

Boletín TALS

Sólo un conocimiento experto asegura su tranquilidad

Contenido

- La nueva regulación de la tercerización con desplazamiento continuo.
- Mecanismos del voto electrónico en las juntas de socios y accionistas no presenciales.
- Normas Legales – Setiembre 2008.

La nueva regulación de la tercerización con desplazamiento continuo

Recientemente ha sido publicado el Decreto Supremo No. 006-2008-TR, Reglamento de la Ley No. 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, completándose, de esa manera, la regulación de una forma de organización empresarial económica, que hasta el 2007, funcionaba sin ningún tipo de restricción legal en materia laboral.

Esta novedosa regulación propone, por primera vez, una definición jurídica de lo que se considera tercerización, a fin de distinguirla de la intermediación laboral. No obstante ello, y como observaremos más adelante, dicha regulación sólo será aplicada a los supuestos en los que haya un “desplazamiento continuo de personal”.

Recordemos que, la tercerización, desde un punto de vista económico ha sido considerada como una herramienta organizacional que permite a las empresas trasladar aquellas actividades en las que no son especialistas a otras que puedan realizar la misma labor de manera eficiente. Los entendidos en el tema, han señalado que la tercerización u outsourcing, permite un ahorro de costos, el mismo que puede ser invertido en el mejoramiento y desarrollo de su actividad principal. En ese sentido, han concluido que la tercerización no es otra cosa que “una verdadera alianza entre firmas colaboradoras para hacer eficiente las tareas fundamentales”.

La regulación que nos propone tanto la Ley No. 29245 como su reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 006-2008-TR, se encuentra dirigida a evitar el uso fraudulento de empresas tercerizadoras, que puedan esconder una simple provisión de personal, afectando con ello derechos laborales, tales como, el derecho de sindicación, participación de utilidades, entre otros.

Por ello, es que la normativa sobre tercerización con desplazamiento continuo de personal se centra principalmente en definir cuatro elementos característicos con que debe contar toda empresa tercerizadora, que son: i) la pluralidad de clientes, ii) el equipamiento propio, iii) la inversión de capital, y, iv) la retribución del servicio (características que desarrollaremos más adelante).

DEFINICIÓN DE TERCERIZACIÓN

De acuerdo al artículo 2 de la Ley No. 29245, se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Esto es, la empresa tercerizadora se hace cargo de manera integral de una

parte de las operaciones de la empresa principal, y los trabajadores de la empresa tercerizadora mantienen una relación laboral directa con la misma. Así por ejemplo, una empresa puede tercerizar el manejo de sus planillas, el área contable, el área legal, el área de procesamiento de datos, entre otros. Sin embargo, el personal involucrado no tiene vínculo laboral alguno con la empresa principal, estando impedida esta

última, de intervenir en el desarrollo de sus actividades.

A diferencia de la intermediación, la tercerización implica una autonomía en la prestación del servicio y la centralización de los poderes de dirección, de fiscalización y de sanción, en un solo empleador. Recordemos que mediante la intermediación se provee personal a otra empresa para que esta última

utilice dicho recurso humano, dirigiendo la prestación de su servicio, sin que dicho destaque implique el registro del personal involucrado en la planilla de la empresa usuaria. Esto es, el personal involucrado se encuentra sometido sólo al poder de dirección de la empresa usuaria, y al poder de fiscalización y sanción de la entidad intermediadora (su empleadora).



ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LA EMPRESA TERCERIZADORA

De acuerdo a la norma, son cuatro los elementos característicos principales con que debe contar toda empresa tercerizadora, que desplaza trabajadores de manera continua a las instalaciones de la empresa principal:

- **Pluralidad de clientes:** Esta resulta ser una de las características más importantes de la tercerización. Esta característica implica que la empresa tercerizadora brinda el

servicio a más de un cliente, salvo los casos exceptuados por el numeral 4.2 del artículo 4 del Reglamento, esto es, cuando en base a la naturaleza del servicio u obra, exista motivos atendibles para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora, cuando la empresa tercerizadora se encuentra acogida al régimen de la micro empresa, o cuando el servicio sólo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora.

- **Equipamiento propio:** Esto significa que la empresa tercerizadora debe brindar las herramientas, equipo y cualquier otro bien a sus trabajadores a fin de cumplir con el servicio acordado con la empresa principal. El reglamento ha señalado que las herramientas o equipos deben ser de propiedad de la empresa tercerizadora o, sin ser de su propiedad se mantengan bajo su administración y responsabilidad.
- **Inversión de capital:** Esta característica determina que la empresa tercerizadora cuente con la infraestructura, ingresos económicos y patrimonio

suficiente para operar en el mercado y que exista una inversión de capital continua a fin de mejorar el producto o servicio que ofrece.

- **Retribución por obra o servicio:** Esta característica guarda relación con el tema de la facturación por la obra o servicio, la misma que debe contener un monto integral por el servicio prestado, y no sólo el costo de las remuneraciones y beneficios sociales pagados a los trabajadores desplazados a la empresa principal.

Con la inclusión de estos elementos se busca que las empresas tercerizadoras tengan autonomía empresarial, característica que se deduce tomando en cuenta la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas, en cada caso concreto.

DESPLAZAMIENTO CONTINUO DE PERSONAL

Como hemos señalado anteriormente, la regulación sobre tercerización sólo es aplicable a aquellos casos en los cuales existe un desplazamiento continuo de personal, y este desplazamiento sólo se configurará cuando:

- a. El desplazamiento ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o
- b. Exceda de 420 horas ó 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

DESNATURALIZACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN

Se desnaturaliza la tercerización cuando se comprueba que la empresa tercerizadora no posee autonomía empresarial, es decir no cumple con los cuatro elementos esenciales señalados anteriormente, en cuyo caso se entenderá que sus trabajadores sostienen una relación laboral directa e inmediata con la empresa principal, hecho que motiva la cancelación de su inscripción en el Registro de Nacional de Empresas Tercerizadoras. Cabe agregar, que las empresas tercerizadoras se consideran inscritas cuando declaran en sus planillas electrónicas al personal destacado a los centros de operación de las empresas principales.

Adicionalmente, se desnaturaliza la tercerización si los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

La empresa principal es solidariamente responsable con la empresa tercerizadora, en caso de incumplimiento del pago de los beneficios laborales de origen legal (CTS, Vacaciones, Gratificaciones de Julio y Diciembre, Asignación Familiar, Seguro de Vida, Horas Extras, Indemnizaciones, entre otros) y por las obligaciones de seguridad social (ESSALUD, AFP, ONP, Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, entre otros) de los trabajadores desplazados continuamente mientras dure el destaque. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación del desplazamiento del trabajador.

No obstante ello, la empresa principal podrá ejercer su derecho de repetición y, de ser el caso, adquirirá los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra de la empresa tercerizadora.

Vanessa Barzola

Mecanismos del voto electrónico en las juntas de socios y accionistas no presenciales.

El requisito de la firma digital

La Ley General de Sociedades en su artículo 246 establece la posibilidad de llevar cabo juntas no presenciales, pero únicamente para las Sociedades Anónimas Cerradas cuyos accionistas puedan celebrar juntas y tomar acuerdos sin necesidad de estar reunidos físicamente en el mismo lugar, mediante cualquier medio sea escrito, electrónico o de otra índole que permitan la comunicación y garanticen su autenticidad; pero sin establecer requisito alguno.

El Decreto Legislativo No. 1061, publicado el 28 de junio de 2008, ha incorporado el artículo 21- A, sobre voto electrónico o postal en la Ley General de Sociedades, Ley No. 26887. El artículo 21-A está ubicado en el Libro Primero sobre reglas aplicables a todas las sociedades (lo que es particularmente importante para la Sociedad Anónima Abierta) y entrará en vigencia el 1 de enero de 2009.

Toda vez que el artículo 21- A en mención se encuentra ubicado en el Libro Primero de la Ley General de Sociedades sobre reglas aplicables a todas las sociedades, a partir de la fecha en que entrará en vigencia se podrá celebrar sesiones no presenciales en todo tipo de sociedades, entiéndase Sociedad Anónima, Sociedad Anónima Cerrada, Sociedad Anónima Abierta, Sociedad Colectiva, Sociedad en Comandita, Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada y Sociedad Civil, mediante la utilización de medios

electrónicos (o por medio postal, como también lo permite la norma), a cuyo efecto se requiere contar con firmas legalizadas.

El voto electrónico, como mecanismo de votación en las juntas de socios y accionistas, objeto del presente artículo, y que se está ya aplicando en otros países, como es el caso de los Estados Unidos de América, cobra importancia en aquellas situaciones en que los socios o accionistas de una sociedad no se encuentran reunidos físicamente en el mismo lugar, ya sea por tratarse de empresas cuyos accionistas provienen o se encuentran situados en una zona geográfica distinta a la del lugar del domicilio de la sociedad. El alcance de la utilización de medios electrónicos, entendido como aquel mecanismo de comunicación electrónica, a través del cual el accionista puede comunicar su voluntad de manera indubitable, tales como los mensajes telemáticos o mediante documentos electrónicos que utilicen equipos informáticos para su comunicación, se extiende también a la determinación del quórum de asistencia.

Adicionalmente, debemos resaltar que la referida norma (a diferencia de lo que establece el artículo 246 de la Ley General de Sociedades), precisa las formalidades con las que debe contar una sesión de junta no presencial en la cual se adopten acuerdos sociales por medios electrónicos. Para el efecto, establece que los accionistas o socios podrán ejercer su derecho a voto por medio

electrónico siempre que cuenten con firma digital. De esta manera la autenticidad de las comunicaciones y la comprobación del quórum y del voto queda garantizada mediante la utilización de una firma digital, la cual será emitida conforme a la ley de la materia y a la que nos referimos más adelante.

Por otra parte, el artículo 21- A señala que cuando se utilice la firma digital para ejercer el voto electrónico se deberá generar un acta electrónica, la misma que deberá ser almacenada mediante microfirma digital conforme a Ley, y autenticada por notario o fedatario que cuente con Diploma de Idoneidad Técnica vigente en los casos de acuerdos susceptibles de inscripción en registros, conforme lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales aprobado por Decreto Supremo. No. 052-2008-PCM.

Pero debe tenerse en cuenta que lo que establece esa norma es una posibilidad, por lo que queda a discrecionalidad de los accionistas o socios la implementación de estos sistemas de votación; por lo que para hacerlos obligatorios o ser una alternativa de voto se requerirá realizar las modificaciones estatutarias que sean necesarias a fin de validar en cada sociedad la utilización de los mismos.

Una vez aprobada la incorporación de los mecanismos de votación por medios electrónicos, será necesario realizar las acciones dirigidas a la implementación de sistemas que garanticen: (i) el derecho de intervención de los accionistas o socios, (ii) las convocatorias a través de medios similares con alcance general, (iii) la puesta a disposición previa a favor de los socios y accionistas de la información

necesaria para adoptar los acuerdos no solo en el domicilio de la sociedad como se prevé actualmente, (iv) la posibilidad de introducir propuestas de acuerdos, (v) acceso a los formularios de votación, (vi) la posibilidad de envío, almacenamiento y conteo de votos, (vii) el registro mercantil del acta microforma digital, entre otros.

Además de precisar las formalidades que deberán observar las sociedades para la implementación de sistemas de voto electrónico en sus sesiones de junta, el artículo 21- A otorga los mismos efectos atribuibles a las juntas presenciales, a las juntas no presenciales donde se apliquen medios electrónicos de votación. Al respecto, señala que la instalación de una junta o asamblea universal así como la voluntad formada a través del voto electrónico tiene los mismos efectos que una junta o asamblea realizada de manera presencial.

Finalmente, el nuevo artículo 21- A establece que cuando la sociedad aplique estas nuevas formas de voto deberá garantizar el respecto al derecho de intervención de cada accionista o socio, siendo responsabilidad del presidente de la junta el cumplimiento de esta norma.

La firma digital

Como señalamos al comienzo de este artículo, el artículo 21- A establece que cuando un accionista o socio ejerza su derecho a voto por medio electrónico, dicha comunicación deberá contar con firma digital a fin de acreditar la autenticidad de la comunicación emitida por el accionista.

En nuestro país la firma digital se encuentra regulada en la Ley No. 27269, Ley de Firmas y Certificados

Digitales, y en el Decreto Supremo No. 052-2008-PCM, Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales, a través de los cuales se establecen los aspectos relacionados a la utilización de la firma electrónica, la emisión de los certificados digitales y las entidades de certificación acreditadas en nuestro país.

En este sentido, la Ley de Firmas y Certificados Digitales y su Reglamento definen a la firma digital como aquella firma electrónica que utilizando una criptografía asimétrica ha sido creada con la finalidad de identificar y vincular al signatario con el contenido de los mensajes emitidos. Asimismo, permite garantizar la integridad del contenido, identificar las modificaciones ulteriores y cuenta con la misma validez y eficacia jurídica que la firma manuscrita.

Las firmas digitales deben ser generadas a partir de certificados digitales emitidos conforme al Reglamento en mención y por Entidades de Certificación Acreditadas ante la Autoridad Administrativa Competente o por Entidades de Certificación Extranjeras incorporadas a la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica conforme a lo establecido legalmente.

Asimismo, para la obtención de un certificado digital éste podrá ser solicitado por persona natural siempre que cuente con plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles y con una dirección de correo electrónico; y por persona jurídica siempre que acredite su vigencia, cuente con un representante legal acreditado y con una dirección oficial de correo electrónico de la persona jurídica y del suscriptor.

Para la obtención de la firma digital por personas naturales se requiere la

presentación de una solicitud ante la Entidad de Registro o Verificación adjuntando la información señalada en la Declaración de Prácticas de Registro o Verificación y copia del documento nacional de identidad del suscriptor de la firma. En el caso de las personas jurídicas, además de la solicitud será necesario identificar a la persona jurídica y al representante que será suscriptor de la firma indicando sus poderes.

En el caso de accionistas que tengan registrada o inscrita su firma en entidades extranjeras, estas firmas

podrán ser reconocidas y registradas en nuestro país siempre y cuando dichas entidades extranjeras estén reconocidas en nuestro país o se trate de emisión de certificaciones cruzadas.

Sin embargo, es importante señalar que el artículo 2 del Reglamento de la Ley Firmas Digitales y Certificados Digitales no restringe la utilización de firmas digitales generadas fuera de la Estructura Oficial de Firma Electrónica, las cuales serán válidas en virtud de los pactos o convenios entre las partes.

A manera de conclusión podemos señalar que la inclusión de las disposiciones contenidas en el artículo 21- A sobre voto por medio electrónico constituyen un acierto del legislador, dirigidos a flexibilizar el ejercicio del derecho fundamental de participación que poseen los miembros de una sociedad, particularmente en un mundo globalizado, así como brindar una mayor seguridad y garantía en cuanto a la identidad y al contenido en la adopción de acuerdos en Junta.

Milagros Alfageme

PODER EJECUTIVO

ECONOMÍA Y FINANZAS

Decreto Supremo No.107-2008-EF (10/09/08).- Normas reglamentarias del artículo 76 del texto único ordenado de la Ley de Tributación Municipal aprobado por Decreto Supremo No.156-2004-EF y normas modificatorias.

La presente norma establece que la devolución por Impuesto de Promoción Municipal (IPM) se efectuará conjuntamente con la devolución del Impuesto General a las Ventas (IGV) y se incluirá en el monto total a devolver como concepto IGV.

El monto a devolver será expresado en nuevos soles y se calculará de la siguiente forma:

- i. La tasa del IPM vigente en el período por el que se solicita la devolución se dividirá entre la suma de las tasas del IGV e IPM de dicho período.
- ii. El resultado obtenido en i. deberá considerar 8 decimales, para lo cual deberá efectuarse el redondeo respectivo, considerando el noveno decimal. Si el noveno decimal es inferior a 5, el valor permanecerá igual, suprimiéndose los decimales posteriores. Si el noveno decimal es igual o superior a 5, se incrementará el valor del octavo decimal.
- iii. El factor determinado en ii. se aplicará sobre el monto a devolver por concepto del IGV e IPM y sus respectivos intereses. El monto obtenido de esta operación deberá

considerar 2 decimales, para lo cual deberá efectuarse el redondeo correspondiente.

TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

Decreto Supremo No.006-2008-TR (12/09/08).- Aprueban el Reglamento de la Ley No.29245 y del Decreto Legislativo No.1038, que regulan los servicios de tercerización.

La norma señala que el ámbito de aplicación de la Ley No.29245, 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.

Asimismo, se establecen disposiciones relacionadas con los elementos característicos de la tercerización, incluyendo referencias a la pluralidad de de clientes, equipamiento propio y otros

En cuanto a la desnaturalización del servicio, se indica que ésta se produce cuando se verifique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora, cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal y en caso que continúe la

prestación de servicios cuando se produce la cancelación del registro. La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma.

Por otra parte, respecto a los alcances de la solidaridad se indica que ésta alcanza al empresario principal, al contratista y al subcontratista, quienes son deudores solidarios frente al trabajador impago o a la entidad de previsión social.

Las obligaciones laborales establecidas por norma legal incluyen el pago de las remuneraciones ordinarias y de los beneficios e

indemnizaciones laborales previstas por ley. Las obligaciones de previsión social incluyen las contribuciones y aportes que debe retener o pagar el empleador al Seguro Social de Salud, o a un sistema pensionario. La extensión de responsabilidad comprende a los incumplimientos que se produzcan durante el período de desplazamiento.

ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS

**Resolución de Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas No.424-2008/SUNAT/A (13/09/08).-
Modifican el procedimiento “Restitución de Derechos Arancelarios - Drawback”.**

Se sustituyen las instrucciones de la Sección II: Relación de Insumos Importados del Anexo 1 del procedimiento “Restitución de Derechos Arancelarios DRAWBACK” INTA-PG.07, aprobado por Resolución de Intendencia Nacional No. 00984-1999 y modificatorias.

Asimismo, se incluye un anexo referido a la relación de insumos importados, que forma parte de la solicitud de restitución y que debe ser elaborada por cada declaración única o simplificada de exportación.

Tax & Legal Services (TLS)

Av. Santo Toribio 143

San Isidro, Lima Perú

Teléfono: (511) 211 6500 (511) 411 5800

Fax: (511) 211 6565 (511) 442 2073

Ningún texto, fotografía o imagen contenidos en este boletín, podrán ser reproducidos sin autorización previa ya que constituyen propiedad intelectual de PricewaterhouseCoopers. El contenido de este boletín es publicado únicamente con la finalidad de servir como guía informativa. No se deberá actuar u omitir actuar en base a la información contenida en él, debiendo contarse siempre con asesoramiento para cada caso en particular.

2008 © PricewaterhouseCooper S.Civil de R.L. Todos los derechos reservados. "PricewaterhouseCoopers" hace referencia a PricewaterhouseCoopers S. Civil de R.L. o, cuando lo exija el contexto, la red global PricewaterhouseCoopers u otras firmas miembro de red, cada una de las cuales es una entidad jurídica separada e independiente.