de negocio, entre otras medidas.

Al respecto, manifestamos nuestra preocupación con relación al Proyecto, pues busca prohibir una actividad económica sin identificar el problema público a solucionar ni evaluar la adopción de medidas alternativas a la prohibición, como la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones de la Ley N°29245. En ese sentido, presentamos las siguientes observaciones:

- La Exposición de Motivos contiene contradicciones y no toma en cuenta que las problemáticas alegadas se encuentran atendidas por la normatividad vigente, lo que evidencia que no se ha identificado adecuadamente el problema público a solucionar.
- El Proyecto contiene una restricción a la libertad de empresa reconocida constitucionalmente sin evidencia que demuestre la eficacia de dicha propuesta para conseguir los objetivos planteados.
- El Proyecto no ha sustentado de qué manera la fiscalización del cumplimiento de la normatividad vigente sería una medida menos idónea para atender los objetivos planteados.

- El Proyecto busca impulsar una medida cuya constitucionalidad se encuentra actualmente en el ámbito jurisdiccional y que en primera instancia, ya ha sido declarada inconstitucional.

Sin otro particular, nos valemos de la ocasión para reiterarle nuestra especial consideración y estima personal.

Atentamente,

Jaime Dupuy Ortiz de Zevallos
Director Ejecutivo



OPINIÓN LEGAL

PROYECTO DE LEY N° 8724/2024-CR

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA NORMATIVA SOBRE TERCERIZACIÓN EN BENEFICIO DE LOS TRABAJADORES

1. El Proyecto no identifica adecuadamente el problema público a solucionar.

De acuerdo con la fórmula planteada en el Proyecto, la finalidad de esta iniciativa es la de actualizar la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización (Ley 29245), para combatir prácticas contrarias al derecho de trabajo. Para ello, establece la prohibición de la tercerización del núcleo de negocio (la actividad principal).

Al revisar la Exposición de Motivos, se aprecia que el objetivo principal es, precisamente, prohibir la tercerización del núcleo de negocio de las empresas. No obstante, se indica que la prohibición ya se encuentra contenida en la Ley 29245, conforme se aprecia a continuación:

Exposición de Motivos del Proyecto, página 7:

*“En 2008, fueron publicados la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo 1038, normas que regulan la tercerización y que señalan que solamente procede la tercerización para la realización de actividades especializadas u obras de la empresa principal. En consecuencia, **no procede para aquellas actividades sobre las que la empresa principal ya es experta o especializada; su actividad habitual u ordinaria.**”*

(Resaltado y subrayado agregados)

La contradicción entre la fórmula legal, los objetivos del Proyecto y su Exposición de Motivos evidencia que no se ha identificado adecuadamente el problema público a solucionar.

En efecto, la Exposición de Motivos señala diversas problemáticas presuntamente derivadas de no prohibir la tercerización de la actividad principal o núcleo de negocio de los agentes económicos, siendo la principal la masificación de esta modalidad con la finalidad de crear “empresas fraudulentas, por las que se busca evitar costos de remuneraciones y de posibles accidentes laborales” (Sic.). No obstante, se omite indicar que el artículo 9° de la Ley 29245 ya atiende dicha problemática, al disponer que la empresa principal es responsable solidariamente del pago de los derechos y beneficios laborales, así como por el pago de las obligaciones de seguridad social del trabajador desplazado, incluso extendiéndose dicha responsabilidad solidaria hasta un año después de culminado el desplazamiento del trabajador, como se aprecia a continuación:

Ley 29245.

“Artículo 9. Responsabilidad de la empresa principal

*La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora **es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales** y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.”*

(Subrayado y ressaltados agregados)

Si bien la Exposición de Motivos busca diferenciar las dos modalidades del fenómeno de “descentralización de servicios” (la tercerización y la intermediación laboral), pareciese que no se ha detenido a verificar que la problemática de desnaturalización se estaría realizando en la modalidad de intermediación laboral (las denominadas “services”), cuyo régimen sí prohíbe expresamente la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria del servicio, como se aprecia a continuación:

Ley 27626.

“Artículo 3. Supuestos de procedencia de la intermediación laboral.

La intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria sólo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización.

*Los trabajadores destacados a una empresa usuaria **no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa.**”*

(Subrayado y resaltados agregados)

De otro lado, la Exposición de Motivos señala que producto de la tercerización se darían supuestos en los cuales los trabajadores tercerizados ganan menos que quienes laboran directamente para el agente principal (a pesar de que realizarían labores similares). No obstante, no adjuntan evidencia que muestre que la prohibición de tercerización la actividad principal (o núcleo de negocio) genere que los sueldos de quienes antes eran trabajadores tercerizados (i) sean contratados como trabajadores del agente principal y (ii) de ser así, tengan mayores salarios.

2. La prohibición limita la libertad de empresa sin contemplar medidas alternativas para atender el problema público señalado en el Proyecto.

El artículo 59 de la Constitución reconoce la libertad de empresa dentro del régimen económico de una economía social de mercado. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente 0011-2013-PI/TC, delimitó el contenido constitucional de la libertad de empresa, indicando que esta garantiza: (i) la libertad de acceso; (ii) la libertad de salida o cierre; y, (iii) la libertad de organización. Respecto de esta última, el TC señaló que esta se da “*A través del reconocimiento a la libertad de organización de la empresa, que garantiza al empresario la facultad de establecer los objetivos propios de la empresa, con el fin de dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del mercado*” (fundamento 32).

En esa línea, se tiene que, como parte de la libertad de organización (derivada de la libertad de empresa), los agentes pueden disponer la asignación eficiente de sus recursos en su proceso productivo. La tercerización es, precisamente, una manera en la que los agentes optimizan sus recursos en aras de mayor eficiencia, lo cual incrementa la competitividad y redundante en el bienestar de los consumidores.

A diferencia de la intermediación (que consiste en el destaque de mano de obra para la realización de actividades complementarias), la tercerización consiste en la prestación de un servicio integral dentro de la cadena productiva del agente principal (en donde la mano de obra es solo una parte de dicho servicio).

La tercerización, al ser un servicio de corte más integral, permite al agente principal ahorrar costos en funciones no especializadas para enfocar sus esfuerzos en desarrollar aquellos aspectos sobre los cuales cuenta con la experiencia y conocimientos necesarios. Por tanto, resulta congruente que no exista limitación sobre aquello que pueda tercerizarse. De otro

lado, la intermediación laboral supone el destaque de personal para actividades específicas complementarias, por lo que sí resulta congruente con esta figura que exista una limitación a la intermediación.

La Exposición de Motivos señala que resulta constitucional plantear esta prohibición, pues se sustentaría en garantizar mejores salarios, estabilidad laboral y mejores condiciones laborales. No obstante, como hemos mencionado previamente, resulta preocupante que dicha afirmación no se encuentre acompañada de evidencia que demuestre la eficacia de la restricción a la libertad de empresa propuesta en el Proyecto para conseguir los objetivos planteados frente a una medida alternativa, como podría ser la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones contenidas actualmente en la Ley 29245.

Finalmente, la prohibición de tercerización del núcleo de negocio es una medida que actualmente se encuentra siendo analizada en el foro constitucional.

3. La iniciativa legislativa no ha reparado en verificar que la prohibición de tercerización del núcleo de negocio se encuentra siendo analizada en sede constitucional

La Exposición de Motivos del Proyecto reconoce que la prohibición de tercerización del núcleo de negocio, como figura, se encuentra recogida en el Decreto Supremo 001-2022-TR (el Decreto Supremo), aprobado por el Ministerio de Trabajo (el Ministerio). Lo que no se precisa es que dicha norma fue cuestionada por diversos agentes económicos ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi (en adelante la CEB) y, en paralelo, ante la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, en un proceso de acción popular.

En sede administrativa, la CEB del Indecopi dictó una medida cautelar de inaplicación de esta prohibición (medida que fue confirmada por la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas, SEL) y, en su resolución final, declaró que esta prohibición contenida en el Decreto Supremo constituye una barrera burocrática ilegal, pues el Ministerio no contaba con las competencias legales para disponer ello.

En virtud del recurso de apelación planteado por el Ministerio el caso fue elevado a la SEL. No obstante, considerando que la prohibición fue cuestionada en sede judicial, la SEL dispuso la suspensión del procedimiento.

Ahora bien, como ha sido indicado previamente, la prohibición de tercerización del núcleo de negocio fue cuestionada en un proceso de acción popular por Sedapal y otros agentes económicos ante la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima. Dicho órgano jurisdiccional declaró fundada la demanda, entre otros fundamentos, por contravenir el derecho a la libertad de empresa, como se observa a continuación:

“CUADRAGESIMO OCTAVO: Que, definitivamente, en todo ese contexto, identificar o determinar el núcleo del negocio no es una tarea sencilla y conforme a lo antes glosado, en puridad, correspondería hacerlo a la empresa misma en una concreción de su derecho constitucional a la libertad de empresa (...) sin embargo, como se reitera, con la mencionada disposición reglamentaria no sucedería así, por cuanto también otros terceros u operadores del derecho podrían realizarlo bajo propio criterio o libre albedrío (de manera ajena y exógena); por lo que es evidente, que bajo estos supuestos también se vulnera el derecho constitucional a la libertad de empresa.

*CUADRAGESIMO NOVENO: Que, por otro lado, esa afectación también se extiende a las empresas tercerizadoras, sobre todo a las micro y pequeñas empresas, por cuanto la disposición reglamentaria cuestionada al no otórgales certeza sobre el núcleo del negocio, así como tampoco las formas de identificarlo y determinarlo, les restringirían el acceso al mercado (...) **forzando incluso a la toma de decisiones de cierre o fin de actividades (liquidación), conllevando a graves situaciones de desempleo o informalidad de trabajadores altamente especializados.***
(Resaltado de origen)

Si bien los efectos de este proceso se circunscriben a la aplicación del Decreto Supremo, lo cierto es que la autoridad jurisdiccional ha realizado su análisis sobre la constitucionalidad de la figura en abstracto (con independencia del instrumento normativo que la materializa). Llama la atención que el Proyecto no haya reparado sobre esta situación, lo que podría indicar que se busca incluir esta medida sin mayor estudio, justificación, evidencia y sin esperar el pronunciamiento de la autoridad jurisdiccional.

4. Conclusiones

En atención a lo expuesto, solicitamos respetuosamente el archivo de la iniciativa legislativa, en atención a las siguientes observaciones:

- La Exposición de Motivos contiene contradicciones y no toma en cuenta que las problemáticas alegadas se encuentran atendidas por la normatividad vigente, lo que evidencia que no se ha identificado adecuadamente el problema público a solucionar.
- El Proyecto contiene una restricción a la libertad de empresa reconocida constitucionalmente sin evidencia que demuestre la eficacia de dicha propuesta para conseguir los objetivos planteados.
- El Proyecto no ha sustentado de qué manera la fiscalización del cumplimiento de la normatividad vigente sería una medida menos idónea para atender los objetivos planteados.
- El Proyecto busca impulsar una medida cuya constitucionalidad se encuentra actualmente siendo analizada en el foro jurisdiccional, y que en primera instancia ya ha sido declarada inconstitucional.