

Claves sobre la reciente resolución de INDECOPI que declara barrera burocrática la prohibición de tercerizar actividades nucleares

Agosto 2023

En el marco del reciente pronunciamiento emitido por INDECOPI que declara la inaplicación con efectos generales de las restricciones de tercerizar actividades nucleares previstas por el Decreto Supremo 001-2022-TR (DS 001), consideramos relevante proponer las siguientes reflexiones:

1

Real alcance del pronunciamiento emitido por el INDECOPI

La Resolución de Indecopi dispone únicamente la inaplicación con efectos generales de las siguientes restricciones de tercerización del DS 001 que fueron declaradas barreras burocráticas ilegales:

- La prohibición de tercerizar actividades del núcleo de negocio de las empresas principales, y
- La exigencia de considerar desnaturalización a todo desplazamiento de trabajadores de una empresa tercerizadora para desarrollar actividades núcleo del negocio de la contratante.

Las empresas pueden continuar tercerizado sus actividades consideradas como nucleares, sin que ello configure una infracción normativa ni se tenga, por dicha razón, una exposición a multas administrativas ni que el personal de la contratista se considere como propio. Debemos tener en cuenta que el INDECOPI no derogó el DS 001, sino que únicamente abarca la inaplicación de las medidas antes mencionadas por parte de las autoridades del MINTRA y SUNAFIL.

2

La discusión sobre el DS 001 no ha finalizado

Los cuestionamientos en materia de tercerización han sido discutidos a través de diversos mecanismos legales (procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, procesos de acción popular y procesos de amparo).

En el caso de los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas seguidos ante el INDECOPI, la Resolución ha marcado una pauta que va a influir en todos los procedimientos similares seguidos ante los órganos de primera y/o segunda instancia INDECOPI (sea que porque deben emitir un pronunciamiento en el mismo sentido o se concluya el procedimiento por sustracción de la materia). Dicha resolución ha quedado firme en sede administrativa, sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que la segunda instancia declare su nulidad si considera que se encuentra dentro los supuestos para ello.

Aún se encuentra en trámite la acción popular que se sigue contra el DS 001 y que está pendiente de decisión por parte de la Corte Suprema, instancia que determinará si las restricciones a la tercerización de actividades de núcleo de negocio son ilegales y deben excluirse de las normas aplicables. Asimismo, se encuentran pendientes los pronunciamientos sobre los procesos de amparo presentados por diversas empresas.

3

Las empresas cuentan con mecanismos que los protegen ante una eventual fiscalización por parte de SUNAFIL

La SUNAFIL puede continuar realizando inspecciones sobre tercerización laboral, ante lo cual sugerimos a las empresas actualizar sus procedimientos de atención interna.

Frente a las inspecciones sobre tercerización y la limitación del núcleo de negocio, sería necesario preparar a los responsables designados de las empresas y tengan conocimiento respecto a los siguientes mecanismos de defensa para una fiscalización en esta materia:

- La existencia de la resolución de INDECOPI que declara ilegal esta limitación de contratación.
- La existencia de la medida cautelar de oficio emitida por el INDECOPI a todas las empresas que hubieran o no denunciado las medidas y, de corresponder la existencia de una medida cautelar específica a su empresa.
- Igualmente, de corresponder, la existencia de las acciones de amparo interpuestas ante el Poder Judicial respecto a la validez del DS 001, las cuales se encuentran pendientes de resolución.
- Alertar a los funcionarios que pretendan exigir las medidas declaradas ilegales por el INDECOPI que podrían ser sancionados con una multa de hasta 20 UIT (S/ 99,000).

4

El INDECOPI no pretende flexibilizar la regulación en materia de tercerización de servicios

Es importante que las empresas mantengan los procesos destinados a verificar la concurrencia de los requisitos de validez de la tercerización de servicios a través de, entre otras, las siguientes acciones:

- Realizar auditorías preventivas que involucren a las empresas principales y contratistas.
- Realizar simulacros de inspección destinados a identificar puntos críticos en la ejecución de servicios de tercerización.
- Realizar programas de capacitación a los líderes y personal responsable de la supervisión y control de las actividades tercerizadas.
- Revisar que internamente se cumpla con las formalidades establecidas por ley (clausulas en contratos de trabajo, deber de información sindicatos, etc.)

5

Se mantienen las obligaciones formales establecidas en el DS 001

Es necesario tener en cuenta que se mantienen vigentes las siguientes obligaciones:

- Incluir en los contratos de trabajo de los trabajadores destacados: la actividad empresarial a ejecutar y a la unidad productiva o ámbito de la empresa principal en la que la misma será realizada.
- Informar antes del desplazamiento las actividades tercerizadas tanto a los trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicio como a la organización sindical (en su defecto, ante los delegados) que representen a los trabajadores, indicando: (i) la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, y (ii) las actividades que éstos realizarán.

6

No olvidemos las principales sanciones propuestas por la SUNAFIL en materia de tercerización

En el marco de las inspecciones realizadas por la SUNAFIL, las infracciones más relevantes son las siguientes:

- No cumplir con las obligaciones formales de la tercerización (Infracción Grave) con una multa de entre S/ 14,850 y S/ 247,500
- Usar la figura de tercerización laboral como simple provisión de personal, incumpliendo los requisitos señalados por ley (infracción Muy Grave) con una multa de entre S/ 24,750 y S/ 495,000

GARRIGUES

Av. Víctor Andrés Belaúnde, 332 (Oficina 701)

San Isidro - Lima (Perú)

T + 51 1 399 2600

info@garrigues.com

Síguenos en:



© 2023 J&A Garrigues, S.L.P. | La información de esta página es de carácter general y no constituye opinión profesional ni servicio de asesoramiento legal o fiscal.

garrigues.com