

## TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS EN EL SECTOR PÚBLICO

*JAIME CUZQUÉN CARNERO*

Con ocasión de la reciente publicación del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización, en adelante “el Reglamento”, ha comenzado a discutirse la implicancia que dicha regulación tiene respecto a los procesos de tercerización de servicios que el Estado ejecuta como entidad principal delegando actividades que son de su propia competencia hacia personas jurídicas de derecho privado.

Las preguntas más importantes que surgen son: ¿Están efectivamente excluidos los procesos de tercerización de servicios en el Estado, del ámbito de aplicación del Reglamento? Si estuviesen excluidos, ¿qué regulación les es aplicable?

Como conclusiones finales plantearemos una respuesta en cada caso que puede no tener un sustento normativo específico pero que lleva implícita la aplicación de criterios basados en el hecho que, ante situaciones no reguladas y que conlleven afectación de derechos laborales, la interpretación de las normas laborales siempre debe tener un enfoque tuitivo sin que ello implique, evidentemente, afectar el ordenamiento jurídico.

En efecto, la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 constituyen el nuevo marco jurídico que regula la tercerización de servicios y, en él, nada se indica sobre dicha vinculación empresarial con el Estado. Es más, el artículo 2° del Reglamento de dichas normas excluye expresamente al Estado:

“Artículo 2°.- Ámbito de la tercerización

*El ámbito 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.*

**La tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia”.**

En consecuencia el supuesto de hecho contenido en el ámbito del Reglamento tiene, entre sus más importantes características, que:

- La empresa principal de la tercerización debe tener trabajadores a los que se les aplique el régimen laboral de la actividad privada.
- Debe existir desplazamiento continuo, según las características introducidas por el artículo 6° del Reglamento, del personal de la empresa tercerizadora hacia el centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal.
- No debe tratarse de tercerización de servicios en el sector público pues esta se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia.

De igual forma, se puede concluir que se ha excluido del ámbito de aplicación del Reglamento, en virtud al supuesto de hecho anterior, a:

- (i) La tercerización sin desplazamiento
- (ii) La tercerización con desplazamiento no continuo, según lo recientemente regulado
- (iii) Las provisiones de bienes y servicios sin tercerización
- (iv) El servicio de tercerización requerido por una empresa principal cuyos trabajadores no estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada
- (v) La tercerización de servicios en el sector público, sea que se encuentre regulada por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado o por normas especiales

En lo que se refiere a la tercerización de servicios en el sector público, es importante mencionar que los numerales 71.1° a 71.4° del artículo 71° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General - LPAG, regulan el Encargo de Gestión, que es pertinente a este tema en la medida que hace posible que entidades del Estado deleguen la realización de actividades, que son de su competencia, a entidades privadas. Según el inciso 71.4, el **encargo** a entidades privadas debe sustentarse en una norma autoritativa con rango legal que establezca el procedimiento, requisitos, entre otros aspectos y deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo:

#### “Artículo 71.- Encargo de gestión

71.1 La realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano puede ser encargada a otros órganos o entidades por razones de eficacia, o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma.

71.2 El encargo es formalizado mediante convenio, donde conste la expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten el plazo de vigencia, la naturaleza y su alcance.

71.3 El órgano encargante permanece con la titularidad de la competencia y con la responsabilidad por ella, debiendo supervisar la actividad.

**71.4 Mediante norma con rango de ley, puede facultarse a las entidades a realizar encargos de gestión a personas jurídicas no estatales, cuando razones de índole técnico y presupuestado lo haga aconsejable bajo los mismos términos previstos en este artículo, dicho encargo deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo”.**

En el tema específico objeto de análisis, la última parte del artículo 2° del Reglamento, referido a la tercerización de servicios en el sector público alude a dos regulaciones distintas:

- (i) Las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado (Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y sus normas complementarias, modificatorias y reglamentarias)<sup>(1)</sup>; y
- (i) Las normas especiales que se expidan sobre la materia. Consideramos que dentro de este último supuesto se encuentran:
  - Las normas autoritativas de rango legal que permiten los Encargos de Gestión de la LPAG
  - Las Asociaciones Público - Privadas reguladas por el Decreto Legislativo N° 1012
  - Las normas que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos contenidas en el TUO aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM
  - Las normas contenidas en la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada que establece como formas de participación de la inversión privada, entre otras, al Contrato de Gerencia<sup>(2)</sup> y a la Especialización de Servicios (outsourcing)<sup>(3)</sup>.

(1) Es importante mencionar que con fecha 04 de junio de 2008 se ha publicado el Decreto Legislativo N° 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, cuya entrada en vigencia, según su Duodécima Disposición Complementaria Final, será a los 30 días calendario contados a partir de la publicación de su Reglamento y del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE (organismo que reemplazará a CONSUCODE). Esta norma deroga la Ley N° 26850; Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y sus normas modificatorias.

(2) Según el literal d) del artículo 10° del Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, Reglamento de la Ley N° 28059, se define Contrato de Gerencia como: “... la modalidad contractual mediante la cual el Estado, a través de cualquiera de sus tres niveles de gobierno, cede temporalmente a otra u otras personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, la dirección, administración y/o gestión de una empresa estatal, transfiriendo el manejo o gerenciamiento de la misma.”

(3) Según el literal f) del artículo 10° del Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, Reglamento de la Ley N° 28059, se define Especialización de Servicios (Outsourcing) como: “... la modalidad contractual mediante la cual el Estado, a través de sus tres niveles de gobierno, celebra un acuerdo con una o más personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, transfiriéndoles una parte integral del proceso productivo de una o varias empresas estatales y/o de las actividades de las mismas, bajo la condición que el inversionista privado asuma las tareas contratadas por su cuenta y riesgo.”

Ahora, atendiendo a los dos últimos supuestos excluidos del ámbito del Reglamento, es decir, al servicio de tercerización requerido por una empresa principal cuyos trabajadores no estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, y a la tercerización de servicios en el sector público, sea que se encuentre regulada por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado o por normas especiales, podemos afirmar que a los procesos de tercerización requeridos por el Estado no les serán aplicables las recientes normas sobre tercerización de servicios, debido a la exclusión expresa antes mencionada y en la medida que la entidad del Estado que específicamente requiera el servicio, tenga a sus propios trabajadores dentro de un régimen laboral distinto al de la actividad privada, como es el caso del régimen laboral público o de servicio civil.

Al respecto, es importante mencionar que, si bien consideramos que dicha exclusión supone un trato desigual y por tanto discriminatorio con relación a las entidades del sector privado, y podría propiciar situaciones de afectación a los derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras de un proceso requerido por el Estado, lo cierto es que las normas sobre tercerización de servicios recientemente emitidas, en ningún caso podrán ser aplicadas directamente en los procesos de vinculación con el Estado.

Sin embargo, no se puede dejar de tener presente que si el Estado contrata con una empresa privada para que le preste servicios de tercerización, esta última deberá cumplir con los requisitos generales que establece la Ley y el Reglamento para ser considerada como una verdadera empresa de servicios de tercerización y, de otro lado, el Estado tiene la obligación, en su calidad de tal, de velar que en efecto se cumpla con dicha legislación laboral. Así pues, para atenuar los efectos de la norma discriminatoria, el Estado debería, al menos contractualmente, establecer los criterios más significativos de la reciente regulación lo cual permitiría cautelar que en sus procesos de tercerización con entidades privadas se respeten los derechos laborales de los trabajadores de estas. Ello implicaría propiciar que el Estado solo se vincule con empresas de tercerización de servicios que no afecten los derechos de sus trabajadores.

En lo sucesivo, y en consideración a los próximos procesos de promoción de la inversión privada, debería analizarse la pertinencia de hacer extensivos los criterios generales que se aplican al sector privado, también a los procesos de tercerización en los que el Estado sea la entidad principal. Lo cierto es que, de acuerdo a la legislación vigente, consideramos que, en principio, disposiciones particulares sobre desnaturalización<sup>(4)</sup>, derecho a información, garantía de derechos laborales, registro y responsabilidad solidaria<sup>(5)</sup>, entre las más importantes, no serán aplicables al Estrado y a sus procesos de tercerización.

(4) Sobre este aspecto, algunos efectos de la desnaturalización, tal como recientemente se ha regulado, tienen limitaciones con relación al Estado pues, por ejemplo, como consecuencia de la desnaturalización misma difícilmente podría hacerse efectiva la inclusión en planillas del Estado de un trabajador de la empresa tercerizadora teniendo en cuenta que existen una serie de restricciones presupuestarias emanadas de normas de rango legal que impiden la contratación de personal. Sin embargo, en otro supuesto y como efecto de la desnaturalización, sí se podría dejar sin efecto el registro de la empresa tercerizadora, ante lo cual el Estado, como contratante, deberá dejar sin efecto la relación con la primera.

(5) Es preciso señalar que, en la actualidad, el artículo 212° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ha limitado expresamente las responsabilidades laborales sobre los trabajadores del contratista solo a este, sin que las mismas sean transferibles a la entidad del Estado. Dicha disposición, sin embargo, no está contenida en el actual proyecto de nuevo reglamento, artículo 213°, que se exhibe en la página web de CONSUCODE.

No obstante, también somos de la opinión que, en la medida que existen disposiciones sobre la tercerización, como proceso, desarrolladas por la Ley y el Reglamento, tales como los "casos de tercerización" y las "definiciones" como "tercerización"<sup>(6)</sup> y "simple provisión de personal"<sup>(7)</sup>, entre otras desarrolladas por el artículo 1° del Reglamento, las mismas tienen implicancias tanto en la relación entre el Estado y las entidades privadas, como en la relación existente entre la entidad privada y sus trabajadores y, por tanto, dichas disposiciones deben aplicarse supletoriamente, tanto al supuesto analizado, como a los otros supuestos excluidos del ámbito del Reglamento.

Ello quiere decir que definiciones como las mencionadas, son vinculantes inclusive, para supuestos fuera del ámbito de aplicación del Reglamento por lo que, en ningún caso, deberá evidenciarse una simple provisión de personal la cual, de acuerdo a la definición, solo por excepción, se desarrolla a través del destaque del personal de las entidades de intermediación laboral (Ley N° 27626 y su reglamento).

Cualquier otro supuesto distinto que implique una "simple provisión de personal" será ilícito, salvo que se trate de la tercerización de servicios recientemente regulada; de una verdadera tercerización de servicios pero excluida del ámbito del Reglamento, como es el caso de la tercerización de servicios en el sector público; del encargo integral a terceros de actividades complementarias que, de acuerdo a nuestra legislación, se regula como intermediación laboral de servicios complementarios; y de la provisión de obras o servicios sin tercerización. Además, y por los mismos motivos expuestos anteriormente, también consideramos que los procesos de tercerización de servicios en el sector público deben tener en cuenta que a las entidades privadas, como empresas tercerizadoras cuyo personal está sujeto al régimen laboral de la actividad privada, se les deberá aplicar, supletoriamente, los requisitos y los elementos característicos o indicios establecidos en el artículo 2° de la Ley N° 29245, Ley que regula los Servicios de Tercerización, y en los artículos 3° y 4° del Reglamento.

En ese sentido, los procesos de tercerización de servicios que las entidades privadas desarrollen con el Estado, y todos los supuestos de tercerización excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento, no pueden tratarse como "simples provisiones de personal" pues, se estaría evidenciando una falta de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora<sup>(8)</sup>, calificación que si bien no podría sustentarse a partir de la aplicación directa del Reglamento, sí podría evidenciarse en la medida que exista una constatación de la afectación de los derechos laborales de los trabajadores, ya sea a través de un procedimiento de inspección del

(6) "Es una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma".

(7) "Es la cesión de trabajadores, la cual es considerada como ilícita, con excepción del destaque de trabajadores que se encuentra regulado en la Ley N° 27626, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2002-TR, y sus normas complementarias y modificatorias. No constituyen una simple provisión de personal el desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora que se realiza en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, la tercerización sin desplazamiento continuo, el encargo integral a terceros de actividades complementarias, ni las provisiones de obras y servicios sin tercerización".

(8) Al respecto es importante tener en cuenta lo señalado en la nota al pie de página número 3 en la que se cita como requisito para el outsourcing con el Estado que "el inversionista privado asuma las tareas contratadas por su cuenta y riesgo." Esta expresión recoge la idea de que la empresa tercerizadora debe ser autónoma pues su servicio lo debe asumir bajo su propio costo y riesgo.

trabajo o de un proceso judicial en los que se aplique el principio de Primacía de la Realidad y se aplique supletoriamente las definiciones, requisitos e indicios antes señalados.

Por ello, consideramos que si bien el Reglamento acota su ámbito de aplicación exclusivamente a la tercerización de servicios con desplazamiento continuo cuando esta se produzca entre entidades privadas, los servicios de tercerización que desarrolla el Estado también deben cumplir, en cabeza de las empresas privadas que prestan el servicio, con las definiciones, los requisitos e indicios establecidos por las normas de la materia y, en ningún caso, deberán tratarse de simples provisiones de personal.

Finalmente, y en resumen, a los procesos de tercerización de servicios en el sector público deberán aplicarse, dependiendo del caso, las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado o las normas especiales según sea el caso, sin perjuicio, claro está, de la aplicación de los principios y normas del régimen laboral de la actividad privada respecto a los trabajadores de la empresa tercerizadora, incluyendo la aplicación supletoria de las definiciones, los requisitos y los indicios de la tercerización de servicios legalmente establecidos, los cuales permitirán apreciar si estamos ante empresas autónomas que prestan verdaderos servicios de tercerización.

### CONCLUSIONES - RESPUESTAS

¿Están efectivamente excluidos los procesos de tercerización de servicios en el Estado del ámbito de aplicación del Reglamento?

Efectivamente, la tercerización de servicios en el sector público está excluida del ámbito de aplicación del Reglamento, sin embargo, dichos procesos deben suponer la existencia de empresas tercerizadoras autónomas y, bajo ningún supuesto, deben tratarse de simples provisión de personal.

Siendo ello así, ¿qué regulación les es aplicable a dichos procesos?

Sin perjuicio de la aplicación de las normas de contrataciones y adquisiciones con el Estado o de las normas especiales referidas en el presente informe, también son aplicables supletoriamente a los procesos de tercerización de servicios en el sector público, las definiciones, los requisitos y los indicios señalados en las recientes normas de tercerización, además de los principios y normas del régimen laboral de la actividad privada aplicable a los trabajadores de la empresa tercerizadora.

30.09.08

## LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN LA NUEVA LEY DE TERCERIZACIÓN: Crítica a partir del principio tuitivo y del derecho a la información<sup>(1)(2)</sup>

MANUEL GONZALO DE LAMA LAURA<sup>(3)</sup>

Después de tanto revuelo y espera, la norma que regula la tercerización laboral finalmente vio la luz hace menos de medio año mediante la Ley N° 29245, precisada a través del Decreto Legislativo 1038. Con este nuevo escenario legal realmente no sabemos si se cubre un vacío normativo o si se empeora la concepción de toda la dinámica del referido mecanismo en tanto muchas de las disposiciones brindadas oscilan entre lo confuso y lo deficiente.

Entre una de ellas, estimamos, se puede citar la miope previsión que encierra la responsabilidad solidaria de la empresa principal sobre los derechos y beneficios sociales de los trabajadores de la contratista o tercerizadora. En el mismo sentido consideramos que hubiera sido pertinente normar una disposición que permitiera a la empresa principal acceder a cierta información relevante en torno al cumplimiento o no de las obligaciones laborales de la contratista en tanto ello incidiría en forma determinante para establecer si aquella será o no responsable de tales cargas. Nuestra disertación entonces tendrá como eje de análisis los temas reseñados en el anterior párrafo. Para ello procuraremos argumentar nuestra posición a partir del Principio Tuitivo de la rama jurídica laboral, pauta basililar imprescindible para iniciar un tratamiento jurídico adecuado en situaciones especiales como la subcontratación

- (1) Un agradecimiento especial a la gentileza y cordialidad inconmensurables del Dr. Elmer Arce Ortiz, sin cuyas observaciones y pláticas sobre el tema no se hubiera podido clarificar la senda a seguir en este trabajo.
- (2) A quienes sin sus oraciones mi espíritu ya hubiera desfallecido: A Carmen Infante, Román Laura y Teresa Pavia.
- (3) Abogado por la Universidad de Piura. Asistente legal de Dogma Laboral. Colaborador externo de Miranda & Amado Abogados.