



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° 274 -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° 1056-2022-MTPE/1/6
b) Resolución N° 0262-2022/CEB-INDECOPI

FECHA : 25 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 presentada por **Clínica Internacional S.A.** (en adelante, “la denuncia”) contra el MTPE. Al respecto, se indica que la citada denuncia cuestiona la imposición de una barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en:

“(…) 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”.

1.2 En ese sentido, solicita la emisión de un informe técnico conteniendo información que permita evaluar la legalidad y la razonabilidad de la medida admitida 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, analizar 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 una barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en:

“(…) 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”.

- 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 por barrera burocrática

- 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:

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

¹

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

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. Finalmente, se aclarará el alegato de la denuncia, referido a que la no “pre publicación” trae como consecuencia la ilegalidad de la norma.

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.

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

²

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

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
<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>

- 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.

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

- 3.22. Finalmente, es de resaltar que, en la página 25 del escrito de la denuncia, se indica que:

“(…) la ilegalidad está acreditada también por el incumplimiento a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, que exige la publicación de los proyectos normativos para conocimiento de los interesados (...).”

- 3.23. Este alegato es utilizado en la denuncia para sostener la “ilegalidad” 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.
- 3.24. 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.
- 3.25. 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”.***

3.26. Finalmente, otro argumento consignado en la denuncia a efecto de sostener la “ilegalidad” en que habría incurrido el Decreto Supremo N° 001-2022-TR se encuentra en las páginas 3, 14 y 15 del escrito de la denuncia que alude lo siguiente:

“(…) a través de las sentencias de expediente N° 764-2011-AP y N° 1607-2012-AP la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema de Justicia validó las condiciones establecidas por el Reglamento, confirmando por tanto el carácter abierto y amplio de la figura de la tercerización (...) quedando establecido con los pronunciamientos judiciales la legalidad y validez de las disposiciones de la Ley 29245 y su Reglamento (que regulaban la tercerización de actividades principales de forma general y sin prohibiciones), antes de la aprobación del DS 01”.

*“Así también, la modificación desconoce una serie de pronunciamientos judiciales y del Tribunal Constitucional que reconocen la validez del régimen de tercerización que ahora pretende cambiarse de forma irregular e ilegal. Por tanto, estamos ante una **modificación abiertamente ilegal**”.*

*“Es decir, tanto la Ley 29245, como su Reglamento y los posteriores pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales coinciden en establecer una delimitación consustancial y genérica del concepto de tercerización que no implica una prohibición o restricción. Es decir, **que todas las actividades principales pueden ser tercerizadas**”.*

- 3.27. 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 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.

C. Sobre el análisis de razonabilidad

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

- 3.29. 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.
- 3.30. 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 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.
- 3.31. Ahora bien, en relación a lo expuesto anteriormente, cabe citar lo alegado en las páginas 4 y 37 del escrito de la denuncia:

“(…) el MTPE tampoco ha proporcionado un informe técnico-jurídico que justifique o al menos analice la idoneidad y proporcionalidad de las modificaciones contenidas en el DS 01. En ese sentido, la carencia de este sustento constituye un indicio evidente de la imposición de una barrera burocrática irrazonable”.

*“Al no existir una evaluación de la finalidad buscada por el DS 01 ni de la propuesta identificada (la prohibición) **no se cuenta con una evaluación de costos comparables y alternativas menos gravosas** que permitan evaluar la proporcionalidad de la medida en conjunto”.*

- 3.32. 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.
- 3.33. Finalmente, es pertinente señalar que en las páginas 31 y 32 del escrito de la denuncia, se plantea otro alegato falto de fundamento jurídico. En efecto, se indica que:

“(…) el DS 01 no contiene un Análisis de Impacto Regulatorio (AIR), documento que debe elaborarse de forma ex ante a la aprobación de una norma del Poder Ejecutivo en aplicación del artículo 10.1 del Decreto Supremo N° 063-2021-PCM”.

- 3.34. Al respecto, la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento AIR Ex Ante (Decreto Supremo N° 063-2021-PCM) precisa que mediante Resolución de la Secretaría de Gestión Pública, publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, se aprobará el Plan de Implementación Progresiva del AIR Ex Ante, el cual contendrá el cronograma de obligatorio cumplimiento para la aplicación del AIR Ex Ante por parte de las entidades públicas del Poder Ejecutivo, así como de la evaluación por parte de la Comisión

Multisectorial de Calidad Regulatoria, conforme a las disposiciones del citado Reglamento.

- 3.35. Así, mediante la Resolución de Secretaría de Gestión Pública N° 008-2021-PCM-SGP, publicada el 19 de junio de 2021, se aprueba el "Plan de Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante para las entidades públicas del Poder Ejecutivo", cuyo numeral 6.4.3, que refiere al "Cronograma de la aplicación obligatoria y progresiva del AIR Ex Ante", señala lo siguiente:

"Las entidades del Poder Ejecutivo realizarán la aplicación obligatoria del AIR Ex Ante, previo a la elaboración de disposiciones normativas de carácter general, cuando establezcan, incorporen o modifiquen reglas, prohibiciones, limitaciones, obligaciones, condiciones, requisitos, responsabilidades o cualquier exigencia que genere o implique variación de costos en su cumplimiento por parte de las empresas, ciudadanos o sociedad civil que limite el otorgamiento o reconocimiento de derechos para el óptimo desarrollo de actividades económicas y sociales que contribuyan al desarrollo integral, sostenible, y al bienestar social, según lo dispuesto en el numeral 10.1 del artículo 10 del Reglamento AIR Ex Ante."

- 3.36. Luego, el mismo numeral 6.4.3 presenta la Tabla 6 que desarrolla el cronograma de aplicación del AIR Ex Ante en todas las entidades públicas del Poder Ejecutivo, la cual es progresiva en el marco de lo establecido en la Décima Cuarta Disposición Complementaria del Reglamento AIR Ex Ante; así como de la Agenda Temprana como otro instrumento para la mejora de la calidad regulatoria, según lo dispuesto en el artículo 13 del citado Reglamento.
- 3.37. De la revisión de la "Tabla 6. Cronograma de aplicación obligatoria y progresiva del AIR Ex Ante y la Agenda Temprana en las entidades públicas del Poder Ejecutivo", cuyo contenido se detalla a continuación, se advierte que, para el Grupo 3 que comprende al Sector Trabajo y Promoción del Empleo, **el plazo de inicio para la aplicación obligatoria del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante, establecida en el Decreto Supremo N° 063-2021-PCM, es el 2 de enero de 2023:**

Entidades de los sectores	Proyectos de regulaciones que son evaluados	Plazo de inicio para la aplicación obligatoria del AIR Ex Ante	Plazo de inicio para la aplicación obligatoria de la Agenda Temprana
Grupo 1: Presidencia del Consejo de Ministros, Producción, Comercio Exterior y Turismo, y Vivienda, Construcción y Saneamiento	Ministerios: Proyectos Decretos Supremos Multisectoriales o Sectoriales y normas con mayor jerarquía de carácter general en el marco de lo dispuesto en el numeral 10.1 del artículo 10 del Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el proceso de Mejora de la Calidad Regulatoria y establece los Lineamientos Generales para la Aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante.	01 de julio de 2022	Enero de 2023
Grupo 2: Economía y Finanzas, Ambiente, Desarrollo Agrario y Riego, y Energía y Minas.		03 de octubre de 2022	



<p>Grupo 3: Transportes y Comunicaciones, Educación, Trabajo y Promoción del Empleo, y Cultura</p>	<p>Organismos Públicos: Proyectos normativos de alcance general aprobados mediante resolución del órgano de dirección o titular de la entidad en el marco de lo dispuesto en el numeral 10.1 del artículo 10 del Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el - proceso de Mejora de la Calidad Regulatoria y establece los Lineamientos Generales</p>	<p>02 de enero de 2023</p>	
<p>Grupo 4: Justicia y Derechos Humanos, Interior, Salud, Defensa, Mujer y Poblaciones Vulnerables, Desarrollo e Inclusión Social y Relaciones Exteriores</p>	<p>para la Aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante; siempre que cuente con habilitación de norma con rango de ley.</p>	<p>03 de abril de 2023</p>	
<p>Todos los grupos: 1, 2, 3 y 4</p>	<p>Ministerios y Organismos Públicos:</p> <p>Demás proyectos normativos de carácter general, de menor jerarquía a lo dispuesto en el cuadro anterior, en el marco de lo dispuesto en el numeral 10.1 del artículo 10 del Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el proceso de Mejora de la Calidad Regulatoria y establece los Lineamientos Generales para la Aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante.</p>	<p>01 de julio de 2027</p>	

3.38. Por lo tanto, en concordancia con todo lo antes señalado, es claro que para la promulgación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR no corresponde la opinión previa y favorable del AIR Ex Ante, siendo que carece de todo fundamento jurídico lo señalado en el escrito de denuncia.

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

V. RECOMENDACIÓN



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”*

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-125752-2022

KDR/dcao