

ALERTA LABORAL

NUEVAS INFRACCIONES EN
MATERIA DE TERCERIZACIÓN DE
SERVICIOS



**SALAS RIZO PATRON
& MARGARY ABOGADOS**

Miércoles, 17 de agosto de 2022

NUEVAS INFRACCIONES EN MATERIA DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

Mediante Decreto Supremo N° 015-2022-TR (en adelante, el 'Decreto Supremo), se han modificado e incorporado nuevas infracciones en materia de intermediación laboral y tercerización de servicios al Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2006-TR.

A continuación, el detalle de las nuevas infracciones en materia de intermediación laboral y tercerización de servicios que regula el Decreto Supremo:

TIPO DE INFRACCIÓN	HECHO SANCIONABLE	MULTA APLICABLE
INFRACCIONES GRAVES	El incumplimiento del contenido que debe incluirse en los contratos de trabajo del personal de la empresa tercerizadora , de acuerdo al artículo 4° de la Ley N° 29245 (numeral 33.5 del art. 33° del D.S. N° 019-2006-TR).	Multa sancionable con hasta 26.12 UIT (S/ 120,152.00)
	El incumplimiento del deber de informar a los trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicios, a sus representantes, así como a las organizaciones sindicales y a los trabajadores de la empresa principal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6° de la Ley N° 29245 (numeral 33.6 del art. 33° del D.S. N° 019-2006-TR)	

INFRACCIONES MUY GRAVES	Utilizar la tercerización de servicios para desarrollar actividades que formen parte del núcleo del negocio (numeral 34.7 del art. 34° del D.S. N° 019-2006-TR).	Multa sancionable con hasta 52.53 UIT (S/ 241,638.00)
	Utilizar la tercerización de servicios para el desarrollo de cualquier actividad distinta a las actividades principales , de acuerdo a la definición del artículo 1° del D.S. N° 006-2008-TR (numeral 34.8 del art. 34° del D.S. N° 019-2006-TR).	
	Utilizar la tercerización de servicios como simple provisión de personal (numeral 34.9 del art. 34° del D.S. N° 019-2006-TR).	
	Extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores que hubieran sido desplazados para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio durante el plazo de adecuación , por causas vinculadas con la adecuación a las modificaciones establecidas en el D.S. N° 001-2022-TR, salvo que la empresa principal contrate directamente a dichos trabajadores (Undécima Disposición Final y Transitoria al D.S. N° 019-2006-TR)	

PRONUNCIAMIENTOS DEL MINISTERIO DE TRABAJO EN MATERIA DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS:

Como se recordará, el lunes 22 de agosto próximo finaliza el plazo para que las empresas adecúen sus contratos de tercerización y figuras empresariales a las restricciones establecidas en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

En este contexto, consideramos pertinente recordar que mediante **Informe N° 099-2022-MTPE/2/14.1**, **Informe N° 187-2022-MTPE/2/14.1** e **Informe N° 189-2022-MTPE/2/14.1** (en adelante, 'los Informes'), la Dirección de Normativa de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, 'la DNT'), ha absuelto diversas consultas formuladas por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL, vinculadas a la aplicación e implementación del referido Decreto Supremo.

Cabe precisar que, si bien se trata de opiniones técnicas emitidas por la DNT que carecen de carácter vinculante, es probable que SUNAFIL tome en consideración los criterios señalados en los referidos Informes durante los procedimientos inspectivos que se inicien con ocasión del vencimiento del plazo de adecuación establecido en el Decreto Supremo.

A continuación, los principales criterios a considerar a partir de la opinión del MTPE:

MATERIA	CONSULTA SUNAFIL	RESPUESTA DNT
<p align="center">NÚCLEO DEL NEGOCIO</p>	<p>¿Es posible que una empresa pueda tener más de un núcleo de negocio?</p>	<p>El núcleo del negocio no es estático, pudiendo variar con el tiempo o abarcar más de una actividad.</p>
	<p>Marco legal que sustenta la delimitación de núcleo de negocio</p>	<p>De una lectura sistemática de los artículos 2º y 3º de la Ley N° 29245 se concluye que la tercerización debe suponer:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) Desarrollo de actividades especializadas u obras de la empresa principal; y, (ii) Que estas últimas no sean parte de su actividad neurálgica o nuclear. <p>La actividad neurálgica o nuclear de la empresa principal no puede ser considerada 'especializada' para la propia empresa principal, en la medida que es la actividad que ejecuta ordinariamente.</p>
<p align="center">ELEMENTOS QUE PERMITEN IDENTIFICAR EL NÚCLEO DEL NEGOCIO</p>	<p>¿Los elementos que identifican al núcleo del negocio son copulativos o acumulativos? o ¿basta con la existencia de sólo uno de estos?</p>	<p>Los criterios no son conjuntivos. Funcionan como criterios de auxilio que la autoridad deberá emplear, bajo un criterio de realidad, para cada caso concreto.</p>
	<p>Elemento: <i>'lo que identifica a la empresa frente a sus clientes finales'</i>.</p>	<p>Producto o servicio con el que un "consumidor razonable" identifica a la empresa en el mercado.</p> <p>El "objeto social" y "lo que identifica a la empresa frente a sus clientes finales" podrían no coincidir. En aplicación del principio de primacía de la realidad, se deberá privilegiar lo que realmente sucede en los hechos.</p>
	<p>Elemento: <i>'el elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades'</i>.</p>	<p>Dicho elemento tiene dos aspectos que le definen:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) Aspecto comparativo: lo que distingue a la empresa frente a sus otros competidores y aquellas actividades internas que lo hacen posible. ii) Aspecto temporal: es común que "el elemento diferenciador" sobrevenga a la constitución e inicio de actividades

		empresariales, dado que surge como necesidad para imprimir un sello particular frente al resto de competidores.
	Elemento: <i>'la actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes'</i> .	<p>Puede vincularse con el criterio referido a la actividad que reporte mayores ingresos a la empresa.</p> <p>El "valor añadido" tiene que ver con el plus que ofrece la empresa en el mercado, a fin de que sus clientes obtengan un mejor producto (en relación con la cantidad o calidad). No supone necesariamente que se realice una comparación con otras empresas.</p> <p>Es característico que las actividades que generan "valor añadido" se brinden desde la constitución o inicio de actividades empresariales.</p>
DESNATURALIZACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN	Supuesto de trabajador tercerizado que realice actividades que impliquen el núcleo del negocio y actividades principales autorizadas por ley.	Se deberá sancionar la desnaturalización de la tercerización, sin importar que -al mismo tiempo- el trabajador ejecute actividades autorizadas.
	Consecuencias para empresas (principal y tercerizadora) que contraten o continúen ejecutando contratos de tercerización para el desarrollo de actividades que constituyen el núcleo del negocio, después de publicado el Decreto Supremo.	<p>(i) Tercerizaciones vigentes al 23 de febrero de 2022: sujetas al plazo de adecuación de 180 días. Superado dicho plazo, se podrá sancionar la desnaturalización de los supuestos que no hayan adecuado.</p> <p>(ii) Tercerizaciones que se contraten con posterioridad al 23 de febrero de 2022: no se sujetan al plazo de adecuación. Se podrá sancionar la desnaturalización de manera inmediata.</p>
PLAZO DE ADECUACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> - ¿En qué consiste el plazo de adecuación de 180 días y qué acciones obligatorias involucra para las empresas? - ¿Qué sucede con los contratos de los trabajadores que vencen durante el periodo de adecuación? - ¿En qué situación laboral quedan los trabajadores de la empresa tercerizadora en caso de extinción del contrato civil suscrito con la empresa principal? 	<p>El plazo de adecuación está dirigido a las empresas principales que tenían contratos de tercerización vigentes al 23 de febrero de 2022 y que no se ajustaban a las nuevas modificaciones (prohibición de tercerización de actividades nucleares para la empresa principal).</p> <p>El plazo de adecuación tiene por objeto garantizar la continuidad laboral de los trabajadores desplazados (que ejecutaban actividades nucleares) con la empresa principal. En otras palabras, que -dentro de los 180 días- se formalice el vínculo laboral directo entre las partes.</p>
	Prohibición de extinguir el vínculo laboral de los trabajadores	La finalidad de esta medida es evitar que la empresa tercerizadora afecte la continuidad laboral del trabajador. La norma no hace

SITUACIÓN LABORAL DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS	desplazados para desarrollar el núcleo del negocio: ¿abarca todas las formas de extinción?	distinción por desahucio laboral, solo establece que <u>no deben estar vinculadas con el proceso de adecuación.</u>
	¿Es posible aplicar el período de prueba al personal de la empresa tercerizadora que pase a la planilla de la empresa principal?	La aplicación del periodo de prueba dependerá del momento en que opere la desnaturalización, con independencia del momento de la incorporación formal del trabajador en la planilla de la principal.
	¿Los trabajadores de las empresas tercerizadoras que pasarían a la empresa principal mantienen sus condiciones laborales?	Si se produce la desnaturalización, se considera que existe una relación laboral directa entre los trabajadores y la empresa principal desde que se produjo el desplazamiento, salvo prueba en contrario. Por tanto, les corresponden las condiciones salariales y de trabajo de la empresa principal.
PÉRDIDA DE REGISTRO COMO EMPRESA DE TERCERIZACIÓN	¿Ante qué autoridad se produce la cancelación del registro como empresa de tercerización?	Actualmente no existe dicho registro, por lo que ello se deberá regularizar para hacer efectiva la cancelación del mismo.
DESPLAZAMIENTO CONTINUO DE PERSONAL	¿Se produce la desnaturalización de la tercerización cuando ésta no haya requerido el “desplazamiento” de los trabajadores de la empresa tercerizadora?	La tercerización sin desplazamiento o con desplazamiento ocasional de personal, se encuentra fuera de los alcances y restricciones a la tercerización de servicios regulada por la Ley N° 29245.
	¿Cómo se debe entender el desplazamiento continuo de personal del artículo 2° del D. Leg. N° 1038?	Los requisitos para que se configure el desplazamiento continuo de personal deberán evaluarse en función al conjunto de trabajadores encargados de ejecutar el objeto del contrato. No es posible hacer una lectura subjetiva de dichos requisitos respecto de cada trabajador.

(*) Cabe advertir que el presente boletín pretende informar y en algunos casos, comentar o hacer notar algunos de los principales cambios en la normativa recientemente publicada. En este sentido, no transcribe la(s) norma(s) en él contenida(s), no pretende reemplazar la lectura de ésta(s), ni contiene opinión o interpretación legal alguna. Por ello, Salas Rizo Patrón & Margary Abogados no asume responsabilidad alguna por la utilización que el receptor hiciera de la información aquí vertida.

Este Boletín es de uso exclusivo de Salas Rizo Patrón & Margary Abogados, en tal sentido no se permite su difusión o utilización por terceros sin autorización previa y expresa.

En caso tenga alguna consulta, puede contactar al correo:

cmargary@srpmlegal.pe



**SALAS RIZO PATRON
& MARGARY** ABOGADOS

Visítanos en: <https://srpmlegal.pe/>

Síguenos en nuestras redes.

