

SUMILLA: Denuncia por imposición de barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad.

SEÑOR(A) PRESIDENTE DE LA COMISION DE ELIMINACION DE BARRERAS BUROCRÁTICAS DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – INDECOPI

NOMBRE DE LA EMPRESA, con RUC número **XXXXXXXXXXXX**, debidamente representada por **XXXXXXXXXXXXXXXX**, identificado con DNI N° **00000000**, según poderes debidamente inscritos en **XXXXXXXXXXXX**, con domicilio legal en la Av./Calle/Jirón N° **000**, distrito de **XXXXXXXX**, provincia y departamento de **XXXX**, ante usted me presento y digo:

I. Entidad pública denunciada

La entidad pública denunciada es el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo –MTPE, que a través del Decreto Supremo N° 001-2022-TR ha modificado el Reglamento de la Ley 29245, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2008-TR, conteniendo disposiciones que se configuran como barreras burocráticas de carácter ilegal y carentes de razonabilidad conforme a los argumentos que se señalan en la presente denuncia.

II. Identificación de la barrera burocrática ilegal y carente de razonabilidad que se denuncia:

Al amparo de lo regulado en el Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, interpongo denuncia contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, por la imposición de las siguientes barreras burocráticas, derivadas de la publicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que dispone lo siguiente:

1. Se prohíbe *“la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio”* de las empresas. Dicha prohibición se encuentra en el cuarto 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.

Asimismo, tal prohibición es también recogida en el artículo 1 de la misma norma en relación al concepto de “actividades especializadas u obras”, al señalar que “Las actividades especializadas u obras, en el marco de la tercerización, no pueden tener por objeto el núcleo del negocio”

De igual manera, se dispone lo mismo en el mismo artículo al definir núcleo del negocio, señalando que *“El núcleo del negocio forma parte de la actividad*

principal de la empresa pero, por sus particulares características, no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento”

2. Se establece como una causal de desnaturalización¹ de la tercerización el desplazamiento de trabajadores que realiza la empresa tercerizadora para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio. Esta causal se encuentra recogida en el literal b) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificado por Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

Al respecto, debemos señalar, a manera de contexto, que el contrato de tercerización recoge una forma de organización empresarial, mediante la cual una empresa, denominada principal, encarga o delega a otra empresa, denominada empresa tercerizadora, que, en base a sus propios conocimientos y habilidades, realice una obra específica y determinada o una parte del proceso productivo, lo cual la empresa tercerizadora realiza con sus propios trabajadores, que naturalmente se encuentran bajo su subordinación y con sus propios recursos financieros y técnicos, en favor de la empresa principal.

Constituyen elementos característicos en la tercerización laboral que, la empresa tercerizadora, salvo excepciones puntuales, cuente con pluralidad de clientes, equipamiento para prestar los servicios, inversión de capital y que reciba la retribución por obra o servicio, siendo que en ningún caso se admite la sola provisión de personal, toda vez que este sistema de contratación no debe restringir el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

Este fue siempre el alcance de la Ley 29245 (24-06-08) y el Decreto Legislativo N° 1038, normas que dan el marco legal a los servicios de tercerización laboral, estableciendo los casos en los que procede, los requisitos, derechos y obligaciones que se deben cumplir, así como las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalizan el uso de este método de vinculación empresarial afectando derechos de los trabajadores.

Sin embargo, con la dación del Decreto Supremo 001-2022-TR, que modifica el Decreto Supremo N°006-2008-TR, se distorsiona la tercerización laboral, restringiendo sus alcances de manera ilegal, pues desarrolla conceptos y limitaciones no consideradas por la Ley, e impone exigencias y consecuencias que no tienen relación con la naturaleza del contrato de tercerización, distorsionándolo sin ninguna justificación razonable o argumento que responda a un análisis técnico.

¹ La desnaturalización tiene como consecuencia que la empresa principal que contrata los servicios de la empresa tercerizadora sea considerada el empleador de los trabajadores de la empresa tercerizadora que han sido desplazados físicamente a la empresa principal. Ello se aplica desde el inicio el desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto al momento en que se produjo la desnaturalización, sin perjuicio de las sanciones establecidas en otras normas.

III. Análisis de vulneración del principio de legalidad

1. Las disposiciones del Decreto Supremo N° 001-2022-TR son ilegales

Las modificaciones al Reglamento de la Ley 29245, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2008-TR, introducidas por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, vulneran las disposiciones de la Ley 29245, que señala lo siguiente:

Artículo 2.- Definición

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.

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.

La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

Artículo 3.- Casos que constituyen tercerización de servicios

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

Artículo 4.- Desplazamiento de personal a la empresa principal

Los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora realiza el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, en el cual debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.

Artículo 5.- Desnaturalización

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

artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes

Como se aprecia de las disposiciones de Ley citadas, no existe en la Ley norma que establezca una limitación en relación a algún aspecto o parte de los procesos de la empresa principal que no pudieran ser materia de tercerización, siempre que sean actividades especializadas u obras que reúnan las características señaladas en la Ley, asimismo no hay norma que pudiera derivar en que el contrato de tercerización se desnaturalice por aplicarse a un proceso en particular de la empresa.

En ese sentido, prohibir la tercerización en relación al denominado “núcleo del negocio” deviene en manifiestamente ilegal constatable con las normas citadas. El Decreto Supremo N° 001-2022-TR, al modificar el reglamento de la Ley 29245, establece restricciones, más allá de lo que la propia Ley 29245 señala, configurándose a todas luces, una “barrera burocrática ilegal”.

2. Vulneración de la Legalidad en la forma de su emisión

Se puede constatar que la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que introduce las medidas materia de la denuncia, se hizo sin cumplir con las disposiciones del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, que establece que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General, siendo más bien su publicación una sorpresa para los actores económicos.

Al respecto, debemos señalar que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, es una norma general, y que no se ha emitido ninguna justificación para exceptuarla de prepublicación

IV. Análisis de vulneración del principio de razonabilidad

Respecto a este punto debemos señalar que las disposiciones introducidas por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, no responden a un análisis de razonabilidad en la medida que desconocen el funcionamiento del mercado y la lógica de los contratos de tercerización. Uno de los considerandos del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, escuetamente menciona la utilización indiscriminada de la tercerización como un mecanismo para el abaratamiento de los costos laborales afectando el derecho de los trabajadores; sin embargo, no se proporciona un sustento y evidencia objetiva que justifique que exista esa problemática.

Se desconoce que los contratos de tercerización laboral, son utilizados intensivamente a nivel internacional, toda vez que facilita la especialización de las empresas, a fin de que orienten sus recursos a desarrollar las actividades en las que son más eficientes y delegar aquellas en las que un tercero les puede brindar mayor valor agregado. Ello sirve como para que muchas empresas, en especial las

pequeñas empresas, puedan alcanzar una mayor competitividad y productividad, lo que redundaría en crecimiento y a la vez mayor demanda de mano de obra.

Sobre este particular, no existe evidencia de que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo haya realizado un análisis de razonabilidad o de impacto regulatorio que sustente la emisión de la norma.

Sobre este punto cabe indicar que un adecuado análisis de razonabilidad o de impacto regulatorio, que permita establecer, con análisis de la evidencia, que la norma que se pretende aprobar logrará el cumplimiento de los objetivos que se propone, debe identificar, en primer lugar, el problema que requiere ser resuelto, luego, cual es la situación que se quiere alcanzar como resultado de la regulación, en base a ello, identificar las alternativas más idóneas que sean factibles de implementar, sean estas de carácter normativo o de otra índole, con lo cual se procede a realizar una evaluación de los impactos, económicos o sociales, que originarían la aplicación de cada alternativa, para finalmente poder adoptar aquella medida cuyos beneficios sean mayores que sus costos y que representen un beneficio general a la sociedad. Nada de ello se ha evidenciado como fundamento para emitir las normas materia de la presente denuncia.

En consecuencia, las medidas que denunciamos son arbitrarias y desproporcionadas

Son arbitrarias, por que como se ha señalado ampliamente carece de fundamentos y/o justificación, y la que ha sido esgrimida en los considerandos de la norma no resulta adecuada o idónea para alcanzar el objetivo que pretende.

Son desproporcionadas, toda vez que son absolutamente excesivas en relación con sus fines pretendidos, así, si el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo considera que se afecta el derecho de los trabajadores, debería por ejemplo intensificar sus actividades de fiscalización para exigir el cumplimiento del marco legal vigente, que tiene ya un esquema de protección para ello y sancionar a quien corresponda.

Estas medidas denunciadas ponen en riesgo, sin ningún fundamento, la permanencia y el libre acceso al mercado de mi representada, en particular, así como de las empresas que tercerizan o piensan tercerizar actividades que forman parte de sus núcleos de negocios en general, puesto que las prohibiciones y exigencias impuestas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a través de las medidas denunciadas, elevarán el costo de producción de bienes y servicios en el mercado, encareciendo la adquisición de tales productos o servicios de los consumidores.

Para las empresas usuarias de la tercerización, las medidas denunciadas, se traducirán en mayores costos para el acceso y la permanencia en el mercado; estos sobre costos, por tanto, debieron ser justificados adecuadamente por las autoridades administrativas, en este caso por el Ministerio de Trabajo y Promoción

del Empleo, de modo tal que su exigibilidad resulte ser natural en razón del interés público, que la ley les encomienda tutelar, situación que a todas luces no ha sucedido.

V. Solicitamos otorgar medida cautelar para suspender la aplicación de las medidas denunciadas

Nuestro pedido de otorgamiento de una medida cautelar, se enfoca en garantizar la eficacia del pronunciamiento final de la autoridad competente, para que así se pueda satisfacer de manera efectiva el interés de mi representada.

De acuerdo al artículo 23 del Decreto Supremo N° 102-2021-PCM, para dictar una medida cautelar la Comisión debe verificar la existencia concurrente de los siguientes requisitos, los cuales desarrollamos en este acápite:

s

- i. La barrera burocrática que se pretende inaplicar;
- ii. La verosimilitud del carácter ilegal o de la carencia de razonabilidad de la barrera comercial no arancelaria; y
- iii. La posibilidad de que por el transcurso del tiempo entre la interposición de la denuncia y la resolución que ponga fin al procedimiento, en primera o segunda instancia, se cause un daño que se torne en irreparable para el denunciante.

i. Barrera burocrática que se pretende inaplicar:

Las medidas denunciadas se encuentran materializadas en las disposiciones señaladas en el acápite II de la presente denuncia.

ii. La verosimilitud del carácter ilegal o la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática

Las medidas cuestionadas no superan el análisis de legalidad en la medida que las disposiciones introducidas por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, son abiertamente restrictivas respecto del alcance de la Ley N° N° 29245 como se ha señalado en esta denuncia.

Asimismo, el referido dispositivo fue emitido sin observar las disposiciones del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS que establece que las entidades públicas dispondrán la publicación de los proyectos de normas de carácter general que sean de su competencia en el diario oficial El Peruano, en sus portales electrónicos o mediante cualquier otro medio, en un plazo no menor de treinta (30) días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales.

De otro lado, por lo señalado en el acápite IV, las medidas son arbitrarias, en la medida que como se ha indicado ampliamente carecen de fundamentos y/o justificación, no se evidencia ningún análisis que lo sustente, y únicamente existe una afirmación general en los considerandos de la norma que a todas luces no justifica a la norma como adecuada o idónea para alcanzar el objetivo que pretende.

De igual forma, son medidas desproporcionadas, toda vez que son absolutamente excesivas en relación con sus fines pretendidos, por el impacto que genera en los actores económicos, así, si el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo considera que se afecta el derecho de los trabajadores, debería por ejemplo intensificar sus actividades de fiscalización para exigir el cumplimiento del marco legal vigente, que tiene ya un esquema de protección para ello y sancionar a quien corresponda, pero no trastocarlo con exigencias que afectan substancialmente a las actividades de las empresas.

iii. La posibilidad de que por el transcurso del tiempo entre la interposición de la denuncia y la resolución que ponga fin al procedimiento, en primera o segunda instancia, se cause un daño que se torne en irreparable para el denunciante

La exigibilidad de las disposiciones aprobadas por el Decreto supremo 001-2022-TR, que consideramos ilegales e irrazonables, son exigibles a partir del 22 de agosto de 2022, de tal manera que las empresas deben adecuar los procesos productivos y los contratos de tercerización de una manera substancial lo que acarrea costos elevados e importantes contingencias, que ponen en peligro de afectación de la permanencia en el mercado.

Teniendo en cuenta los plazos legales existentes para la resolución de la presente denuncia y eventualmente para una decisión en segunda instancia resulta necesaria la imposición de una medida cautelar que disponga la inaplicación temporal de las medidas denunciadas, para que mi representada no vea afectado su derecho de acceso y de permanencia en el mercado.

De no brindarse la medida cautelar, estaríamos en la imposibilidad de continuar con la tercerización de actividades que puedan ser consideradas “núcleo del negocio” afectando el desempeño de nuestras actividades, así como tendríamos que evaluar la continuidad del negocio como fue planificado en un inicio.

XXXXXX EL DENUNCIANTE DEBE DESCRIBIR LA AFECTACION DE SU EMPRESA Y SUSTENTARLA XXXXXXXX

POR LO EXPUESTO:

A usted señor (a) Presidente de la Comisión de Barreras Burocráticas SOLICITAMOS:

- Se sirva admitir la presente denuncia y, en su momento, declararla FUNDADA, e inaplicables las barreras burocráticas identificadas.
- Se sirva ORDENAR LA MEDIDA CAUTELAR que impida la aplicación de la prohibición y exigencias denunciadas.

PRIMER OTROSI DECIMOS: Que, solicitamos se ordene al MTPE el pago de las costas y costos que se deriven del presente procedimiento administrativo; de conformidad con lo señalado en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 807, Ley que regula las facultades, normas y organizaciones del INDECOPI.

SEGUNDO OTROSI DECIMOS: Que, como medios probatorios y anexos presentamos los siguientes documentos:

Anexo 1-A Ficha RUC Anexo 1-B Poderes de Representante Legal

Anexo 1-C DNI del Representante Legal

Anexo 1-D Documentos que acrediten la afectación económica de la barrera burocrática

Anexo 1-E Copia del Decreto Supremo N° 001-2022-TR

Anexo 1-G Tasa por la tramitación de denuncia.

TERCER OTROSI DECIMOS: Solicitamos que la información contenida en los documentos presentados en los Anexos 1A, 1B, 1C, y 1D, sea declarada reservada y confidencial en forma indefinida, por tener información sensible para mi representada que no debe ser conocida por otros operadores económicos. En tal sentido pedimos a la Comisión de Barreras Burocráticas garantizar su carácter reservado.

CUARTO OTROSI DECIMOS: Que solicitamos a vuestra Comisión se nos conceda el USO DE LA PALABRA a fin de realizar el Informe Oral que nos permita exponer los fundamentos de nuestra denuncia cuando corresponda.

QUINTO OTROSI DECIMOS: Que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21° del Decreto Legislativo 1256, aplicable al presente procedimiento, otorgamos nuestra representación a los letrados que autorizan la presente, doctores **XXXXXXX**, con Registro de Colegio de Abogados de Lima N° **XXXXX**. (Este punto es opcional, no se exige firma de abogado)

Lima, 05 de agosto de 2022