



PERÚ

Ministerio de Trabajo
y Promoción del Empleo

“DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES”
“AÑO DEL FORTALECIMIENTO DE LA SOBERANÍA NACIONAL”

INFORME N° 105 -2022-MTPE/2/14.1

PARA : **ERNESTO ALONSO AGUINAGA MEZA**
Dirección General de Trabajo

DE : **KENNY DÍAZ RONCAL**
Dirección de Normativa de Trabajo

ASUNTO : Requerimiento de información de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas

REFERENCIA : Oficio N° 000209-2022-CEB/INDECOPI

FECHA : 24 de marzo de 2022

Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarle muy cordialmente y al mismo tiempo informar a usted lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante el documento de la referencia, la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi (en adelante, la Comisión) requiere que en el plazo de cinco días hábiles, se le brinde información en virtud de una investigación cuyo objeto es verificar el cumplimiento de lo establecido en la Ley N° 29245, Ley que Regula los Servicios de Tercerización, y el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, por parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- 1.2 Conforme a lo previsto en el literal c) del artículo 64 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, (MTPE) aprobado mediante Resolución Ministerial N° 308-2019-TR, la Dirección de Normativa de Trabajo tiene entre sus funciones emitir opinión técnica en materia de trabajo. Por tanto, esta Dirección procede a emitir la correspondiente opinión técnica en el marco de sus competencias.

II. BASE LEGAL

- 2.1. Constitución Política del Perú.
- 2.2. Ley N° 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y modificatorias (LOF del MTPE).
- 2.3. Ley N° 30112, Ley del ejercicio profesional del Trabajador Social.
- 2.4. Resolución Ministerial N° 308-2019-TR, que aprueba el Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (ROF del MTPE).

III. INFORMACIÓN REQUERIDA POR INDECOPI

- 3.1. Conforme se ha señalado en los antecedentes, la Comisión requiere la siguiente información al MTPE, en virtud de la investigación de oficio que viene realizando:
- (i) Indicar cuál es la ley o norma de alcance nacional que faculta al Ministerio a establecer la prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio de la empresa principal, contenido en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que establece la modificación del artículo 2 del Decreto Supremo



Nº 006-2008-TR, Reglamento de la Ley Nº 29245, de acuerdo con lo señalado en el Cuadro Único del presente Oficio.

Para ello, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 3 de la Ley Nº 29245 y los pronunciamientos judiciales y constitucionales.

- (ii) Indicar cuál es la ley o norma de alcance nacional que faculta al Ministerio a incluir y/o establecer la definición de núcleo del negocio en los servicios de tercerización, contenido en el artículo 2 del Decreto Supremo Nº 001-2022-TR, que establece la modificación del artículo 1 del Decreto Supremo Nº 006-2008-TR, Reglamento de la Ley Nº 29245, de acuerdo con lo señalado en el Cuadro Único del presente Oficio.
- (iii) Respecto del artículo 2 del Decreto Supremo Nº 001-2022-TR, que establece la modificación del literal a) del artículo 5 del Decreto Supremo Nº 006-2008-TR, Reglamento de la Ley Nº 29245, indicar si con ello se estaría prohibiendo la tercerización de actividades complementarias y actividades especializadas que no formen parte de la actividad principal. Explicar a detalle los alcances de dicho literal.
- (iv) Precisar si el Ministerio ha considerado adecuar las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo Nº 001-2022-TR de conformidad con el marco normativo expuesto en el presente Oficio y los pronunciamientos judiciales y constitucionales. De ser el caso, indicar la fecha estimada en que el Ministerio efectuará su adecuación a través de la aprobación de una disposición a ser publicada en el diario oficial «El Peruano».
- (v) Indicar el nombre completo y cargo del(los) funcionario(s) del Ministerio responsable(s) de dar atención al presente requerimiento de información y que estará encargado de la investigación; un correo institucional al cual podamos remitir los Oficios y demás comunicaciones; así como un número telefónico para las coordinaciones que se requieran.

Al respecto, la información de los datos del(los) funcionario(s) a cargo podrá ser considerada para la publicación del «Ranking de funcionarios que lideran la eliminación voluntaria de barreras burocráticas» 20, correspondiente al primer semestre del año 2022, en caso se eliminen y/o adecúen los procedimientos identificados en el presente Oficio.

El referido Ranking establece que se considerará a los funcionarios, servidores públicos o cualquier persona que ejerza función administrativa por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, que han logrado coordinar, en sus entidades, la eliminación voluntaria de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad identificadas dentro de las investigaciones iniciadas por la Secretaría Técnica de la Comisión.

- (vi) Presentar la documentación y/o información adicional que consideren pertinente.

IV. SE PROPORCIONA LA INFORMACIÓN REQUERIDA

4.1. En el marco de sus competencias, esta Dirección procede a informar lo siguiente:

a. RESPUESTA A LOS PUNTOS I) Y II):

Base legal que faculta al MTPE a modificar el artículo 2 del Decreto Supremo Nº 006-2008-TR / Base legal que faculta al MTPE a incluir y/o establecer la definición de núcleo del negocio en los servicios de tercerización

a.1. Sobre las competencias del MTPE

4.2. En relación a la emisión del Decreto Supremo Nº 001-2022-TR, materia del presente requerimiento, el MTPE cumplió con el principio de legalidad regulado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, el mismo que, en su cita completa, ordena que “[L]as autoridades administrativas deben actuar con respeto a la



Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.

4.3. En efecto, a continuación se detallan los fundamentos que demuestran con claridad que el MTPE respetó el principio de legalidad al emitir el Decreto Supremo N° 001-2022-TR:

- En lo que corresponde al respeto de la Constitución, el numeral 1 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, establece que al Poder Ejecutivo le corresponde cumplir y hacer cumplir la ley, entre otras normas. En esa medida, en el caso concreto, correspondía al Poder Ejecutivo hacer cumplir lo que la propia Ley N° 29245 establece, esto es, que la externalización de servicios vía tercerización únicamente opera para el desarrollo de actividades especializadas u obras de la empresa principal (artículo 2°). El detalle sobre el contenido de la Ley N° 29245 se desarrollará en los puntos siguientes.

Para efecto de cumplir con el mandato constitucional señalado en el párrafo precedente, el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, otorga al Poder Ejecutivo facultades reglamentarias, potestad que debe ejercerse sin transgredir ni desnaturalizar la ley. En esa medida, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se constituyó como sector competente para ejecutar las funciones constitucionales antes señaladas, haciendo cumplir la Ley N° 29245 a través de la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

- En lo que respecta a las facultadas que han sido regladas para el MTPE, de acuerdo con el artículo 6 de la LOPE, los Ministerios, en tanto son organismos del Poder Ejecutivo, cuentan con competencia para reglamentar las leyes, evaluar su aplicación y supervisar su cumplimiento. En esa misma línea, el literal b) del numeral 23.1 del artículo 23 de la LOPE establece que los Ministerios tienen como función aprobar las disposiciones normativas que le correspondan.

De esta manera, en relación al ámbito de competencia, el artículo 5 de la Ley N° 29831, Ley de Organización y Funciones (LOF) del MTPE, se establece que este es el organismo rector en materia de trabajo y promoción del empleo. De esta manera, se prescribe que ejerce competencia exclusiva y excluyente respecto de otros niveles de gobierno en todo el territorio nacional en lo siguiente:

“Artículo 5.- Competencias exclusivas

*El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo es el organismo rector en materia de trabajo (...) y ejerce **competencia exclusiva y excluyente** respecto de otros niveles de gobierno en todo el territorio nacional en lo siguiente:*

*5.1 Formular (...) las políticas nacionales y sectoriales en las siguientes materias: **sociolaborales, derechos fundamentales en el ámbito laboral**, seguridad y salud en el trabajo, difusión de normatividad, información laboral e información del mercado de trabajo, relaciones de trabajo, seguridad social, inspección del trabajo, promoción del empleo, intermediación laboral, formación profesional y capacitación para el trabajo, normalización y certificación de competencias laborales, autoempleo, reconversión laboral y migración laboral.*

5.2 Dictar normas (...) para la adecuada ejecución y supervisión de las políticas nacionales (...).” El resaltado es nuestro.

Como se puede apreciar, la externalización de servicios a través de la figura de la tercerización sí se encuentra dentro de las competencias regladas que tiene el MTPE, específicamente en el numeral 5.1 del artículo 5 de su LOF. Ello es así



ya que la figura antes señalada tiene incidencia en las relaciones sociolaborales, así como en derechos fundamentales laborales.

En cuanto a su incidencia en las relaciones sociolaborales, podemos remitirnos, por ejemplo, a la regulación de las infracciones a la tercerización que se regulan en la normativa sociolaboral en la Ley General de Inspección del Trabajo (Ley N° 28806) y en su Reglamento (Decreto Supremo N° 019-2006-TR). En tales normas, se definen normas de orden sociolaboral, como el conjunto de normas jurídicas de carácter individual y colectivo, referido a la ordenación del trabajo y relaciones sindicales, prevención de riesgos laborales, empleo y migraciones, promoción del empleo y formación del trabajo, trabajo adolescente, prestaciones de salud y sistema previsional, trabajo de personas con discapacidad y cualesquiera otras normas que tengan similar contenido (artículo 2 del Reglamento).

En relación a su incidencia en derechos fundamentales, la tercerización de actividades neurálgicas de las empresas principales termina afectando: i) el principio de salario igual por trabajo de igual valor; ii) la estabilidad laboral (principio de continuidad); y iii) libertad sindical y negociación colectiva.

Finalmente, es de señalar que la emisión del Reglamento primigenio de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2008-TR, norma que solo fue refrendada por el MTPE, en función de las facultades regladas antes señaladas.

- En cuanto al respeto a la Ley, es necesario precisar el sentido de la legislación vigente sobre los “servicios de tercerización”, específicamente cuándo procede la tercerización (su ámbito de aplicación) y qué modalidades de la misma no son objeto de regulación (supuestos excluidos).

A estos efectos, se precisa que el “marco legal” sobre esta materia está conformado por la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización (publicada el 24 de junio de 2008) y por el Decreto Legislativo 1038, Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley 29245 (publicado el 25 de junio de 2008). A continuación, en el siguiente cuadro, se presentan los artículos relevantes de dichos dispositivos legales:

Ley 29245	Decreto Legislativo 1038
<p>Artículo 1.- Objeto de la Ley La Ley regula los casos en que <u>procede la tercerización</u>, (...).</p> <p>Artículo 2.- Definición Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen <u>actividades especializadas u obras</u>, (...).</p> <p>Artículo 3.- Casos que constituyen tercerización de servicios Constituyen tercerización de servicios, (...), los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de <u>una parte integral del proceso productivo</u>.</p>	<p>Artículo 2.- Ámbito de las obligaciones y de las restricciones Las obligaciones y restricciones establecidas en los artículos 4 al 9 de la Ley N° 29245 son aplicables a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades <u>con desplazamiento continuo de personal</u> a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica.</p>

Como se puede apreciar, el propósito de la Ley 29245 fue definir cuándo procede la contratación de “servicios de tercerización” por parte de las empresas (artículo 1°). Siguiendo esa línea, dicha norma literalmente definió la “tercerización” como “la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras” (artículo 2°). Esto es, de una lectura conjunta de ambos artículos, se desprende que solamente procede la contratación de servicios de tercerización



para la realización de las actividades especializadas u obras de la empresa que recurre a ella (en adelante, la empresa principal). No procede, en consecuencia, para la ejecución de sus actividades habituales u ordinarias o, lo que es lo mismo, para aquellas en las que razonablemente se puede entender que la experta o especializada es ella misma. Esto es a lo que el Decreto Supremo 001-2022-TR denomina "núcleo del negocio".

Lo señalado en el párrafo precedente es relevante para comprender cabalmente el sentido del artículo 3° de la Ley 29245. Si bien es cierto dicha norma señala expresamente que constituyen casos de tercerización los contratos de gerencia o, en general, aquellos en virtud de los cuales un tercero se hace cargo de "*una parte integral del proceso productivo*"; también lo es que, literalmente, no establece que es posible tercerizar cualquier etapa o, incluso, todo el proceso productivo. Y no lo hace porque, de una lectura conjunta o sistemática con lo dispuesto en el artículo 2°, se desprende que sólo procede la tercerización integral de aquellas partes del proceso productivo que, para la empresa principal, constituyen "*actividades especializadas u obras*". No procede, por tanto, para las partes de su proceso productivo que son habituales u ordinarias, esto es, para esa parte del ciclo productivo que el Decreto Supremo 001-2022-TR denomina como "núcleo del negocio".

Así, pues, no es una inferencia válida entender que el artículo 3° en cuestión habilita a las empresas a ejecutar, por medio de la tercerización, cualquier etapa o, incluso, todo su proceso productivo. Y es que, mal haríamos en definir el ámbito de aplicación de la tercerización únicamente en base a una lectura aislada del artículo 3° de la Ley 29245. Ello contravendría el método hermenéutico que ordena interpretar las normas de manera sistemática o de forma que se cumpla un cuerpo normativo en su integridad (en este caso, la ley 29245). No se puede leer, por tanto, el artículo 3° sacrificando o vaciando de contenido el artículo 2°. En consecuencia, hizo bien el Decreto Supremo 001-2022-TR en precisar que no es materia de tercerización el núcleo del negocio.

Nótese, por lo demás, que de conformidad con el artículo 2° del Decreto Legislativo 1038, esta restricción a la posible contratación de "servicios de tercerización", solamente es de aplicación a los supuestos que implican "desplazamiento continuo de personal" al centro de operaciones de la empresa principal. Tal como el mismo artículo estipula, quedan fuera de los alcances de la Ley 29245, la tercerización sin desplazamiento (o tercerización externa) y aquella que implica un desplazamiento esporádico u ocasional. En esa línea, sí se puede inferir que a estos últimos supuestos de tercerización, no son de aplicación las limitaciones establecidas en la Ley 29245. Consecuentemente, las actividades habituales u ordinarias (o no especializadas) de la empresa principal (su núcleo del negocio), solamente no son posibles de tercerizar bajo la modalidad de "desplazamiento continuo de personal".

- Del respeto de la jurisprudencia de la materia. Al respecto, es importante precisar que la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR no solo cumplió con el ordenamiento jurídico antes mencionado, sino también con la jurisprudencia de la materia. Para ello, esta Dirección estima pertinente aclarar lo siguiente:

Sentencias N° 764-2011-Lima (Acción Popular) y N° 1607-2012-Lima (Acción Popular)	
Referencia de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI	Citas literales de las Sentencias



Mediante las Sentencias N° 764-2011-Lima (Acción Popular) y N° 1607-2012-Lima (Acción Popular) **el Poder Judicial determinó que sí se pueden tercerizar actividades principales de la empresa principal** argumentando que el delimitar el artículo 2 del Reglamento de la Ley N° 29245 sobre la tercerización únicamente a la actividad principal guarda armonía con el espíritu de la Ley, dado que de referirse a actividades que no se relacionan con la actividad principal se estaría refiriendo a intermediación laboral. En consecuencia, el Poder Judicial declaró la legalidad del artículo 2 del Reglamento de la Ley N° 29245

Sentencia N° 764-2011-Lima (Acción Popular):

Cuarto: Que **la tercerización, también denominada Outsourcing, es por definición, el proceso en el cual una firma identifica una porción de su proceso de negocio que podría ser desempeñada más eficientemente y/o más efectivamente por otra corporación, la cual es contratada para desarrollar esa porción de negocio. Esta figura jurídica contractual se encuentra orientada a que la primera organización pueda enfocarse en la parte o función central de su negocio, de ahí que el Outsourcing o Tercerización, sea considerada como una herramienta que le permite a las empresas enfocarse en hacer lo que realmente hacen bien.**

Sentencia N° 1607-2012-Lima (Acción Popular):

Tercero: Que **la tercerización, también denominada Outsourcing, es por definición, el proceso en el cual una firma identifica una porción de su proceso de negocio que podría ser desempeñada más eficientemente y/o más efectivamente por otra corporación, la cual es contratada para desarrollar esa porción de negocio. Esta figura jurídica contractual se encuentra orientada a que la primera organización pueda enfocarse en la parte o función central de su negocio, de ahí que el Outsourcing o Tercerización, sea considerada como una herramienta que le permite a las empresas enfocarse en hacer lo que realmente hacen bien.**

Como se puede apreciar, la Comisión realiza citas parciales que no permiten observar el criterio completo de la jurisprudencia de la materia. En efecto, en el cuadro previo se puede ver con claridad que, en ambas sentencias de Acción Popular, la definición de tercerización es uniforme al señalar que se trata de una herramienta que le permite a las empresas principales enfocarse en la parte o función central de su negocio, esto es, en el núcleo de su negocio. De esta manera, la referencia que hace la Comisión debe leerse de la mano con la cita antes señalada, llegando a la misma conclusión que la señalada párrafos atrás, cuando se explicó sobre la necesidad de realizar una interpretación sistemática de los artículos 2 y 3 de la Ley N° 29245:

de una lectura conjunta de ambos artículos, se desprende que **solamente procede la contratación de servicios de tercerización para la realización de las actividades especializadas u obras de la empresa que recurre a ella** (en adelante, la empresa principal). No procede, en consecuencia, para la ejecución de sus actividades habituales u ordinarias o, lo que es lo mismo, para aquellas en las que razonablemente se puede entender que la experta o especializada es ella misma. Esto es a lo que el Decreto Supremo 001-2022-TR denomina "núcleo del negocio".



De igual modo, para demostrar que existe una línea jurisprudencial uniforme en instancia de la Corte Suprema, es indispensable también tomar en cuenta lo expresamente señalado por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación Laboral 18486-2017 DEL SANTA, de fecha 7 de noviembre de 2019:

"Sexto: La tercerización según el Tribunal Constitucional"

*El Tribunal Constitucional, también define la tercerización laboral como aquella institución jurídica que surge como respuesta a las necesidades que afrontan las empresas en el actual contexto de la globalización y particularmente el fenómeno de la descentralización productiva como mecanismo para generar mayor eficiencia y competitividad en el mercado. De este modo, se entiende que en algunas ocasiones resulta más eficiente para una empresa desplazar una fase de su ciclo productivo a otras empresas o personas individuales, en vez de llevarla a cabo ella directamente y con sus propios medios o recursos. Así entendida, la tercerización u outsourcing constituye una herramienta de gestión **que facilita a las empresas o instituciones centrar sus esfuerzos en sus actividades distintivas, es decir, en aquellas que conforman su core business**, evitando el desperdicio de recursos y trabajo en aquellas actividades que, siendo necesarias para el producto o servicio que se ofrece, no las distinguen de manera especial" (el resaltado es nuestro)¹.*

Claramente, pues, de esta reciente Ejecutoria Suprema se concluye que la tercerización tiene como propósito que la empresa principal pueda desprenderse de determinadas fases de su proceso productivo, con el fin de concentrarse en *"en sus actividades distintivas, es decir, en aquellas que conforman su core business"*. Esto es, conforme con lo expresado en dicha jurisprudencia, sería contrario al espíritu de dicha figura jurídica interpretar que la misma puede recaer en cualquier parte o, incluso, en todo el proceso productivo de la empresa principal. Siguiendo esa línea, entonces, es razonable afirmar que el "núcleo del negocio" jurídicamente no forma parte de las etapas productivas que pueden ser objeto de tercerización.

Finalmente, también es pertinente aclarar que, en cuanto a la cita de la Comisión sobre la sentencia recaída en el Expediente N° 0013-2014-PI/TC, también se observa una referencia imprecisa, ya que de la revisión integral de la misma, no se identifica la conclusión categórica a la que alude la Comisión. Para mayor precisión, se puede revisar el siguiente cuadro:

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0013-2014-PI/TC	
Referencia de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI	Tribunal Constitucional
<i>Mediante Pleno Jurisdiccional del Expediente N° 0013-2014-PI/TC, el Tribunal Constitucional, a través de Sentencia del 10 de setiembre de 2019, interpretó que sí se permite tercerizar</i>	<i>34. La parte demandante señala que esta disposición permite que se tercerice la actividad principal de la empresa usuaria, lo que significa que los trabajadores de la empresa tercerizadora desempeñen la</i>

¹ Este criterio también se encuentra presente en la Casación Laboral 5659-2016 LIMA (sexto considerando) y en la Casación Laboral 8983-2015 DEL SANTA (sexto considerando).



"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"
"AÑO DEL FORTALECIMIENTO DE LA SOBERANÍA NACIONAL"

<p><i>actividades principales, en tanto la empresa tercerizadora se encarga de una etapa del proceso productivo de la empresa principal, asumiendo por cuenta y riesgo la actividad delegada, lo cual incluye que se tercerice la actividad principal de la empresa principal a la empresa usuaria, sin suponer un reconocimiento menor de los derechos laborales a los trabajadores de la empresa tercerizadora. Además, declaró la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley N° 29245.</i></p>	<p><i>misma labor, pero con menores condiciones laborales, afectando la dignidad del trabajador.</i></p> <p><i>35. Corresponde comenzar advirtiendo que en esta modalidad de subcontratación la empresa tercerizadora se encarga de una etapa del proceso productivo de la empresa principal, asumiendo por su cuenta y riesgo la actividad delegada.</i></p> <p><i>36. Al respecto, el último párrafo del artículo 2 de la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, establece que: "La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores".</i></p> <p><i>37. Dado lo expuesto, la afirmación de un reconocimiento menor de derechos laborales a los trabajadores de la empresa tercerizadora carece de sustento, toda vez que la ley expresamente manifiesta que estos no son restringidos.</i></p> <p><i>38. Asimismo, corresponde advertir que los trabajadores tercerizados se encuentran subordinados únicamente a la empresa tercerizadora, siendo esta última la encargada de garantizar que los derechos laborales de este sector sean protegidos</i></p>
--	---

Como ha quedado claro, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0013-2014-PI/TC, dentro de los fundamentos que la Comisión cita a pie de página, no se indica en ningún extremo que "sí se permite tercerizar actividades principales". El Tribunal aborda otra problemática, referida a la pretensión de la parte demandante relacionada con la dignidad del trabajador.

- 4.4. Por todo lo antes expuesto, se concluye que el MTPE obró conforme al principio de legalidad al emitir el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, materia del presente requerimiento; esto es, respetó "(...) **la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas** y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas", según lo prescribe el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG.
- a.2. El Decreto Supremo N° 006-2008-TR desnaturalizó y/o transgredió la definición de tercerización
- 4.5. Conforme se ha desarrollado párrafos atrás, es la misma Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, la que nos permite concluir que la tercerización, incluyendo la recae sobre una parte integral del proceso productivo, para ser legal, debe suponer: (i) el desarrollo de actividades especializadas u obras de la empresa principal y, sobre todo, (ii) que estas últimas no pueden ser parte de su actividad neurálgica o nuclear.
- 4.6. No obstante ello, a pesar de estar clara la opción legislativa conforme se ha expuesto, el Decreto Supremo 006-2008-TR estableció que la tercerización podía ejecutarse en las actividades principales, irrestrictamente, haciendo para ello una remisión a la Ley de intermediación laboral que define su ámbito por oposición al concepto de actividad principal en sentido genérico.



- 4.7. En ese sentido, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR al establecer que la tercerización no puede ejecutarse en actividades relacionadas con el núcleo del negocio de la empresa principal, ha superado la ilegalidad en la que incurrió el Decreto Supremo 006-2008-TR, según lo señalado en el párrafo anterior.

b. RESPUESTA AL PUNTO III)

Sobre la prohibición de la tercerización de actividades complementarias y actividades especializadas que no formen parte de la actividad principal

- 4.5. Preliminarmente, es preciso tener en cuenta que el artículo 5 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR desarrolla el artículo 5 de la Ley N° 27245, el cual establece:

Artículo 5.- Desnaturalización

Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes.

- 4.6. En ese sentido, el artículo 5 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR enlista aquellos supuestos en los que, por inobservancia de Ley N° 27245, se produce la desnaturalización de la tercerización y, en consecuencia, se considera que existe una relación laboral directa entre los trabajadores desplazados y la empresa principal.
- 4.7. En ese contexto, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 001-2022-TR modifica, entre otras disposiciones, el artículo 5 antes mencionado, incorporando dos causales de desnaturalización de la tercerización, la primera, el uso de la tercerización que no tiene por objeto desarrollar actividades principales de la empresa principal (literal a) del artículo 5) y, la segunda, el uso de la tercerización para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio de la empresa principal (literal b) del artículo 5).
- 4.8. Respecto de la causal incorporada en el literal a) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, y que es materia de consulta en el punto (III) del documento enviado por INDECOPI, debe repararse que la tercerización regulada en la Ley N° 29245 nunca ha aplicado para servicios complementarios o especializados que no forman parte de la actividad principal de la empresa principal; por el contrario, el ámbito de la tercerización siempre ha estado circunscrito a la tercerización de la actividad principal y, dentro de esta, a las actividades especializadas u obras.
- 4.9. Así lo señala claramente el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, inclusive antes de su modificación por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR:

Decreto Supremo N° 006-2008-TR antes de la modificación	Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR
<p>Artículo 2.- Ámbito de la tercerización</p> <p><i>El ámbito de la Ley comprende a las <u>empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal</u>, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o</i></p>	<p>Artículo 2.- Ámbito de la tercerización</p> <p><i>El ámbito de la Ley comprende a las <u>empresas principales cuyos trabajadores están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan actividades especializadas u obras, que forman parte de su actividad principal</u>, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los</i></p>



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 (...)	trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas (...)
--	---

- 4.10. De lo señalado anteriormente se colige que los servicios complementarios y los servicios especializados que no forman parte de la actividad principal nunca han estado comprendidos en el ámbito de la tercerización regulada por la Ley N° 29245. Esto es así por cuanto dichas actividades corresponden al campo de aplicación de una figura distinta a la tercerización: la intermediación laboral.
- 4.11. Para mayor comprensión de los alcances de la figura de la intermediación laboral, conviene remitirnos a la Ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, en cuyo artículo 3 señala: **"La intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria *sólo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización*"** (subrayado agregado).
- 4.12. Por su parte, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, que establece disposiciones para la aplicación de la Ley N° 27626, aporta una definición de "actividad complementaria" y de "actividad de alta especialización" en el ámbito de la intermediación laboral, que denota que en ambos supuestos se trata de actividades de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal:

"Actividad complementaria: Constituye actividad complementaria de la empresa usuaria aquella que es de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza. La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria."

"Actividad de alta especialización.- Constituye actividad de alta especialización de la empresa usuaria aquella auxiliar, secundaria o no vinculada a la actividad principal que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tal como el mantenimiento y saneamiento especializados".

- 4.13. Entonces, toda vez que el campo de aplicación de la tercerización regulada por la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038, siempre ha estado circunscrito al desarrollo de actividades especializadas u obras vinculadas a la actividad principal; en concordancia con ello, el literal a) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR prevé las consecuencias jurídicas del uso de la tercerización fuera de tales supuestos. En concreto, dichos supuestos se refieren al uso de la tercerización para actividades auxiliares, secundarias o no vinculadas a la actividad principal. Dicha consecuencia consiste en la desnaturalización de la tercerización y que la empresa principal sea el empleador de los trabajadores desplazados.

c. RESPUESTA AL PUNTO IV)

Sobre la adecuación de las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR con el marco normativo y los pronunciamientos judiciales y constitucionales

- 4.14. En línea con lo señalado precedentemente, las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR están acordes con el marco constitucional y legal vigente, específicamente, con la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038.
- 4.15. Al respecto, si bien en el Oficio N° 000209-2022-CEB/INDECOPI se hace referencia al artículo 59 de la Constitución Política del Perú, que reconoce la libertad de trabajo y la



libertad de empresa, las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR deben evaluarse en el marco de lo que ya era el sentido y los alcances de la propia Ley N° 29245, conforme se ha desarrollado en los puntos precedentes.

- 4.16. Además de ello, el marco normativo citado en el Oficio N° 000209-2022-CEB/INDECOPI no toma en cuenta otros bienes constitucionales que son especialmente relevantes al momento de abordar el fenómeno de la tercerización, dada su implicancia en las relaciones laborales, individuales y colectivas.
- 4.17. En ese sentido, para completar el marco jurídico citado por INDECOPI, deben considerarse especialmente los derechos humanos laborales reconocidos en los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú que pueden verse afectados por el uso irrestricto de la tercerización laboral, esto es, más allá de los alcances de la Ley N° 29245. Nos referimos al derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo y los derechos sindicales, reconocidos en los artículos 7 y 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", así como la obligación del Estado peruano de adoptar las medidas de orden interno necesarias para lograr la plena efectividad de tales derechos.

V. CONCLUSIONES

- 5.1. Se cumple con proporcionar la información requerida por la Comisión, así como realizar las precisiones que demuestran que la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, materia del presente requerimiento, cumplió con respetar la jurisprudencia de la materia así como el principio de legalidad regulado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, el mismo que, en su cita completa, ordena que “[L]as autoridades administrativas deben actuar con respeto a la **Constitución, la ley** y al derecho, dentro de las **facultades que le estén atribuidas** y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.

VI. RECOMENDACIÓN

- 6.1. Se recomienda que el presente informe sea puesto a consideración de la Dirección General de Trabajo, a fin de que previo visto bueno de la misma, continúe el trámite correspondiente.

Kenny Díaz Roncal
Director de Normativa de Trabajo

H.R. E-036534-2022