

**INFORME N° 188 -2022-MTPE/2/14.1**

PARA : **JUAN MARIANO NAVARRO PANDO**
Director General de la Dirección General de Trabajo

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

ASUNTO : Opinión técnica sobre el Proyecto de Ley N° 1713/2021-CR¹

REFERENCIA : Oficio N° 001941-2021-2022/CTSS-CR

FECHA : 03 de junio de 2022

Es grato dirigirme a usted con relación al asunto y documento de la referencia, a fin de informar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

- 1.1. Mediante el documento de la referencia, la Congresista de la República, Isabel Cortez Aguirre, en su condición de presidenta de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República, remite a este ministerio el Proyecto de Ley N° 1713/2021-CR denominado «Ley que modifica la Ley N° 29245, que regula los servicios de tercerización» (en adelante, el proyecto de ley) y solicita la emisión de opinión al respecto. Para dicho efecto remite el proyecto de ley y su Exposición de Motivos.
- 1.2. Con fecha 3 de mayo de 2022, a través del Sistema de Trámite Documentario de este ministerio, vuestro despacho derivó a esta Dirección de Normativa de Trabajo el documento de la referencia, para su atención respectiva.
- 1.3. Conforme a lo previsto en el artículo 63 y el literal c) del artículo 64 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 308-2019-TR (en adelante, ROF del MTPE), 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° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.

¹ El número de proyecto de ley consignado obedece a una transcripción literal de la información que consta en el Proyecto de Ley remitido mediante Oficio N° 001941-2021-2022/CTSS-CR.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: "https://app.trabajo.gob.pe/sigdoc-ext" e ingresando la siguiente clave: QFPPPB3



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

- 2.4. Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización.
- 2.5. Decreto Supremo N° 001-2022-TR, Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización.
- 2.6. 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.

III. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO DE LEY

- 3.1. El proyecto de ley, en su artículo primero (único), plantea modificar el artículo 2 de la Ley N° 29245 referido a la definición de tercerización. A tal efecto, propone la siguiente redacción modificatoria:

Ley N° 29245	Proyecto de Ley
<p>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.</p> <p>Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.</p> <p>La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores</p>	<p>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.</p> <p><i>Son actividades especializadas aquellas que exigen habilidades específicas o conocimientos técnicos, científicos o calificados. Se entiende por obra la ejecución de un encargo debidamente especificado en el contrato civil suscrito entre la empresa principal y la empresa tercerizadora.</i></p> <p>Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.</p> <p><i>Las actividades que forman parte del núcleo del negocio pueden ser objeto de</i></p>

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: "https://app.trabajo.gob.pe/sigdoc-ext" e ingresando la siguiente clave: QFPPPB3

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

	<i>tercerización siempre que cumplan con los requisitos, características establecidos en la presente ley.</i>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

- 3.2. Ahora bien, en la Exposición de Motivos del proyecto de ley se señala que la Ley N° 29245, desde su entrada en vigencia, ha permitido a las empresas tercerizar todo tipo de actividades y obras, siempre que las empresas tercerizadoras cumplan con los requisitos y condiciones previstos en la ley. Dicha regulación, conforme a lo informado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, habría permitido que desde el año 2007 el porcentaje de empleos informales haya decrecido.
- 3.3. Asimismo, se sostiene que el proyecto de ley, lejos de vulnerar derechos constitucionales y perjudicar a los miles de trabajadores que hoy se sustentan de las empresas tercerizadoras, busca respetar los derechos laborales, previsionales y las normas sobre seguridad y salud en el trabajo de este colectivo de trabajadores. En ese marco, se resalta que definir los alcances de las actividades especializadas y obras que pueden ser objeto de tercerización, incluyendo aquellas que formen parte del núcleo del negocio, permitirá la inserción de un mayor universo de trabajadores informales a la formalidad.
- 3.4. De esta manera, en la Exposición de Motivos objeto de revisión, se señala que acotar o reducir las actividades que pueden ser objeto de tercerización, sin mayor sustento, es una limitante que atenta contra la formalización de la economía del país, los derechos laborales de los trabajadores peruanos, la actividad empresarial, el sistema de pensiones, la seguridad social y la recaudación tributaria.
- 3.5. De otro lado, se sostiene que el artículo 3 de la Ley N° 29245 establece que constituyen tercerización de servicios, entre otros, los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.
- 3.6. Finalmente, en cuanto al análisis costo beneficio, se señala que el proyecto de ley no irrogará costos económicos para el Estado, dado que el mismo se limita a modificar el artículo 2° de la Ley N° 29245 que regula los servicios de tercerización. En ese marco, se resalta que regular la ampliación del espectro de actividades objeto de tercerización laboral, contribuirá a formalizar la economía, incrementar la recaudación tributaria, la contribución al sistema de pensiones, la seguridad social y el reconocimiento de beneficios laborales a un mayor número de trabajadores.

IV. ANÁLISIS

- 4.1. De acuerdo a lo descrito en el punto anterior, el proyecto de ley propone incorporar dentro del actual artículo 2 de la Ley N° 29245, lo que se entiende por “actividades especializadas” y “obras”. Asimismo, plantea incluir como parte de la definición de tercerización lo siguiente: ***“las actividades que forman parte del núcleo del negocio pueden ser objeto de tercerización siempre que cumplan con los requisitos, características establecidas en la ley de tercerización”.***

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

- 4.2. Al respecto, cabe precisar que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que modificó el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, regula las definiciones “actividades especializadas” y “obras”, las cuales, en el marco de la tercerización, están vinculadas a la actividad principal de la empresa, no pudiendo tener por objeto el núcleo del negocio. En concordancia con ello, el citado Decreto Supremo N° 001-2022-TR incorpora también la definición de “núcleo del negocio”.
- 4.3. Resulta importante precisar que existen fundamentos que sustentaron la emisión, por parte del MTPE, del Decreto Supremo N° 001-2022-TR que modificó el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización. Dichos fundamentos se exponen a continuación:
- Sobre el respeto a 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 MTPE 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.

- Sobre 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:

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

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.

Así, vemos que la externalización de servicios a través de la figura de la tercerización sí se encuentra dentro de las competencias regladas que tiene el MTPE, pues tiene incidencia en las relaciones sociolaborales, así como en derechos fundamentales laborales (la tercerización de actividades neurálgicas de la empresa principal afecta, por ejemplo, el principio de salario igual por trabajo de igual valor y la estabilidad laboral).

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 aquí señaladas.

- 4.4. De otro lado, en la Exposición de Motivos del proyecto de ley se señala que la Ley N° 29245, desde su entrada en vigencia, **ha permitido a las empresas tercerizar todo tipo de actividades y obras**, siempre que las empresas tercerizadoras cumplan con los requisitos y condiciones previstos en la ley.
- 4.5. Al respecto, es de señalar que la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR se realizó en estricto respeto a la Ley N° 29245. Consideramos importante desarrollar este punto, precisando el sentido de la legislación vigente sobre los “servicios de tercerización”, específicamente, cuándo procede la tercerización (su ámbito de aplicación).

A estos efectos, se precisa que el “marco legal” sobre esta materia está conformado por la Ley N° 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 N° 29245 (publicado el 25 de junio de 2008). A continuación, en el siguiente cuadro, se presentan los artículos relevantes de dichos dispositivos legales:

Ley N° 29245	Decreto Legislativo N° 1038
Artículo 1.- Objeto de la Ley La Ley regula los casos en que procede la tercerización, (...).	Artículo 2.- Ámbito de las obligaciones y de las restricciones

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: “<https://app.trabajo.gob.pe/sigdoc-ext>” e ingresando la siguiente clave: QFPPPB3

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

<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>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 N° 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). Así, 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 N° 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 N° 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 N° 29245). No se puede leer, por tanto, el artículo 3 sacrificando o vaciando de

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

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, la 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 N° 29245, la tercerización sin desplazamiento (o tercerización externa) y aquella que implica un desplazamiento esporádico u ocasional.

- 4.6. Por otra parte, 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 existente sobre la materia. Para ello, esta Dirección estima pertinente citar los siguientes pronunciamientos:

Sentencias N° 764-2011-Lima (Acción Popular) y N° 1607-2012-Lima (Acción Popular)**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 denominada la tercerización, también 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, 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.

- 4.7. Por último, conviene enfatizar que el propósito de la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, no es otro si no corregir la distorsión que creaba el primigenio Decreto Supremo N° 006-2008-TR. Conforme se ha explicado párrafos atrás, la Ley N° 29245 marcaba la pauta de que solamente procede la contratación de servicios de tercerización

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: “<https://app.trabajo.gob.pe/sigdoc-ext>” e ingresando la siguiente clave: QFPPPB3



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*

para la realización de las actividades especializadas u obras de la empresa principal, por lo tanto, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, en línea de lo previsto legalmente, precisa que no es materia de tercerización el núcleo del negocio.

- 4.8. Como es de verse, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR desarrolla la Ley 29425 en los términos que la misma establece. Es por eso, que las actividades habituales u ordinarias de la empresa principal (profesores de una universidad, por ejemplo), al no ser actividades especializadas ni obras concretas, están excluidas del ámbito de aplicación de la Ley.
- 4.9. Teniendo en cuenta lo expuesto, cumplimos con referir que permitir la externalización, vía tercerización, de las actividades neurálgicas de la empresa principal, constituiría una clara contravención a lo establecido en la Ley N° 29245.

V. CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, esta Dirección de Normativa de Trabajo considera que el Proyecto de Ley N° 1713/2021-CR denominado «Ley que modifica la Ley N° 29245, que regula los servicios de tercerización», es inviable, según lo desarrollado en el punto anterior.

VI. RECOMENDACIÓN

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.

Atentamente,

KENNY DÍAZ RONCAL
Director de Normativa de Trabajo

H.R. E-059381-2022