



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° 272 -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 : Requerimiento de información para formular descargos ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)

REFERENCIA : a) Hoja de Elevación N° 1050-2022-MTPE/1/6
b) Resolución N° 0259-2022/CEB-INDECOPI

FECHA : 22 de julio 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 a), la Procuraduría Pública del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) informa a la Dirección General de Trabajo sobre la notificación del documento de la referencia b), emitida por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, que admite a trámite la denuncia interpuesta por **San Martín Contratistas Generales S.A.** (en adelante, “la denuncia”) contra el MTPE. Al respecto, se indica que la citada denuncia cuestiona la imposición de barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad, consistentes en:
- (i) La prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa, materializada en el último párrafo del artículo 2 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, concordante con el primer y undécimo párrafo de artículo 1 de la misma norma.
 - (ii) La exigencia de considerar como desnaturalización de la tercerización cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio, materializada en el literal b) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.
- 1.2 En ese sentido, solicita la emisión de un informe técnico conteniendo información que permita evaluar la legalidad y la razonabilidad de las medidas admitidas a trámite, a fin de formular el descargo respectivo ante el Indecopi.
- 1.3 Con fecha 22 de julio de 2022, a través del Sistema de Trámite Documentario, la Dirección General de Trabajo traslada a este despacho los documentos de la referencia y sus antecedentes, a fin de evaluar y proyectar respuesta en el marco de nuestras competencias.

- 1.4 Conforme a lo previsto en el literal c) del artículo 64 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del 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.
- 2.3. Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.
- 2.4. Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas.
- 2.5. Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- 2.6. 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.
- 2.7. 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. **ANÁLISIS**

- 3.1. Conforme se ha señalado en los antecedentes, la Procuraduría Pública del MTPE requiere un informe técnico conteniendo información que permita evaluar la legalidad y la razonabilidad de la medida admitida a trámite, referida a la imposición de barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad, consistentes en:
- (i) La prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa, materializada en el último párrafo del artículo 2 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, concordante con el primer y undécimo párrafo de artículo 1 de la misma norma.
 - (ii) La exigencia de considerar como desnaturalización de la tercerización cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio, materializada en el literal b) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.
- 3.2. A fin de coadyuvar con la defensa jurídica del MTPE, esta Dirección, dentro del marco de sus competencias, procede a informar lo pertinente sobre el Decreto Supremo N° 001-

2022-TR, con el objeto de aclarar las confusiones que se plantean desde el Indecopi y otros.

A. Cuestión previa: la denuncia cuestiona una regulación legal, por tanto, no hay mérito para iniciar un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas

- 3.3. Con fecha 23 de febrero de 2022, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, dispositivo que modificó diversos artículos del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038.
- 3.4. En lo que respecta a la Ley N° 29245, esta se emitió en el año 2008 y desde entonces estableció que la tercerización solo procede para la realización de las actividades especializadas u obras de 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 N° 001-2022-TR denomina “núcleo del negocio”.
- 3.5. Lo señalado en el párrafo previo no es otra cosa que una lectura sistemática de la Ley N° 29245, integrando los artículos 2 y 3 de la norma. En efecto, el artículo 2 definió que la tercerización procede para “*la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras*”; mientras que el artículo 3 prescribe que constituyen tercerización de servicios, entre otros, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.
- 3.6. Es jurídicamente incorrecto asumir una conclusión, respecto de la definición de la tercerización, que tome únicamente el artículo 3 y los ejemplos que en este se enumeran. La hermenéutica nos lleva a entender que la definición debe contemplar la premisa que plantea el artículo 2, en donde la característica de “*actividad especializada u obra*” es capital para contextualizar el artículo 3 y desvirtuar cualquier confusión.
- 3.7. Sobre lo señalado al final del párrafo previo, no hay duda que la cara opuesta de la “*actividad especializada u obra*” es la ejecución de actividades habituales, ordinarias o en las que la empresa principal es experta o especializada. Por tanto, estas fueron actividades que la propia Ley N° 29245 decidió no incluir dentro de la definición o ámbito de aplicación de la tercerización.
- 3.8. Este aspecto será desarrollado con mayor profundidad en el punto siguiente, pero sirve para poner en contexto la confusa narrativa que plantea la denuncia, en donde se pretende negar la regulación antes señalada. Con ello, se pretende plantear la competencia de Indecopi para analizar el presente caso en el marco de un procedimiento sobre barreras burocráticas. Sin embargo, tomando en cuenta lo señalado párrafos atrás, queda claro que la “**discusión**” que plantea la denuncia se circunscribe en realidad a la Ley N° 29245. En consecuencia, el presente caso desborda las competencias de Indecopi ya que, conforme con el artículo 3, numeral 3, literal a) del Decreto Legislativo N° 1256¹:

“(…) **no se consideran barreras burocráticas** dentro del ámbito de la presente ley:

¹

Que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas.

a. Las ***exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones*** y/o cobros establecidos a través de ***leyes u otras normas con rango de ley*** y alcance nacional, emitidas al amparo de la función legislativa.” El resaltado es nuestro.

- 3.9. Por todo lo desarrollado hasta aquí, carece de sustento legal el desarrollo del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas seguido por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi. Sin perjuicio de ello, a continuación se brindan argumentos a efecto de superar cualquier confusión acerca de la legalidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

B. Sobre el análisis de legalidad

- 3.10. Tomando en cuenta lo señalado en el acápite anterior, es claro que la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR se realizó en estricto respeto a la Ley N° 29245. En este apartado se desarrollará con mayor profundidad el respeto del principio de legalidad que se tuvo al emitir el Decreto antes señalado. En un primer momento nos pronunciaremos sobre el respeto de las competencias regladas con las que cuenta el Poder Ejecutivo y, especialmente, el MTPE, las mismas que justifican la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR. En un segundo momento volveremos al contenido de la propia Ley N° 29245.

b.1. El respeto del principio de legalidad

- 3.11. En ese sentido, en primer orden conviene citar el numeral 1.1 del artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General² (en adelante, TUO de la LPAG), en lo que respecta al principio de legalidad:

*“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
(...)”*

*1.1. Principio de legalidad. - Las 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 (...)”* El resaltado es nuestro.

- 3.12. Tomando la referencia literal del principio de legalidad antes citado, a continuación se presentan los argumentos que aclaran cualquier confusión sobre la legalidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, los mismos que deberán ser considerados por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi a efecto de concluir que se cumplió cabalmente con el principio señalado:

- 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.

² Aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

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, 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.

- 3.13. 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.
- 3.14. 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).

b.2. La lectura sistemática de la Ley N° 29245: la restricción a la tercerización viene por mandato legal

- 3.15. En segundo lugar, consideramos importante 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).
- 3.16. 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 N° 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 N° 29245	Decreto Legislativo N° 1038
Artículo 1.- Objeto de la Ley La Ley regula los casos en que <u>procede la tercerización</u> , (...).	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.
Artículo 2.- Definición Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen <u>actividades especializadas u obras</u> , (...).	
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> .	

- 3.17. 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). 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 N° 001-2022-TR denomina "núcleo del negocio".
- 3.18. 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*”.

- 3.19. 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 contenido el artículo 2. En consecuencia, hizo bien el Decreto Supremo N° 001-2022-TR en precisar que no es materia de tercerización el núcleo del negocio.
- 3.20. 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 N° 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 N° 29245.
- 3.21. En este marco, ha quedado demostrado el cumplimiento del principio de legalidad al emitir el Decreto Supremo N° 001-2022-TR. Asimismo, ello nos permite insistir en lo señalado al final del acápite anterior, que el presente caso desborda las competencias de Indecopi, conforme con el artículo 3, numeral 3, literal a) del Decreto Legislativo N° 1256. Ello, en razón a que la regulación que establece que la tercerización está habilitada exclusivamente para la realización de actividades especializadas u obras de la empresa principal -o en otros términos, la prohibición de tercerizar las actividades nucleares de la empresa principal- viene de la propia Ley N° 29245 y no del Decreto Supremo N° 001-2022-TR.
- 3.22. Adicionalmente, en la página 27 del escrito de denuncia, se indica respecto del Decreto Supremo N° 001-2022-TR que:

“Ante ello, por un lado, tenemos la prohibición de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio, la cual ha sido incorporada por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR. Del otro lado, se mantiene la regulación del numeral 11 del artículo 37 del TUO de la Ley General de Minería que faculta a los titulares de concesiones mineras a suscribir contratos de tercerización con empresas contratistas mineras respecto de actividades de exploración, explotación, desarrollo y beneficio minero que, para los titulares de concesiones mineras, calificarían como del núcleo del negocio.”

*Siendo que la misma materia tiene una regulación diferente entre dos (2) normas, debemos recurrir, en primer lugar, **al principio de aplicación de jerarquía normativa para resolver el conflicto normativo**. Este criterio implica que las normas de rango superior prevalecen sobre las de rango inferior.*

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

De la aplicación de éste surge que, para efectos de los titulares de concesiones mineras y de empresas contratistas mineras, primará y deberá aplicarse lo previsto en el numeral 11 del artículo 37 del TULO de la Ley General de Minería; toda vez que se trata de una norma vigente de mayor jerarquía respecto del Decreto Supremo N° 001-2022-TR”.

- 3.23. En mérito al presente alegato, se destaca lo expuesto por la Oficina General de Asesoría Jurídica del MTPE en su Informe N° 0469-2022-MTPE/4/8:

“3.21. De lo descrito, se tiene que hay dos (2) normas de igual jerarquía, y una norma de igual jerarquía que precisa una de ellas. Bajo ese marco, se aprecia que en la denuncia [...] se da una prevalencia a lo regulado en el numeral 11 del artículo 37 del TULO de la LGM per se, cuando, claramente en periodo posterior han sido emitidos la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038, debiendo tenerse en cuenta, por lo tanto, el contexto y la intención del legislador al momento de emitirse la Ley N° 29245, por ejemplo.

3.22. Ahora bien, de acuerdo con el numeral 11 del artículo 37 del TULO de la LGM (numeral agregado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 868), uno de los atributos que gozan los titulares de concesiones es “contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería”.

*3.23. Al respecto, se considera que **debiera existir una aplicación que atienda a una lectura de las normas de manera conjunta, en lugar de, automáticamente referir que hay un supuesto de aplicación del principio de jerarquía normativa, o en su defecto, del principio de especialidad**”.*

- 3.24. Por otra parte, en las páginas 29 y 31 del escrito de la denuncia, se alega respecto del Decreto Supremo N° 001-2022-TR que:

“(…) en el caso particular de SAN MARTÍN, mantener la barrera burocrática denunciada implicará que nos encontremos impedidos de mantener los contratos suscritos y/o suscribir nuevos contratos con clientes. Lo anterior tendrá como consecuencia que nuestro modelo de negocio sea sustancialmente afectado y, por ello, estemos ante el riesgo inminente del cierre de nuestras operaciones en el sector de minería”.

*“Asimismo, mantener la barrera burocrática denunciada implicará que no podamos celebrar nuevos contratos con empresas que quieran que realicemos actividades de su ‘núcleo del negocio’ (que es nuestro principal objeto) o renovar los que hayan vencido, **impidiendo por completo que desarrollemos nuestra actividad empresarial, hasta condenarnos a la liquidación**”.*

- 3.25. Al respecto, se tiene que los alegatos antes señalados se sustentan bajo la premisa que la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 sí permitían a la empresa principal tercerizar toda su actividad principal. Sin embargo, como se ha explicado párrafos atrás, las normas antes citadas no han previsto ello, muy por el contrario la restricción de tercerizar el núcleo del negocio de la empresa principal se encontraba vigente desde el

año 2008 en que las normas de la materia se emitieron. Con ello, superando la confusión que plantea la denuncia, cabe precisar que el proceso de adecuación contemplado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR está dirigido a las empresas principales que tenían contratos de tercerización vigentes al 23 de febrero de 2022 (fecha en que se publicó el Decreto Supremo N° 001-2022-TR) y que no se ajustaban a lo establecido por la Ley N° 29245 en lo que respecta a que solo se podía externalizar por tercerización actividades especializadas u obras (esto es, actividades no nucleares para la empresa usuaria).

b.3. Sobre la supuesta ilegalidad por no haber publicado el proyecto normativo

3.26. Finalmente, es de resaltar que, en las páginas 7 y 26 del escrito de la denuncia, se indica, entre otros, que:

“(…) la publicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR se realizó contraviniendo el artículo 14 del Decreto Supremo No 001-2009-JUS, en tanto el MTPE NO dispuso la publicación del proyecto de dicha norma en su portal electrónico o cualquier otro medio para que las personas interesadas (tales como mineras, contratistas y subcontratistas del sector minero) puedan formular sus comentarios (…)”.

“Por consiguiente, las barreras burocráticas denunciadas no superan el análisis de legalidad de forma, debido a que el MTPE trasgredió el numeral 14.1 del artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, al no prepublicar el proyecto del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, a efectos de recibir los comentarios de los ciudadanos y empresas, tales como SAN MARTÍN”.

3.27. Este alegato es utilizado en la denuncia para sostener la “ilegalidad de forma” en que habría incurrido el Decreto Supremo N° 001-2022-TR. Sobre el particular, cabe resaltar que este Decreto Supremo N° 001-2022-TR constituye una norma de alcance sectorial en tanto sus efectos atañen a un sector limitado de la población laboral, esto es, a las 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. Por esta razón, no correspondía la publicación del proyecto, según el artículo 14, numeral 1, del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS que se cita en la denuncia. Repárese, asimismo, en 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.

3.28. Asimismo, también es importante señalar que ni el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, ni el artículo IV de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, ni algún otro dispositivo normativo referido a la publicidad y difusión normativo establecen que la no publicación del proyecto normativo trae como consecuencia la ilegalidad de la norma. En este extremo, la denuncia plantea otro alegato carente de fundamento legal, ya que en el supuesto negado que haya sido necesaria tal acción, ello no tiene la consecuencia jurídica que tendenciosamente se indica.

3.29. Al respecto y en línea del argumento expuesto, resulta importante anotar que mediante Informe N° 0469-2022-MTPE/4/8, la Oficina General de Asesoría Jurídica del MTPE ha señalado respecto a la publicación del proyecto normativo que antecedió al Decreto Supremo N° 001-2022-TR, lo siguiente:

“3.11. En el presente caso, la DNT de la DGT señala que el 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 (en adelante, Decreto Supremo N° 001-2022-TR), constituye una norma de alcance sectorial en tanto sus efectos atañen a un sector limitado de la población laboral, esto es, a las 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.

3.12. En ese sentido, la DNT de la DGT sostiene que no correspondía la publicación del proyecto normativo que antecedió al Decreto Supremo N° 001-2022-TR, según el mismo numeral 1 del artículo 14 de dicha norma que se cita en la denuncia de (...)”.

3.14. Ante lo descrito, se tiene que, **resulta importante atender al carácter sectorial de la norma, no desde la emisión, sino atendiendo a que constituye una modificatoria con el alcance antes mencionado.** Esto permite identificar que, sobre su regulación, no se dispone una limitación a partir de la LOPE u norma legal.

3.15. De otro lado, se tiene que **lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 14 del Reglamento es aplicable si es que el proyecto califica como uno de norma de carácter general, lo cual, como ha demostrado la DNT de la DGT no se cumple en este caso**”.

C. Sobre el análisis de razonabilidad

- 3.30. Conforme con el numeral 3, del artículo 14 del Decreto Legislativo 1256, el análisis es progresivo, esto quiere decir que si de la evaluación se concluye que sí se cumplió con el principio de legalidad, luego carece de sentido continuar con el análisis de la razonabilidad. No obstante lo señalado anteriormente, es importante precisar que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR es un reglamento “*secundum legem*”, esto es, un reglamento en el que se precisa “*el casuismo de desarrollo*” de las leyes que establecen los principios básicos³.
- 3.31. Lo señalado al final del párrafo previo quiere decir que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR solo desarrolló el precepto contenido en la Ley N° 29245, según lo explicado líneas atrás. A mayor abundamiento, conviene precisar que, no obstante la clara la opción legislativa expuesta en la Ley N° 29245, fue el Decreto Supremo 006-2008-TR el que 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.
- 3.32. 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, desarrolla la Ley N° 29425 en los términos que la misma establece y corrige la distorsión que creaba el primigenio Decreto Supremo N° 006-2008-TR. Es por eso, que las actividades habituales u ordinarias de la empresa principal, a las cuales el Decreto

³ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derechos Administrativo 1. Duodécima edición, Civitas, Madrid, 2004, p- 214.

Supremo N° 001-2022-TR denomina “núcleo del negocio” (profesores de una universidad, por ejemplo), al no ser actividades especializadas ni obras concretas, están excluidas del ámbito de aplicación de la Ley.

- 3.33. Ahora bien, en relación a lo expuesto anteriormente, cabe citar lo alegado en las páginas 37 y 38 del escrito de la denuncia:

*“(iii) la Exposición de Motivos de esta norma, **NO** evalúan en ningún momento sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las disposiciones contenidas en el último párrafo de la definición de “actividades especializadas u obras” y la definición de “núcleo de negocio” del artículo 1, el último párrafo del artículo 2 y el literal b) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificados por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR”.*

“(…) en ninguna parte de los referidos documentos, se realiza una evaluación de (i) los beneficios y/o el impacto positivo que generaría la medida y de los costos y/o el impacto negativo de la misma para los agentes económicos obligados a cumplirla, así como para otros agentes afectados y/o para la competencia en el mercado; (ii) si la referida evaluación permite concluir que la medida genera mayores beneficios que costos; y, (iii) si otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas.

A saber, en los considerandos del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, se dispone que utilización indiscriminada de la tercerización convierte a este mecanismo en una de las principales causas de abaratamiento de los costos laborales afectando los derechos de los trabajadores; sin tener sustento y evidencia objetiva que justifique que existe una problemática de ‘utilización indiscriminada’, y ‘abaratamiento de costos laborales que afectan derechos de los trabajadores’”.

- 3.34. De acuerdo a lo desarrollado en este apartado y teniendo en cuenta que la restricción - referida a que la tercerización no puede ejecutarse en actividades relacionadas con el núcleo del negocio de la empresa principal- proviene de la ley, la exigencia de data y/o evidencia que se realiza, parte de una confusión en la que la denuncia incurre, ya que no se trata de una norma que incorpora una regla en función de una contingencia, se trata de un reglamento “*secundum legem*” que desarrolla un precepto legal.

IV. CONCLUSIONES

- 4.1. Atendiendo a que el cuestionamiento que plantea la denuncia se circunscribe en realidad a la Ley N° 29245, el presente caso desborda las competencias de Indecopi ya que, conforme con el artículo 3, numeral 3, literal a) del Decreto Legislativo N° 1256, no se consideran barreras burocráticas las exigencias, requisitos, limitaciones y/o prohibiciones establecidos a través de leyes u otras normas con rango de ley.
- 4.2. Se cumple con proporcionar la información requerida por la Procuraduría Pública del MTPE, así como realizar las precisiones que demuestran que la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, materia del presente requerimiento, cumplió con respetar 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



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”

las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.

V. 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.

Kenny Díaz Roncal
Director de Normativa de Trabajo

H.R. I-125153-2022

KDR/dcao