

LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE TRABAJO¹

RICARDO HERRERA VASQUEZ²

La descentralización productiva del trabajo es uno de los puntos incluidos en la Agenda 19, publicada en septiembre del 2021. Alguno de estos puntos ya han sido ejecutados, como por ejemplo la publicación del Decreto Supremo 001-2022-TR que modificó el Reglamento de la Ley de Tercerización y entró en vigencia - salvo alguna medida en contrario - el 23 de agosto de 2022. Corresponde también mencionar la modificación obrada por el Decreto Supremo 014-2022-TR al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, previa a la presentación ante el Congreso de la República del anteproyecto del Código de Trabajo para su discusión y debate en el parlamento nacional.

Bajo presión de la opinión pública es que el Ministerio de Trabajo ha decidido someter a debate este anteproyecto en el Consejo Nacional de Trabajo, que es la plataforma de concertación social por excelencia que tiene Perú y donde están representados el Estado, los trabajadores y los empleadores. Es pues en esa medida muy importante obtener la legitimidad social de las normas en esta instancia, para poder en el caso del Ejecutivo - respecto de su competencia - publicarlas y en el caso del Congreso de la República discutir y debatir los proyectos de ley.

-
- 1 El presente artículo es una síntesis de la ponencia realizada por el autor durante el ciclo de conferencias “El Anteproyecto del Código de Trabajo bajo análisis”, celebrado entre los meses de junio y agosto de 2022. El expositor no ha revisado ni realizado correcciones sobre la versión escrita de su presentación en formato oral.
 - 2 Abogado y Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Socio Principal del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera desde el año 2000. Fue consultor del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), además de ejercer como profesor universitario en la misma casa de estudios en que se formó.

Es criticable que este proyecto haya sido elaborado solamente por funcionarios del Ministerio de Trabajo cuando el Proyecto de Ley General del Trabajo (PLGT) fue obra de una comisión especial muy representativa al estar integrada por especialistas de diferentes orígenes. Entre sus miembros se podían encontrar aquellos que asesoraban empresas, sindicatos y profesores universitarios, de modo tal que hubiese sido interesante que ese tipo de conformación variopinta se repita al momento de elaborar este anteproyecto. Esto no quiere decir que la condición intrínseca del funcionario del Ministerio de Trabajo sea mala o que tenga menor capacidad jurídica para elaborar un documento de nivel, que los que integraron la comisión especial que elaboró el PLGT. Simplemente es un tema de representatividad en la conformación del equipo técnico que hubiera sido ideal tuviese en cuenta el Ministerio de Trabajo en vistas de este antecedente.

Ahora bien, ¿qué posibilidades de aprobación tiene el anteproyecto? Si se tiene en cuenta precisamente el antecedente del PLGT, sus probabilidades parecerían ser bajas. Cabe recordar que el PLGT se discutió durante cerca de 11 años en el parlamento y no se aprobó como tal. Sin embargo, sí se aprobaron algunas partes del proyecto como leyes especiales: para comenzar el proyecto es del 2001 y al año siguiente Perú ya contaba con una ley de intermediación laboral cuyo contenido se inspiró bastante en el PLGT. Luego, por ejemplo, en el 2008 se dio la Ley de Tercerización también en base a la propuesta elaborada en la iniciativa original.

De modo que hablando de la descentralización productiva, tenemos dos leyes que se concretaron a partir del PLGT, con lo cual podría ocurrir lo mismo a partir del anteproyecto del Código de Trabajo, es decir, que surjan leyes especiales que permitan la entrada en vigencia del contenido en virtud de las decisiones políticas del momento. Esto puede pasar de modo tal que no se apruebe el anteproyecto como tal porque es una discusión muy grande, muy técnica y para lo que probablemente Perú no cuenta con un Congreso a la altura del debate que este proyecto exigiría, pero sí para la delegación de facultades o el tratamiento de leyes especiales sobre algunos de los capítulos o partes del anteproyecto. Esto podría concretar su entrada parcial en vigencia.

Lo cierto es que el Ministerio de Trabajo no podría enviar el anteproyecto al Congreso hasta que no se haya agotado su debate en el Consejo Nacional de Trabajo (CNT). Lamentablemente en esta instancia previa ha surgido un

impase, dado que la representación empleadora ha suspendido su presencia a partir de la experiencia con los Decretos Supremos 001 y 014, es decir, como consecuencia de que el Ministerio de Trabajo no cumpliera su promesa de discutir estos proyectos en el seno del CNT. Aquí hay una contradicción que revela una mala fe de parte del Ministerio de Trabajo, al poner a debate temas de relevancia como la regulación de la tercerización o de las relaciones colectivas de trabajo en el país.

Adicionalmente, estos decretos supremos pierden gran parte de su legitimidad, sin contar errores formales que se han cometido en ambos casos: por ejemplo se incumple con el requisito de contar con aprobación del Consejo de Ministros (CM), según manda un Decreto Supremo, a la hora de poner en vigencia una norma reglamentaria que afecta transversalmente a más de un sector de la economía. Ninguno de los dos decretos en cuestión han sido aprobados por el CM, sólo llevan la rúbrica del presidente y del ministro de Trabajo. En segundo lugar, tampoco se ha cumplido con la presentación del informe del Ministerio de Trabajo para determinar el impacto económico de la norma promulgada de acuerdo a lo exigido por el Decreto Legislativo 1440. Ni el Ministerio de Economía y Finanzas ni la Comisión de Coordinación Viceministerial han avalado este proceder.

De modo que hay omisiones formales en ambos Decretos Supremos, que han llevado - por ejemplo - a que la INDECOPI emita más de 25 medidas cautelares ante denuncias por barreras de acceso al mercado. Estos reclamos presentados por diferentes empresas contra el Decreto Supremo de tercerización hacen que su legalidad sea muy precaria y probablemente por mandato administrativo o judicial sus efectos prácticos terminarán suspendiéndose en nuestra economía.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

El concepto que engloba a la intermediación y la tercerización laboral en el anteproyecto es la contratación de servicios con terceros, admitiendo prestaciones de los siguientes tipos: la contratación indirecta de personal para servicios temporales y la tercerización de servicios u obras que una empresa hubiese mantenido a su nombre. La primera novedad entonces que traería consigo este anteproyecto es que desaparecería la intermediación laboral como forma de iluminar la

descentralización productiva que implica la mera provisión de mano de obra, ahora se llamaría contratación indirecta de personal para servicios temporales. Esto resulta de especial importancia porque ya no se permitiría la intermediación laboral para servicios complementarios, ni tampoco para servicios especializados.

En el caso de las prestaciones admitidas, se diferencia entre la que tiene que ver con el núcleo del negocio de la empresa cliente o usuaria y la que tiene relación con todo aquello fuera del núcleo del negocio. En lo relacionado al núcleo del negocio, sólo se va a permitir la contratación indirecta de personal por suplencia, ya no cabría la posibilidad (como ocurre hoy en día) de contratar intermediación laboral para tareas ocasionales, complementarias o especializadas. Por otro lado, tratándose de las actividades externas al núcleo del negocio de la empresa cliente o usuaria sólo se permitiría la contratación indirecta de personal para labores de suplencia u ocasionalidad, además de para la tercerización de labores de servicios u obras.

La primera conclusión entonces es que la tercerización laboral sería para actividad no nuclear, cuando en realidad eso es muy difícil de concretar en la práctica porque- por ejemplo - la actividad ocasional se daba mucho en materia de intermediación laboral hasta el presente respecto de un inventario, un almacén, una auditoría o un área administrativa de la empresa cliente que tenía que ver sin duda alguna con la actividad nuclear. Impedir esta forma de trabajo para las actividades en cuestión supone que la ocasionalidad va a ser prácticamente inejecutable en un escenario hipotético de intermediación laboral bajo las pautas del anteproyecto, dejando la intermediación laboral exclusivamente para suplencias.

Además, otra conclusión a la que podemos llegar a priori es que si nos dicen que la tercerización de servicios está pensada para lo que es actividad no nuclear, entonces estamos considerando en el anteproyecto lo que ya dice el Decreto Supremo 001. Quedaría prohibida la tercerización de servicios para la actividad nuclear de la empresa cliente o usuaria, definiéndose núcleo de negocio igual que en este decreto: todo aquello que es declarado como actividad en el objeto social de la empresa, que le reporta mayores ingresos económicos o por lo cual la empresa cliente o usuaria es conocida por sus clientes, por sus proveedores y en general por el mercado. De modo tal que el anteproyecto pretende elevar a rango de ley lo que establece la medida en cuestión para, de

esa manera, modificar la Ley de Tercerización, que desaparecería si el anteproyecto se concreta.

Asimismo, queda demostrado que el Ministerio de Trabajo es consciente en su propuesta de que el Decreto Supremo 001 ha modificado el reglamento de la Ley de Tercerización de manera ilegal porque esta norma permite que se tercericen partes del proceso productivo que tienen que ver con el núcleo del negocio. Cabe recordar que esto también ha sido sometido a prueba ácida en el 2011 mediante una sentencia de la Corte Suprema a una acción popular, donde se establecía que el reglamento no era ilegal al permitir la tercerización de actividad nuclear o principal.

Luego, el Tribunal Constitucional en 2019 emitió una sentencia en el marco de una acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Tercerización, que señalaba como perfectamente constitucional el hecho de que la legislación en cuestión comprenda a la subcontratación del núcleo de negocio o de la actividad principal de la empresa como una de las versiones de la tercerización.

Contra esas sentencias emitidas por los órganos de justicia más importantes del Perú es que el Decreto Supremo es considerado como ilegal y probablemente sea esa la razón de los reveses recibidos ante INDECOPI. A su vez, este escenario podría replicarse próximamente en el Poder Judicial en forma de medidas cautelares y mociones de amparo contra la aplicación de las mismas disposiciones. Lo cierto es que este proyecto pretende elevar la prohibición de la tercerización en materia del núcleo de negocio o la actividad principal de la empresa cliente o usuario a rango de ley. Ambas figuras, tanto en la intermediación como en la tercerización, incluirían - según el anteproyecto - desplazamiento continuo de personal hacia el centro de trabajo o de operaciones de la empresa cliente, salvo en el caso del trabajo a distancia de las empresas de servicios temporales.

Nótese que aquí se está pensando incorporar una nueva figura de intermediación laboral, que ya no solamente consista en el desplazamiento de los trabajadores del service o la cooperativa de trabajo hacia el centro de operaciones de la empresa cliente o usuaria sino que también esta norma alcance a los casos sin destaque de trabajadores. Situaciones en que el service va a prestar sus servicios desde sus propios centros de trabajo, o sea el equivalente al 'outsourcing' en materia de tercerización. Esto entonces revela una vocación omnicompreensiva expansiva de la figura de la intermediación laboral en su regulación legal

en el Perú para incluir también aquel servicio de intermediación laboral que se dé fuera del centro de trabajo de la empresa cliente, escenario muy difícil de encontrar en el Perú.

INTERMEDIACIÓN Y TERCERIZACIÓN LABORAL

En esta parte del anteproyecto se establece que los trabajadores destacados por la empresa de servicios temporales van a estar sujetos a un límite numérico o cuantitativo equivalente al 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria, como ocurre hoy. Sería entonces una continuación de lo que la legislación ya manda en la actualidad, pero también la iniciativa señala que no se podrá contratar personal a través de intermediación laboral para reemplazar trabajadores de la empresa usuaria en huelga o para reemplazar cargos que hayan sido suprimidos en los 12 meses previos a la intermediación laboral. Por ende, estamos ante una situación en que se crea esta figura de previsión respecto de la cual si una empresa suprime puestos de trabajo, como podrían ser los empleos de vigilancia o limpieza, no podría suplirlos por la vía de la intermediación laboral hasta transcurrido un año del cese a los trabajadores que desarrollaban estas labores.

220

Esta norma sería también inconstitucional porque atentaría contra la libertad de contratación, la libertad de empresa y la libertad de iniciativa privada, dado que no hay ninguna razón atendible para que una empresa pueda decidir hoy dejar de desarrollar determinadas actividades en sus centros de trabajo u operaciones y pasar a tercerizarlas o intermediarlas. Prohibir la intermediación laboral de este tipo de servicios porque simple y llanamente lo dice la norma, dejando a la empresa sin poder hacerlo durante un año, en el fondo va a prácticamente imposibilitar la intermediación laboral de este tipo de actividades. Si a eso le sumamos que estas prácticas también estarían prohibidas para la labor ocasional, complementaria o especializada, el escenario es uno en el cual prácticamente desaparecería la intermediación laboral del mercado de trabajo.

Además, tampoco es posible - según el anteproyecto - ceder trabajadores de una empresa a otra, o sea que no podrían pasar trabajadores de la empresa cliente o usuaria al service ni viceversa, atentando contra la oportunidad de trabajo para que las personas no queden desempleadas como consecuencia de una decisión soberana de la empresa usuaria de dejar de desarrollar determinadas actividades

en su seno. Esto perjudicaría a los trabajadores porque les resta oportunidades de empleo para continuar desarrollando labores en una empresa u otra. Sucesivamente se pierde talento porque, si la empresa usuaria decide dejar de lado estas actividades, los trabajadores que llevaban a cabo estas tareas ya no podrían pasar al 'service', incluso en los casos de tercerización.

En simultáneo, se mantiene el requisito que exige a los 'services' acreditar un capital suscrito y pagado no menor a 45 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) de cara al Ministerio de Trabajo al momento de su constitución social. Esto les permitiría registrarse como tales y tener el permiso para operar como entidades de intermediación laboral. En materia de tercerización se dice que la misma implica el desplazamiento continuo de personal a la empresa cliente, sin exigir su presencia física en el centro de operaciones del usuario cuando la naturaleza de las actividades permite el trabajo a distancia.

Al igual que en la intermediación laboral entonces se estaría ampliando la cobertura legal para regular el 'outsourcing', es decir, por ejemplo lo que puede encontrarse hoy día en el mercado dentro de un 'call center' que realiza la labor de atención al cliente para empresas de telecomunicaciones, de consumo masivo o de talleres de mantenimiento de vehículos. En todos estos casos no se destacan trabajadores a la empresa cliente para llevar a cabo estas actividades directamente en el centro de trabajo.

De esta forma, se restringiría la posibilidad de desarrollar los 'outsourcing' que ya existen en el país y en la actualidad están exentos de la prohibición del Decreto Supremo 001 al desarrollar actividad nuclear pero sin desplazamiento continuo. Esto les permite continuar operando sin ningún problema., lo que no ocurriría de aprobarse el nuevo Código de Trabajo.

Las empresas tercerizadoras como elementos característicos contarán, entre otras cosas, con equipamiento propio, inversión de capital, una retribución pactada con la empresa cliente por obra o servicio y una pluralidad de clientes. Este requisito fue reutilizado por el Decreto Legislativo 1038, dado que estaba contenido en la ley de intermediación original y fue considerado inconstitucional al no ser exigible que ninguna empresa en Perú tenga dos clientes o más para iniciar operaciones. Sin embargo, inicialmente fue dispuesto así en la norma para la tercerización y con el decreto legislativo en cuestión se definió que no era un elemento esencial para su existencia sino que simplemente era un indicio, lo

que permite encontrar empresas de tercerización que comienzan a operar con un solo cliente en el mercado. Esto es evidentemente lo correcto y facilita la inversión privada.

Cabe destacar que tampoco se admite la mera provisión de personal porque efectivamente la intermediación laboral es la única figura en la que sí se justifica como tal, al ser el objeto de la relación. En cambio el contrato en la tercerización laboral busca que el tercero preste un servicio o ejecute una obra para una empresa cliente, no siendo entonces la mera provisión de personal. El tercero actúa con autonomía, su personal sólo recibe órdenes suyas, tiene equipamiento propio, tiene 'know-how', tiene un nivel de especialización tal que de repente el cliente no puede desarrollar con la eficacia que éste lo haría. Esta parte de la norma si parece adecuada, confirmando lo previamente señalado.

Ahora bien, el anteproyecto del Código de Trabajo contiene una serie de normas comunes a la intermediación y la tercerización laboral. La primera que resalta es la exigencia de igual remuneración por trabajo de igual valor, es decir, que los trabajadores de las empresas de servicios temporarios deben percibir iguales remuneraciones y condiciones de trabajo que el personal de la empresa usuaria durante el tiempo del destaque, siempre que sean más beneficiosas. Léase que si en la empresa usuaria las condiciones de trabajo son peores que en el 'service' se mantiene la obligación de que el último siga pagando esos deudos y estos beneficios laborales a los trabajadores de su planilla. No se exigiría que la empresa usuaria eleve las remuneraciones y condiciones de trabajo a los niveles del 'service', generando una obligación únicamente de ida y no de vuelta en términos de reciprocidad salarial.

Esta situación atenta directamente contra las propias pautas de la Ley de Igualdad Salarial, que dice que un trato diferenciado en materia salarial con razones objetivas no puede discriminar a otros trabajadores que hacen lo mismo. Lo mismo señala un informe de jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, es decir, si tenemos por ejemplo razones objetivas como mayor experiencia, mayor especialización, mayor nivel de instrucción, mayor permanencia en el cargo del tipo que se requiere y mayor antigüedad o tiempo de servicios, estos elementos sí podrían justificar un tratamiento diferenciado para que el trabajador del 'service' gane menos que un trabajador de la empresa cliente.

Evidentemente aquí tenemos otro choque con la Ley de Igualdad Salarial, que regula un tema particular como la compensación y beneficio del empleado en su centro de trabajo y sobre todo la forma en que debe manejarse la equidad salarial al interior de cada empresa. Esta pauta de igual remuneración por trabajo de igual valor se aplica también en empresas tercerizadoras si la empresa cliente ya ejecutó la actividad directamente antes de estabilizar el servicio u obra, o sea que si esta empresa nunca tuvo personal propio que desarrolle las tareas que se van a tercerizar no cabría la pauta en cuestión.

Luego, el anteproyecto también señala que la vigencia de los contratos de trabajo de personal destacado no puede condicionarse al plazo de vigencia del contrato celebrado entre la empresa usuaria o cliente y el ‘service’ o la empresa de tercerización. Sin embargo, ahora sabemos que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su artículo 16 literal C, permite que las partes pacten una condición resolutoria que podría ser la decisión de la empresa cliente o usuaria de poner término al contrato de intermediación o tercerización como elemento que disponga la extinción de la relación laboral entre el trabajador y el ‘service’ o la empresa de tercerización.

Léase que si el cliente decide cancelar el servicio de intermediación o tercerización, estos últimos pueden a su vez aplicar la condición resolutoria previamente pactada y no continuar el empleado en sus funciones. Esta posibilidad quedaría prohibida con el anteproyecto del Código de Trabajo, que también indica que en caso de fraude o infracciones a las normas previamente expuestas se configuraría una relación laboral directa entre el personal desplazado y la empresa usuaria o cliente desde el inicio del destaque, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de las multas que puedan aplicarse a los ‘services’, terceros y empresas clientes.

Este último punto va en contra de la jurisprudencia fijada por la Corte Suprema, que nos dice que más bien el trabajador que pretende vincularse laboralmente a la empresa cliente o usuaria tiene que probar desde cuando su intermediación o tercerización incumplieron con su contrato para, a partir de ese momento, configurar una relación laboral directa con la empresa cliente. El anteproyecto, por el contrario, propone que se presuma fue desde el inicio del destaque, salvo prueba en contrario del ‘service’, tercero o empresa cliente.

Existe una inversión de la carga de la prueba excesiva porque debe mantenerse la pauta de que la aplicación retroactiva de los efectos de una sanción

laboral está absolutamente circunscrita a los supuestos que así lo ameriten. En este caso, a las pruebas que presente el trabajador en un juicio o a una inspección laboral con el objetivo de probar desde cuándo realmente se ha desnaturalizado la intermediación de un trabajador y entonces configurar una relación directa con la empresa usuaria o cliente desde ese momento como sanción. Resulta clave entender la lógica de las normas laborales en su aplicación excepcionalmente retroactiva.

Además, se dice que la responsabilidad solidaria en la contratación de personal para servicios temporales o de intermediación laboral se dará durante todo el tiempo del destaque. A diferencia del caso de la tercerización laboral en que este compromiso correrá una vez se excedan las 240 horas o los 30 días calendario consecutivos dentro de un mismo semestre, es decir, esta pauta definirá qué será considerado como desplazamiento continuo. En todos los casos, la solidarización se extiende hasta cuatro años luego de concluido el destaque, a diferencia del marco regulatorio vigente que extiende la solidarización por un año y solamente para los casos de intermediación.

224

Esto llevaría a que todas las empresas sean responsables solidariamente respecto del pago de beneficios sociales si un trabajador destacado por un tercero terminara en los cuatro años siguientes empleado en distintos lugares, cuando se trata de una sola relación laboral y de un solo paquete de beneficios sociales. Esto promovería una multiplicidad de costos laborales innecesarios, cuando en realidad lo que debería hacerse es simplemente que la responsabilidad solidaria sea respecto de una determinada empresa cliente por el tiempo que el trabajador haya sido desplazado allí o en todo caso un tiempo más.