

Resolución

N° 0289-2022/CEB-INDECOPI

Lima, 18 de agosto de 2022

EXPEDIENTE N° 000070-2022/CEB

DENUNCIADO : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

DENUNCIANTE : COSAPI MINERÍA S.A.C.

TERCERO

ADMINISTRADO : SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

RESOLUCIÓN FINAL

SUMILLA: *Se declara que constituyen barreras burocráticas ilegales las siguientes medidas impuestas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo:*

- (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 del 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.*

Ello por cuanto el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo no cuenta con competencias para imponer las medidas indicadas, por lo que contraviene el principio de legalidad reconocido en el numeral 1.1) del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Asimismo, contraviene el artículo 3 de la Ley N° 29245, Ley de Servicios de Tercerización, el cual establece que los contratos de tercerización tienen por objeto que una empresa tercerizadora se haga cargo de una parte integral del proceso productivo sin establecer limitaciones respecto del tipo de actividades a tercerizar.

Asimismo, la imposición de las medidas denunciadas contraviene el numeral 14.1) del artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general; debido a que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo no cumplió con publicar del proyecto del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, en un plazo no menor de treinta (30) días antes de la fecha prevista para

su entrada en vigor, en el diario oficial El Peruano, en sus portales electrónicos o en cualquier otro medio y tampoco justificó los motivos por los cuales consideró que la mencionada norma se encontraba dentro de los supuestos de exoneración de publicación del proyecto normativo.

Adicionalmente, la medida indicada en punto (i) anterior, cuando se aplica al sector minería, contraviene el numeral 11) del artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, según el cual los titulares de las concesiones cuentan con el atributo de contratar la ejecución de trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería, considerados como actividades nucleares de su proceso productivo.

De conformidad con lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1256, se dispone la inaplicación de las medidas declaradas ilegales en favor de Cosapi Minería S.A.C.

Se dispone que, una vez que la presente resolución haya quedado consentida o sea confirmada por la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal del Indecopi, se proceda a la publicación de un extracto de la misma en la Separata de Normas Legales del diario oficial El Peruano y de su texto completo en el portal informativo sobre eliminación de barreras burocráticas, de conformidad con lo establecido en la Directiva N° 002-2017/DIR-COD-INDECOPI, aprobada mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 019-2017-INDECOPI/COD.

De conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1256, se dispone la inaplicación con efectos generales, en favor de todos los agentes económicos y/o ciudadanos que se vean afectados por las medidas declaradas ilegales en el presente procedimiento. Se precisa que este mandato de inaplicación surtirá efectos a partir del día siguiente de publicado el extracto de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, a que se refiere el párrafo precedente.

El incumplimiento de los mandatos de inaplicación dispuestos en la presente resolución podrá ser sancionado con una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 1256.

Se dispone como medida correctiva que de conformidad con el numeral 2) del artículo 43 y el numeral 2) del artículo 44 del Decreto Legislativo N° 1256, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo informe a los administrados acerca de las barreras burocráticas declaradas ilegales en el presente procedimiento, en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de notificada la resolución que declare firme esta resolución.

La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas:

I. ANTECEDENTES:

A. La denuncia:

1. Mediante escrito del 4 de abril de 2022, Cosapi Minería S.A.C. (en adelante, la denunciante) interpuso una denuncia en contra del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, el Ministerio) por la imposición de barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad que tienen origen 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 del artículo 1 de la misma norma.¹
 - (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.²

¹ **Decreto Supremo N° 006-2008-TR modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR**

Artículo 2.- Ámbito de la tercerización

El ámbito de la Ley comprende 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, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.

Los contratos y figuras empresariales que se encuentran regulados en el artículo 3 de la Ley configuran supuestos de tercerización cuando se realizan de acuerdo con las definiciones de la Ley y del presente Reglamento.

Los mecanismos de vinculación empresarial como la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la Ley.

No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio.

[Énfasis añadido]

Artículo 1.- Definiciones

Para los efectos de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

Actividades especializadas u obras.- Son actividades especializadas aquellas actividades vinculadas a la actividad principal de la empresa principal, que exigen un nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados. Se entiende por obra la ejecución de un encargo concreto vinculado a la actividad principal de la empresa principal, debidamente especificado en el contrato civil suscrito entre la empresa principal y la empresa tercerizadora.

Las actividades especializadas u obras, en el marco de la tercerización, no pueden tener por objeto el núcleo del negocio.

[...]

Núcleo del negocio.- 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.

Para identificar el núcleo del negocio en el caso concreto, se debe observar, entre otros:

1. El objeto social de la empresa.
2. Lo que la identifica a la empresa frente a sus clientes finales.
3. El elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades.
4. La actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes.
5. La actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos.

[Énfasis añadido]

² **Decreto Supremo N° 006-2008-TR modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR**

Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

[...]

b) 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.

[...]

2. Fundamentó su denuncia en los siguientes argumentos:

- (i) Desde abril del año 2013, es una empresa que se especializa en las actividades económicas de realizar grandes movimientos de tierra, explotación de minas y canteras; cumpliendo con el ordenamiento jurídico aplicable a la tercerización laboral en el sector de minería. En el desarrollo de sus actividades comerciales otorga los servicios de asesoría de ingeniería de la producción, explotación de minas y canteras, construcción de pads de lixiviación, pozas de procesos, plataformas y servicios auxiliares, movimiento de tierra masivo y suministro de equipo especializado; todo ello en base a su objeto social. Asimismo, sostiene que cuenta con el Registro N° 07115513³ del Registro de Empresas Contratistas Mineras del Ministerio de Energía y Minas.
- (ii) De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 005-2008-EM, que reestructura el Registro de Empresas Contratistas Mineras, al obtener la calificación como empresa contratista minera se le ha reconocido como una empresa que cuenta con autonomía funcional y patrimonio propio.
- (iii) En el sector minería es de aplicación el Texto Único Ordenado (en adelante, TUO) de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-92-EM, en cuyo numeral 11) del artículo 37 se dispone que los titulares de concesiones mineras gozan del atributo de contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio minero con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas.
- (iv) A partir de lo indicado, las empresas mineras titulares de una concesión se encuentran autorizadas a contratar (tercerizar) con empresas especializadas que se dedican a los trabajos exploración, desarrollo, explotación y beneficio minero. Por la naturaleza de las actividades mencionadas estas calificarían como principales y propias del núcleo de negocio de los titulares de concesiones mineras.
- (v) El 23 de febrero de 2022, se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 001-2022-TR con el objeto de modificar los artículos 1, 2, 5, 8 y 9 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR. Dicha publicación se realizó en contravención del artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general, en tanto el Ministerio 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, sub contratistas del sector minero) puedan formular sus comentarios sobre las medidas a ser implementadas en un plazo no menor a treinta (30) días.

³ De acuerdo con lo señalado por la denunciante dicho registro se concedió a través de la Resolución Directoral N° 155-2013-MEM/DGM, de fecha 7 de junio de 2013.

- (vi) Las modificaciones efectuadas desconocen y contravienen el artículo 3 de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, el cual dispone que constituyen tercerización de servicios, entre otros, los contratos de gerencia conforme 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. Siendo así, se puede advertir que la indicada ley no prohíbe tercerizar las actividades principales (nucleares) debido a que se permite la tercerización de servicios de gerencia de una parte del proceso productivo.
- (vii) De conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y su Ley de Organización y Funciones, el Ministerio tendría atribuciones para establecer y/o aplicar disposiciones administrativas relativas a la tercerización laboral, por lo cual, las medidas cuestionadas superarían el análisis de legalidad de fondo por competencias.
- (viii) Si bien las barreras burocráticas denunciadas podrían superar la legalidad por competencias, no superan el análisis de la legalidad de forma, debido a que el Ministerio no siguió los procedimientos y formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR.
- (ix) El numeral 14.1) del artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general, prescribe 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; asimismo, dichas entidades permitirán que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas. El inciso 3.2) del numeral 3) del mismo artículo prevé que se exceptúa la publicación de los proyectos de normas de carácter general cuando la entidad por razones debidamente fundamentadas, en el proyecto de norma, considere que la prepublicación de la norma es impracticable, innecesaria o contraría a la seguridad o al interés público.
- (x) El proyecto del Decreto Supremo N° 001-2022-TR no fue publicado en el diario oficial El Peruano, los portales electrónicos del Ministerio y/u otros medios. Por ello, correspondía que el Ministerio justifique, en el proyecto de norma, por qué la prepublicación era impracticable, innecesaria o contraria a la seguridad o al interés público. No obstante, (i) en el proyecto de norma del indicado decreto supremo -previsto en el Informe N° 032-2022-MTPE/2/14.1-, (ii) en los considerandos de este, y (iii) en su Exposición de Motivos, no se evalúa el por qué la prepublicación era impracticable, innecesaria o contraria a la seguridad o al interés público. De ese modo, el Ministerio ha transgredido el Principio de

Legalidad previsto en el numeral 1.1) del apartado 1 del artículo IV del TUO de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

- (xi) Las medidas denunciadas tampoco superan el análisis de legalidad de fondo – compatibilidad con otras leyes, por cuanto se encuentra vigente el numeral 11) del artículo 37 del TUO de la Ley General de Minería, que faculta a las empresas 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 la concesión minera, calificarían como núcleo de negocio.
- (xii) Toda vez que la misma materia tiene regulación diferente entre dos (2) normas se debe recurrir a la aplicación de la jerarquía normativa para resolver el conflicto normativo, siendo que, para los titulares de las concesiones mineras y de empresas contratistas mineras, primará y deberá aplicarse lo previsto en el numeral 11) del artículo 37 del TUO de la Ley General de Minería antes que lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.
- (xiii) Aunado a lo anterior, en atención al principio de especialidad en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas también debe primar lo previsto en el numeral 11) del artículo 37 del TUO de la Ley General de Minería y en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 005-2008-EM. Estas normas fueron elaboradas específicamente para el sector minero por lo que su ámbito de aplicación es restringido; mientras que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR es de aplicación general.
- (xiv) De acuerdo con el artículo 3 de la Ley N° 29245 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. Al hacer referencia al término “proceso productivo” la norma autoriza a que se puedan suscribir contratos de tercerización respecto de toda aquella actividad que originalmente es realizada por la empresa contratante para la elaboración de sus bienes y servicios y que se encuentra directamente relacionada con su objeto social.
- (xv) La posibilidad de tercerizar actividades que se encuentren dentro del núcleo de negocio tiene sustento legal en el artículo 3 de la Ley N° 29245, razón por la cual no puede ser limitado o restringido por una norma de inferior jerarquía.
- (xvi) Las barreras burocráticas denunciadas restringen y obstaculizan el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las empresas mineras, sus contratistas y trabajadores.
- (xvii) El proyecto de norma del Decreto Supremo N° 001-2022-TR – previsto en el Informe N° 032-2022-MTPE/2/14.1 del Ministerio-, los considerandos de este y la Exposición de Motivos de la norma, no evalúan en ningún momento sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas cuestionadas en el

presente procedimiento. Así, en ninguna parte de los 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 las mismas para los agentes económicos obligados a cumplirla, así como para otros agentes económicos afectados y/o para la competencia en el mercado; (ii) si la evaluación que se habría efectuado permitió concluir que las medidas generaban mayores beneficios que costos; y, (iii) si otras alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas.

- (xviii) Si bien en los considerandos del Decreto Supremo N° 001-2022-TR se aborda una presunta utilización indiscriminada de la tercerización que convierte a este mecanismo en una de las principales causas de abaratamiento de los costos laborales, afectando los derechos de los trabajadores; no se cuenta con sustento y evidencia objetiva que justifique la existencia de dicha problemática. Cabe señalar, que inclusive, la reducción de costo laboral no supone, en sí misma, una implicancia negativa para la sociedad en tanto puede implicar mejoras de competitividad para la economía sin suponer afectación de derechos laborales debido a ganancia de eficiencia y/o productividad.
- (xix) En el caso de que el Ministerio contará con evidencia de la supuesta utilización indiscriminada de la tercerización, esta problemática debería ser resuelta a través del fortalecimiento de las acciones de supervisión y fiscalización para el cumplimiento de las normas y no con la imposición de medidas carentes de sustento técnico.
- (xx) La imposición de las barreras burocráticas cuestionadas contrariamente a lo pretendido por el Ministerio tendría un efecto adverso, debido a que las empresas del sector minero (como es su caso) tendrán que reformular esquemas de contratación de trabajadores ante el potencial riesgo de no poder asumir las obligaciones contractuales o no exista conveniencia económica de continuar otorgando sus servicios, así también tendrán que reevaluar si mantienen el vínculo laboral con todos los trabajadores de su actual planilla, con el objetivo de que ocurra el menor impacto negativo económico para la empresa.
- (xxi) La problemática que el Ministerio evidencia no sería solucionada con las medidas denunciadas, por el contrario, los índices de empleo informal podrían incrementarse y/o la remuneración de los trabajadores podría disminuir. Este aspecto ha sido advertido por el Instituto Peruano de Economía.
- (xxii) De conformidad con el numeral 8.1) del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1256, se deberá ordenar la inaplicación de las medidas cuestionadas con efectos generales.
- (xxiii) Se deberá ordenar al Ministerio inhibirse de desarrollar cualquier acto o acción destinado a requerir el cumplimiento de las barreras burocráticas cuestionadas.

(xxiv) Solicitó a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Comisión), se le otorgue el reembolso de las costas y costos derivados del presente procedimiento.

B. Admisión a trámite:

3. Mediante Resolución N° 0179-2022/CEB-INDECOPI del 20 de mayo de 2022, precisada mediante Resolución N° 0268-2022/CEB-INDECOPI del 19 de julio de 2022, entre otro aspecto⁴, se admitió a trámite la denuncia, asimismo, se incorporó como tercero administrado a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, la Sunafil).
4. A su vez, a través de la Resolución N° 0179-2022/CEB-INDECOPI, se concedió al Ministerio y a la Sunafil, un plazo de cinco (5) días hábiles para que formulen sus descargos u observaciones. Dicha resolución fue notificada a la denunciante, al Ministerio y a su Procuraduría Pública el 3 de junio de 2022 y a la Sunafil y a su Procuraduría Pública el día 6 del mismo mes y año, conforme consta en los cargos de las cédulas de notificación que obran en el expediente⁵.

C. Contestación de la denuncia:

5. El 14 de junio de 2022, la Sunafil presentó sus descargos con base en los siguientes argumentos:
 - (i) El numeral 1) de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, señala que la inspección del trabajo es el servicio público que se encarga permanentemente de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo, así como, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, teniendo en cuenta el Convenio 81 de la Organización Internacional del Trabajo.
 - (ii) A través de los artículos 1 y 10 de la señalada ley se han implementado las actuaciones de investigación que son diligencias que la inspección del trabajo realiza de oficio a través del personal inspectivo, en forma presencial y/o virtual, y de modo previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador, para comprobar si se cumplen o no las normas antes mencionadas. Por su parte, el artículo 8 del Reglamento de la Ley N° 28806, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, prescribe que las actuaciones pueden tener origen en: (i) una orden de las autoridades competentes en materia de inspección del trabajo; (ii) una petición razonada de otros órganos del sector público o de los órganos judiciales, (iii) una denuncia o una decisión interna del Sistema de Inspección del Trabajo.

⁴ A través de la Resolución N° 0179-2022/CEB-INDECOPI, la Comisión resolvió conceder la medida cautelar solicitada por la denunciante.
⁵ Cédulas de Notificación N° 953-2022/CEB (dirigida a la denunciante), N° 954-2022/CEB (dirigida al Ministerio), N° 955-2022/CEB (dirigida a la Procuraduría Pública del Ministerio), N° 956-2022/CEB (dirigida a la Sunafil) y N° 957-2022/CEB (dirigida a la Procuraduría Pública de la Sunafil).

- (iii) En su calidad de encargada de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo, ha estado vigilando la normativa referida a la tercerización laboral de modo anterior a la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, considerando para ello, los principios de Legalidad, Primacía de la realidad, imparcialidad y objetividad entre otros, que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo. Así, ha inspeccionado requisitos, derechos y obligaciones y aplicó sanciones a las empresas que desnaturalizan el uso de este método de vinculación empresarial.
 - (iv) La denunciante pretende cuestionar la figura de la tercerización como si esta recién se viniera tratando a partir de la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, de ese modo, pretende recortar las funciones que desde su creación le han sido asignadas como parte del control del cumplimiento de la normativa sociolaboral de considerar que los contratos de tercerización sean bajo el esquema actual o el próximo a aplicarse, deben cumplir con el requisito de autonomía. Cualquier contrato que no cumpla con dicho requisito se podrá considerar desnaturalizado.
 - (v) La Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR señala un plazo de adecuación a la normativa, por lo tanto, la misma no se encuentra vigente hasta antes del 23 de agosto de 2022; de modo que, resulta ilógico que se pretenda limitar sus funciones respecto a una norma que aún no tiene vigencia, pretendiendo desconocer las competencias que venía ejerciendo al fiscalizar el cumplimiento de la normativa sociolaboral – tercerización laboral, en virtud de los principios que rigen dicha actividad fiscalizadora.
 - (vi) La Comisión debe apartarla del presente procedimiento en tanto no viene aplicando el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que no está vigente, y en caso entre en vigor le corresponderá efectuar el ejercicio de sus funciones conforme las normas que regula los determinados supuestos, los cuales difieren de las normas en cuestión.
6. El 23 de junio de 2022⁶, el Ministerio presentó sus descargos con base en los siguientes argumentos:
- (i) El artículo 64 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dispone que sí, durante la tramitación del procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo; solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas. Además, de existir identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad administrativa podrá determinar su inhibición hasta

⁶ A través del escrito presentado el 10 de junio de 2022, el Ministerio se apersonó al procedimiento y solicitó la prórroga del plazo para presentar sus descargos.

que el órgano resuelva el litigio.

- (ii) El artículo 31 del Decreto Legislativo N° 1256, que aprobó la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, señala los supuestos en los que procede la suspensión de procedimientos seguidos por la Comisión o la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la SEL), según corresponda.
- (iii) El 5 de abril de 2022, es decir una fecha anterior al inicio del presente procedimiento administrativo, la denunciante presentó una demanda de amparo solicitando el mismo petitorio, esto es, que se declare inaplicable a su caso el Decreto Supremo N° 001-2022-TR. El proceso judicial se encuentra actualmente en trámite ante el Segundo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, bajo el Expediente N° 02398-2022-0-1801-JR-DC-02.
- (iv) En vía judicial, la denunciante viene cuestionando la misma disposición administrativa, a través de los mismos argumentos presentados en esta denuncia, los cuales han sido contestados el 9 de junio de 2022. Asimismo, con Resolución N° 01, del 11 de mayo de 2022, se admitió a trámite la demanda presentada, fijándose fecha de audiencia para el 5 de septiembre de 2022.
- (v) Teniendo en cuenta que se acredita que los hechos cuestionados por la denunciante son los mismos que están siendo evaluados en sede judicial por inaplicación de normas, se solicita la suspensión del presente procedimiento, debido a que existe un proceso constitucional que precisa de un pronunciamiento previo sobre la inaplicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR.
- (vi) La Comisión puede pronunciarse de forma accesorio, como ocurre en el supuesto judicial constitucional del control difuso, sobre la inaplicación de una norma infra legal cuestionada al caso en concreto, sin embargo, no cuenta con competencias para una declaración en abstracto, pues no existe exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro concreto preexistente de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1256; motivo por el cual la denuncia debe ser declarada improcedente.
- (vii) El inciso 5) del artículo 200 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) establece que, en contra de los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general que infringen la Constitución y/o la ley, procede la acción popular que es la garantía procesal idónea para dicho fin de conformidad a los artículos 74 al 96 del Nuevo Código Procesal Constitucional.
- (viii) La presente denuncia está dirigida a cuestionar los alcances y efectos de Decreto Supremo N° 001-2022-TR, sin embargo, de los argumentos presentados por la denunciante y la propia naturaleza autoaplicativa de la norma, corresponde un cuestionamiento bajo los alcances del artículo 75 y 83 y siguientes del Nuevo

Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley N° 31307, concordado con el numeral 5) del artículo 200 de la Constitución; es decir, por la vía de la acción popular; y no así, por el procedimiento administrativo bajo competencia de un órgano administrativo como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el INDECOPI); de modo que corresponde declarar la improcedencia de la denuncia en todos sus extremos.

- (ix) La Comisión deberá determinar la improcedencia de la denuncia debido a que la pretensión no cuenta con el sustento legal y/ normativo, configurándose el ejercicio abusivo del derecho proscrito en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil y que ha sido analizado en el Pleno Sentencia 521/2020 en el Expediente N° 02240-2016-PHD/TC. Asimismo, deberá evaluar el principio de congruencia procesal y la no desviación de las vías predeterminadas previstas en la Constitución y la ley y abordadas por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00191-213-PA/TC.
- (x) La denunciante cuestiona una regulación legal, por tanto, no hay mérito para iniciar un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas debido a una interpretación errada de la norma cuestionada, que parte de una lectura extensiva ajena a su texto real.
- (xi) Desde el año 2008, fecha en la que se emitió la Ley N° 29245 se estableció que la tercerización solo procede para la realización de las actividades especializadas u obras de la empresa principal; así, no procede para la ejecución de actividades habituales u ordinarias o, lo que es lo mismo, para actividades 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 de negocio.
- (xii) De una lectura sistemática de los artículos 2 y 3 de la Ley N° 29245, se debe entender 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 lo tanto, estas son actividades que la propia ley decidió no incluir dentro de la definición o ámbito de aplicación de la tercerización. De ese modo, la Comisión deberá considerar que el cuestionamiento desborda sus competencias, conforme lo establece el artículo 3, numeral 3, literal a) del Decreto Legislativo N° 1256.
- (xiii) El numeral 1) del artículo 118 de la Constitución establece que al Poder Ejecutivo le corresponde cumplir y hacer cumplir la ley, entre otras normas. En este caso, le correspondía 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. Para cumplir con el mandato constitucional, el numeral 8) del artículo 118 de la Constitución otorga facultades reglamentarias, potestad que debe ejercerse sin transgredir ni desnaturalizar la ley. El Ministerio se constituye como sector

competente para ejecutar las funciones constitucionales detalladas, haciendo cumplir la Ley N° 29245 a través de la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

- (xiv) El artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, señala que los Ministerios cuentan con competencias para reglamentar las leyes evaluar su aplicación y supervisar su cumplimiento. Por su parte, el literal b) del numeral 23.1) del artículo 23 de dicha norma prescribe que los Ministerios cuentan con la función de aprobar las disposiciones normativas que les correspondan.
- (xv) El artículo 5 de la Ley N° 29831, Ley de Organización y Funciones del Ministerio, establece que es el organismo rector en materia de trabajo y promoción del empleo, ejerce competencia exclusiva y excluyente respecto de otros niveles de gobierno en todo el territorio nacional para formular políticas nacionales, entre otras, en materia sociolaboral, derechos fundamentales en el ámbito laboral, así como dictar normas para la adecuada ejecución y supervisión de las políticas nacionales.
- (xvi) La externalización de servicios a través de la figura de la tercerización de servicios se encuentra dentro de las competencias que tiene el Ministerio, 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.
- (xvii) Si bien es cierto la Ley N° 29245 (artículo 3) 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. De una lectura conjunta o sistemática de los artículos 2 y 3 de la acotada ley se desprende que solo procede la tercerización integral de aquellas partes del proceso productivo que, para la empresa principal, constituyen “actividades especializadas u obras”.
- (xviii) Interpretar el ámbito de la tercerización sobre la base única del artículo 3 de la ley con una lectura aislada contravendría el método hermenéutico que ordena interpretar las normas de manera sistemática, sin vaciar de contenido el artículo 2 de la Ley N° 29245; en consecuencia, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR hizo bien al precisar que no es materia de tercerización el núcleo del negocio.
- (xix) De conformidad con el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1038 la restricción de la contratación de servicios de tercerización solo se aplica a los supuestos que implican desplazamiento continuo de personal al centro de operaciones de la empresa principal; 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.

- (xx) Mediante el Informe N° 0469-2022-MTPE/4/8 la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio señaló que: (i) Existen dos normas de igual jerarquía. Una norma de igual jerarquía que precisa a la otra; así, en la denuncia se da prevalencia a lo regulado en el numeral 11) del artículo 37 del TUO de la Ley General de Minería cuando claramente en un periodo posterior han sido emitidos la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038; y, (ii) debiera existir una aplicación que atienda a la lectura de las normas de manera conjunta, en lugar de automáticamente referir que hay un supuesto de aplicación de principio de jerarquía normativa, o en su defecto, del principio de especialidad.
- (xxi) El 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 lo que, no correspondía la publicación del proyecto, según el artículo 14, numeral 1) de Decreto Supremo N° 001-2009-JUS. Además, la norma que contiene las medidas cuestionadas ha sido refrendado por el Ministerio en función a sus facultades.
- (xxii) Ni el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, ni el artículo IV de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, ni algún otro dispositivo normativo establece que la no publicación del proyecto normativo trae como consecuencia la ilegalidad de la norma.
- (xxiii) Adjuntó como medios probatorios los Informes Técnicos N° 032-2022-MTPE-2-14.1, N° 083-2022-MTPE-2-14.1, N° 105-2022-MTPE-2-14.1, N° 106-2022-MTPE/4/8, N° 177-2022-MTPE/4/8, N° 0087-2022-MTPE/4/9.3, N° 200-2022-MTPE/2/14.1, N° 469-2022-MTPE/4/8, N° 206-2022-MTPE/2/14.1 y N° 211-2022-MTPE/2/14.1 expedidos por la Dirección de Normativa de Trabajo, la Oficina General de Asesoría Jurídica, Oficina General de Planeamiento y Presupuesto, respectivamente.

D. Otros:

- 7. El 5 de julio de 2022, la denunciante presentó argumentos con relación a los descargos presentados por el Ministerio, conforme el siguiente detalle:
 - (i) Contrariamente a lo señalado por el Ministerio, la denuncia de este procedimiento fue presentada el 4 de abril de 2022 para cuestionar la legalidad y la carencia de razonabilidad de dos (2) medidas contenidas en el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.
 - (ii) El 5 de abril de 2022, es decir un día posterior, en ejercicio de sus derechos constitucionales presentó una demanda de amparo en contra del Ministerio con el objeto de cuestionar la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 001-2022-

TR en su totalidad. Dicha demanda cuenta con el Expediente N° 02398-2022-0-1801-JR-DC-02 ante el Segundo Juzgado Constitucional de Lima.

- (iii) En su demanda de amparo solicitó que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR le sea inaplicable en su totalidad por vulnerar: a) el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 51 de la Constitución; b) los derechos a la libertad de contratar y libertad contractual regulados en los artículos 2, numeral 14, y 62 de la Constitución; c) el principio de seguridad jurídica recogido en los artículos 2, numeral 24, y 139, inciso 3 de la Constitución; d) el principio de intangibilidad contractual; e) el derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 59 de la Constitución; f) el principio de interdicción de la arbitrariedad, reconocido en el artículo 45 de la Constitución.
- (iv) En el presente procedimiento no se cuestiona la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, sino que lo que se cuestiona es la constitución de barreras burocráticas ilegales y carentes de razonabilidad materializada en determinadas disposiciones del mencionado decreto, siendo que para dicho objeto se procedió a realizar el análisis de legalidad y razonabilidad conforme lo establece el Decreto Legislativo N° 1256.
- (v) La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas solo procede conforme los supuestos establecidos en el artículo 31 del Decreto Legislativo N° 1256. Así, el numeral 1) del señalado artículo no es aplicable al presente caso toda vez que la denuncia fue presentada ante la Comisión con anterioridad a la presentación de la demanda de amparo ante el Poder Judicial; por su parte, el numeral 2) del mencionado artículo tampoco resulta aplicable dado que no ha surgido una cuestión contenciosa en sede judicial o administrativa que precise de un pronunciamiento previo sin el cual no pueda ser resuelto el asunto que se tramita.
- (vi) El presente procedimiento administrativo no se encuentra entre los supuestos excepcionales para la suspensión de procedimientos, por lo que la Comisión debería continuar con su tramitación y no suspender la medida cautelar otorgada; sobre este último punto, en caso el Colegiado considere la suspensión del procedimiento, la medida cautelar debería producir efectos hasta que se culmine el procedimiento; pues su finalidad es salvaguardar el resultado de la resolución final y únicamente puede ser dejada sin efecto por la SEL, de acuerdo con los artículos 23 y 32 del Decreto Legislativo N° 1256.
- (vii) Para la regulación de eliminación de barreras burocráticas importa, entre otros aspectos, que las disposiciones administrativas hayan sido publicadas y ejecutadas en concordancia con los criterios de legalidad y razonabilidad; no siendo necesario que exista una exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro preexistente a efectos de que se constituya una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad. Afirmar lo contrario significaría que la Comisión solo podría evaluar la imposición de barreras burocráticas en actos

administrativos y actuaciones materiales ya que es el único medio por el cual la administración pública manifiesta sus declaraciones.

- (viii) El Ministerio pretende desconocer la competencia de la Comisión para evaluar la imposición de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad materializada en disposiciones administrativas, debido a que, considera que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR únicamente podría ser cuestionado en una acción popular. Sin embargo, esta competencia está contenida en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1256, cuya observancia es obligatoria para la entidad denunciada.
8. El 12 de julio de 2022, la denunciante presentó un escrito adicional con argumentos relacionados a los descargos presentados por el Ministerio y la Sunafil, de acuerdo con lo siguiente:
- (i) De la lectura del artículo 2 de la Ley N° 29245, se advierte que: (i) no existe duda de que en el concepto de tercerización se ha establecido que se considerará a las actividades especializadas y a las obras; (ii) que en ninguna parte se indica que no puedan tercerizarse las actividades principales, ordinarias o nucleares de la empresa principal; (iii) el único condicionamiento es lo relativo a los requisitos de validez que debe cumplir toda tercerización, esto es, que la empresa tercerizadora preste sus servicios bajo su cuenta y riesgo, que actúe con autonomía técnica, material y financiera, sea responsable de sus acciones y que su personal se encuentre bajo su exclusiva subordinación.
 - (ii) Para reglamentar la prohibición cuestionada en el presente procedimiento el Ministerio requería de una norma legal, no obstante, tal limitación no se encuentra prevista en el artículo 2 de la Ley N° 29245. De modo que, no es correcto sostener que las actividades nucleares están prohibidas solo por el hecho de que el artículo en mención indique que se considera tercerización a las actividades especializadas y obras.
 - (iii) El artículo 3 de la Ley N° 29245 no excluye la tercerización de actividades nucleares, por el contrario, reconoce la posibilidad, debido a que expresamente permite la tercerización de servicios de gerencia y de una parte del proceso productivo de la empresa principal. Al hacer referencia al término proceso productivo la norma legal autoriza a que se puedan suscribir contratos de tercerización respecto de toda aquella actividad que originalmente es realizada por la empresa principal para la elaboración de sus bienes y servicios y que se encuentra directamente relacionada a su objeto social.
 - (iv) El Reglamento de la Ley N° 29245, hasta antes de su modificatoria por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, permitía la tercerización de lo que hoy se denomina actividades nucleares, las cuales estaban contenidas dentro del concepto de actividades principales.

- (v) De acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR sí es una norma general, pues se ciñe a la definición de aquella norma que crea, modifica, regula, declara o extingue derechos y obligaciones de carácter general de cuyo texto se derive un mandato genérico, objetivo y obligatorio, vinculando a la administración pública y a los administrados, sea para el cumplimiento de una disposición o para la generación de una consecuencia jurídica.
- (vi) Para la emisión del Decreto Supremo N° 006-2008-TR primigenio solo bastó el refrendo del Ministerio; sin embargo, para la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR ya se encontraba en vigencia el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, por lo que dicha modificación requería la publicación de proyectos de normas.
- (vii) El numeral 1 del artículo II del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, dispone que dicha ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado, dado que la potestad reglamentaria es parte de la función administrativa del Ministerio corresponde que esta entidad cumpla con el Principio de Legalidad. De ese modo, correspondía que la entidad sectorial publique el proyecto de norma del Decreto Supremo N° 001-2022-TR a efectos de no vulnerar el numeral 14.1) del artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS.
- (viii) El Ministerio da a entender que la Ley N° 29245, modifica o deroga de algún modo el contenido del numeral 11) del artículo 37 del TUO de la Ley General de Minería; para que dicha afirmación tuviera sentido se requeriría que la Ley N° 29245 expresamente modifique o derogue el dispositivo de la norma de minería o que su contenido sea contrario al de dicha norma sectorial; sin embargo, ninguno de esos escenarios ha ocurrido.
- (ix) Si bien la Sunafil señala que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR aún no entra en vigor por lo que no resulta lógico mencionar la existencia de algún daño, la Comisión deberá considerar que el objeto de la denuncia es evitar que las barreras burocráticas sean exigibles desde el 23 de agosto de 2022 ya que a partir de dicha fecha diferentes disposiciones del decreto en mención tendrán efectos en el ordenamiento jurídico.
- (x) No es necesario que las disposiciones que contienen las medidas denunciadas tengan efectos jurídicos en el ordenamiento a fin de que se presente una denuncia y/o la Comisión resuelva el procedimiento, así, solo basta que se constituya una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad para que cualquier administrado o agente económico presente una denuncia.
- (xi) El Ministerio pretende desconocer el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 1256 el cual dispone que en la Comisión o la Sala puede ordenar a la entidad vencida el reembolso de las costas y costos en los que ha incurrido un denunciante.

II. ANÁLISIS:

A. Competencia de la Comisión y metodología de análisis del caso:

9. El artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas⁷, establece que la Comisión es competente para conocer los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad⁸.
10. Al respecto, cabe indicar que de conformidad con el inciso 3) del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1256, constituye una barrera burocrática toda *exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa*.
11. Para efectuar la presente evaluación se toma en consideración lo dispuesto en los artículos 14 al 18 del Decreto Legislativo N° 1256. En ese sentido, corresponde analizar si las barreras burocráticas cuestionadas son legales o ilegales y, de ser el caso, si son razonables o carentes de razonabilidad⁹.

B. Cuestiones previas:

- B.1 De los argumentos sobre las competencias establecidas en la Ley General de Inspección de Trabajo y la vigencia de las disposiciones del Decreto Supremo N° 001-2022-TR:
12. En su escrito de descargos, la Sunafil ha señalado que en su calidad de encargada de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo, ha estado vigilando la normativa referida a la tercerización laboral de modo anterior a la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR y no resulta admisible que la

⁷ Publicado en el diario oficial El Peruano el 8 de diciembre de 2016.

⁸ **Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas**
Artículo 6. - Atribuciones de las autoridades en materia de eliminación de barreras burocráticas
6.1. De la Comisión y la Sala

La Comisión y la Sala en segunda instancia, son competentes para conocer los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Asimismo, son competentes para velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N° 283, 668, 757 y el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, así como las normas reglamentarias pertinentes, o las normas que las sustituyan. Ninguna otra entidad podrá arrogarse estas facultades. Sus resoluciones son ejecutables cuando hayan quedado consentidas o sean confirmadas por la Sala, según corresponda de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la presente Ley.
[...].

⁹ De acuerdo con la metodología contenida en el Decreto Legislativo N° 1256, la Comisión analiza:

- (i) La legalidad de la medida cuestionada, en atención a las atribuciones y competencias de la entidad que la impone, al marco jurídico promotor de la libre iniciativa privada y la simplificación administrativa; y, a si se han observado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto para su imposición.
- (ii) La razonabilidad de la referida medida, lo que implicar evaluar si se justifica en un interés público cuya tutela haya sido encargada a la entidad que la impone y si es idónea para brindar para brindar solución al problema y/u objetivo considerado(s) para su aplicación, así como si es proporcional respecto del interés público fijado y si es la opción menos gravosa que existe para tutelar el interés público.

denunciante pretenda “*recortar*” las funciones que le han sido asignadas como parte del control de la normativa sociolaboral de considerar que los contratos de tercerización bajo el esquema actual o el próximo a implementarse, deben cumplir con los requisitos de autonomía.

13. Sobre el particular, resulta oportuno señalar que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8 y 10 del Decreto Legislativo N° 1256, tiene por finalidad lograr la inaplicación de aquellas barreras burocráticas (exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros) que sean identificadas como ilegales y/o carentes de razonabilidad; como consecuencia, de la evaluación del marco legal vigente y según la metodología establecida en la mencionada norma¹⁰.
14. Teniendo en cuenta ello, es necesario precisar que, a través del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no se desconoce o limita las facultades que legalmente le han sido otorgadas a una entidad de la administración pública; de modo contrario, en el proceso de evaluación, se tienen en cuenta dichas competencias para determinar si las medidas que son cuestionadas como barreras burocráticas se encuentran dentro de la esfera de las prerrogativas concedidas a la entidad que se constituye como parte denunciada, conforme se señala en el inciso a) del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1256¹¹.
15. Ahora bien, conforme se ha establecido a través de la Resolución N° 0179-2022/CEB-INDECOPI del 20 de mayo de 2022, precisada con Resolución N° 0268-2022/CEB-INDECOPI, en el presente procedimiento la Comisión evaluará la legalidad y/o carencia de razonabilidad de dos (2) medidas impuestas por el Ministerio y que han sido cuestionadas por la denunciante; lo que en modo alguna implica un “*recorte*” de competencias de la Sunafil.
16. De ese modo, esta Comisión debe enfatizar que las facultades de supervisión, fiscalización, sanción, entre otras; que ostenta la Sunafil, sobre la base de lo dispuesto en la Ley N° 28806 y su Reglamento, no es materia de evaluación en el presente

¹⁰ **Decreto Legislativo N° 1256**
“Artículo 8.- De la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas

8.1. Cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte o de oficio, la Comisión o la Sala, declare la ilegalidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas, dispone su inaplicación con efectos generales.

[...]

[Subrayado es nuestro]

“Artículo 10.- De la inaplicación al caso concreto

10.1. Cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte, la Comisión o la Sala, de ser el caso, declare la ilegalidad o carencia de razonabilidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas o la ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de barreras burocráticas materializadas en actos administrativos y/o actuaciones materiales, dispone su inaplicación al caso concreto en favor del denunciante.

[...]

[Subrayado es nuestro]

¹¹ **Decreto Legislativo N° 1256**

Artículo 10.- De la inaplicación al caso concreto

Artículo 14.- Análisis de legalidad

14.1. El análisis de legalidad de una barrera burocrática implica que la Comisión o la Sala, de ser el caso, evalúe los siguientes aspectos:

a. Si existen o no atribuciones conferidas por ley que autoricen a la entidad a establecer y/o aplicar la barrera burocrática bajo análisis.

[...]

[Subrayado es nuestro]

procedimiento. Siendo así, corresponde desestimar el argumento presentado por dicha entidad, en este extremo.

17. Por otro lado, la Sunafil argumentó que de conformidad a lo establecido en la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR las modificaciones efectuadas por dicha norma no se encuentran vigentes. Por ello, no aplica ni aplicó las disposiciones cuestionadas, correspondiendo que la Comisión la aparte del presente procedimiento, es decir, determine su extromisión del procedimiento.
18. Al respecto, de la Resolución N° 0179-2022/CEB-INDECOPI, precisada con Resolución N° 0268-2022/CEB-INDECOPI, fluye que esta Comisión dispuso la incorporación de la Sunafil en **calidad de tercero administrado** en el presente procedimiento; debido a que, el numeral 71.1) del artículo 71 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que si durante la tramitación de un procedimiento se advierte la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos **derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que se emita, dicha tramitación y todo lo actuado les deben ser comunicados** mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento.
19. Sobre la base de lo anterior, debe entenderse que la participación de la Sunafil en el presente procedimiento en calidad de tercero administrado se encuentra justificada por cuanto, la Ley N° 29981, Ley de Creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, establece que dicha entidad es responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral (entre los cuales se encuentra las disposiciones que materializan las medidas denunciadas) y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias. Así, el pronunciamiento que emita este Colegiado puede tener un impacto respecto de sus derechos o intereses legítimos.
20. Resulta pertinente hacer un énfasis en que la Sunafil posee la condición de tercero administrado dentro del presente procedimiento y no así la calidad de parte denunciada, la cual se reserva para aquellas entidades que han aplicado o aplican, de modo real o potencial, una barrera burocrática; en el presente caso, se ha identificado al Ministerio como parte denunciada del procedimiento.
21. Por lo expuesto, corresponde denegar el pedido de extromisión solicitada por la Sunafil.
22. Por otro lado, en relación con la no existencia de las barreras burocráticas, sobre la base del plazo de adecuación establecido en la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, cabe señalar que la prohibición y exigencia que se cuestionan en el presente procedimiento son medidas que se encuentran en disposiciones vigentes y que el plazo de ciento ochenta (180) días calendario al que se alude, no está relacionado a la vigencia de la norma sino a un periodo establecido para la adecuación de los contratos y figuras laborales que a la fecha de emisión del decreto supremo indicado, se encontraron suscritos y válidos.

23. Teniendo en cuenta ello, corresponde desestimar el argumento sobre la presunta inexistencia de las medidas cuestionadas en la presente denuncia.

B.2 De la solicitud de suspensión del procedimiento por la existencia de un proceso de amparo:

24. En su escrito de descargos, el Ministerio señaló que el 5 de abril de 2022, es decir con fecha anterior al inicio del procedimiento administrativo ante la Comisión, la denunciante presentó una demanda de amparo, bajo los mismos argumentos de esta denuncia, y solicitó se declare inaplicable a su caso el Decreto Supremo N° 001-2022-TR. Asimismo, precisó que dicha demanda fue admitida a trámite, por el Segundo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima¹², mediante la Resolución N° 01 del 11 de mayo de 2022. De ese modo, considera que se debe suspender el presente procedimiento.
25. Sobre el particular, el artículo 74 del TUO de la Ley N° 27444, prescribe que las entidades de la Administración Pública se encuentran prohibidas de renunciar o abstenerse de ejercer alguna de las atribuciones legales que se les ha encomendado tutelar en materia de procedimientos administrativos, salvo que exista una ley o mandato judicial expreso que lo establezca de dicho modo¹³.
26. Por tal motivo, no sería posible que esta Comisión deje de ejercer sus funciones, salvo que exista una ley o mandato judicial que así lo disponga en tanto el ejercicio de atribuciones constituye una regla general; y, la abstención solo procede de manera excepcional.
27. Ahora bien, el artículo 31 del Decreto Legislativo N° 1256, establece que únicamente en dos (2) supuestos corresponderá que la Comisión suspenda la tramitación de un procedimiento administrativo:

“Artículo 31.- Supuestos excepcionales para la suspensión de procedimientos

Solo procede la suspensión de procedimientos seguidos ante la Comisión o la Sala, de ser el caso, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos:

1. Cuando con anterioridad al inicio del procedimiento, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia. Esto último implica que en el proceso judicial la parte denunciante esté cuestionando de manera conjunta la misma disposición y/o acto administrativo y/o actuación material de la entidad denunciada, a través de los mismos argumentos de legalidad y/o razonabilidad.

¹² A través del Expediente N° 02398-2022-0-1801-JR-DC-02.

¹³ **TUO de la Ley N° 27444**

Artículo 74.- Carácter inalienable de la competencia administrativa

74.1 Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo.

74.2 Solo por ley o mediante mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia.

74.3 La demora o negligencia en el ejercicio de la competencia o su no ejercicio cuando ello corresponda, constituye falta disciplinaria imputable a la autoridad respectiva.

74.4 Las entidades o sus funcionarios no pueden dejar de cumplir con la tramitación de procedimientos administrativos, conforme a lo normado en la presente Ley. Todo acto en contra es nulo de pleno derecho.

2. Cuando surja una cuestión contenciosa, en sede judicial o administrativa, que, a criterio de la Comisión o la Sala, precise de un pronunciamiento previo sin el cual no pueda ser resuelto el asunto que se tramita.

[Subrayado añadido]

28. En el presente caso, del argumento presentado por el Ministerio en este extremo, se puede advertir que su solicitud de suspensión del procedimiento se enmarca en el supuesto establecido en el numeral 1) del artículo 31 del Decreto Legislativo N° 1256, por lo que corresponde que este Colegiado evalúe el pedido efectuado.
29. En relación con la antigüedad de la presentación de **la denuncia ante la Comisión**, de la revisión del Sistema Integrado Resolutivo (SIR) se puede advertir que **la misma tiene como fecha de inicio el 4 de abril de 2022**, conforme se puede visualizar de la siguiente imagen:

Imagen del cargo de ingreso de denuncia reportado por el SIR del Indecopi:

2. DATOS DEL ESCRITO	
Código único de procedimiento	2022-008793
Fecha de Ingreso	04/04/2022
Sede	LIMA
Órgano resolutivo	COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS
Tipo de Expediente	DENUNCIA
Tipo de Documento	INGRESO DE DENUNCIA
Denunciante(s)	COSAPI MINERIA S.A.C.
Denunciado(s)	--

30. Cabe precisar que de conformidad a lo establecido en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1256, el procedimiento de eliminación de Barreras Burocráticas se inicia, entre otro, a pedido de parte mediante la presentación de una solicitud dirigida a la Secretaría Técnica de la Comisión cumpliendo con los requisitos establecidos por dicho decreto legislativo:

Artículo 7.- Tipos de inicio de procedimientos en materia de eliminación de barreras burocráticas

7.1. El procedimiento ante la Comisión puede iniciarse a pedido de parte o de oficio.

7.2. El procedimiento se inicia a pedido de parte mediante la presentación de una solicitud dirigida al Secretario Técnico de la Comisión, cumpliendo con los requisitos establecidos en la presente ley.[...]

[Subrayado es nuestro]

31. De otro lado, con relación a la fecha de inicio del proceso judicial en mérito de la demanda de amparo de la denunciante, se puede advertir que su fecha de presentación fue el 5 de abril de 2022, conforme el siguiente detalle:

Imagen de la consulta de expedientes del Poder Judicial respecto el Expediente N° 02398-2022-0-1801-JR-DC-02:

PODER JUDICIAL DEL PERÚ
Justicia Honorable, País Respetable

Consulta de Expedientes Judiciales Versión 2.3.12
Cortes Superiores de Justicia

Fecha: 07/08/2022 Hora: 19:38:18
Tiempo restante de sesión: 04:27"

INICIO VIDEOTUTORIALES PREGUNTAS FRECUENTES

REPORTE DE EXPEDIENTE

Expediente N°: **02398-2022-0-1801-JR-DC-02**

Órgano Jurisdiccional: 2º JUZGADO CONSTITUCIONAL

Juez: MADUEÑO RUIZ CARLA PAOLA

Fecha de Inicio: 05/04/2022

Observación: NINGUNA

Materia(s): ACCION DE AMPARO

Etapas Procesal: GENERAL

Ubicación: ESPECIALISTA

Sumilla: DEMANDA DE AMPARO CONTRA DECRETO SUPREMO 001-2022-TR.

Distrito Judicial: LIMA

Especialista Legal: CAJAK AGUIRRE, KATHERINE LUZ

Proceso: CONSTITUCIONAL

Especialidad: DERECHO CONSTITUCIONAL

Estado: TRAMITE

Fecha Conclusión:

Motivo Conclusión:

PARTES PROCESALES

Parte	Tipo de Persona	Apellido Paterno / Razón Social	Apellido Materno	Nombres
DEMANDANTE	JURIDICA	COSAPI MINERIA S.A.C.		
DEMANDADO	JURIDICA	MINIST.DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO		
DEMANDADO	JURIDICA	SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE FISCALIZACION LABORAL - SUNAFIL		

32. Además, es pertinente precisar que la admisión a trámite de la demanda de amparo presentada por la denunciante se efectuó el 11 de mayo de 2022, conforme se advierte a continuación:

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDO JUZGADO CONSTITUCIONAL DE LIMA

EXPEDIENTE : 02398-2022-0-1801-JR-DC-02
DEMANDANTE : COSAPI MINERIA S.A.C.
DEMANDADO : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO y otro
MATERIA : PROCESO DE AMPARO
CÓDIGO DE PROCESO : SUPERNUMERARIA : CORDOVA ESCOBAR, ANDREA DEL PILAR
TENTE DE JUEZ : ANICAMA BUDIOL, ALEXIS JOHAN

OR JUEZ:

Cumplo con informar que la presente demanda ha sido ingresada por la Mesa de Parte Electrónica del Portal Web Poder Judicial; motivo por el cual, corresponde en la fecha dar cuenta conforme a Ley.

Por otro lado, debo de señalar que el suscrito cumple las funciones de Asistente de Juez; sin embargo, por disposición del Despacho de manera excepcionalmente procedo a dar cuenta la presente causa con el sistema de Especialista Legal, para efecto de la firma digital, dejando constancia de que el presente caso está a cargo de la Especialista Legal Carmen Luisa Lua Yong.

Es todo cuanto tengo que informar a Ud. en cumplimiento de mis funciones.

Lima, 04 de mayo del 2022.

ALEXIS JOHAN ANICAMA BUDIOL
ASISTENTE DE JUEZ
2º Juzgado Constitucional de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

RESOLUCIÓN NÚMERO: UNO
Lima, cuatro de mayo
del año dos mil veintidós.

33. Teniendo en cuenta lo mencionado, este Colegiado puede desprender que el procedimiento judicial **no es anterior** al procedimiento de eliminación de barreras

burocráticas, por lo que se debe desestimar el argumento presentado por el Ministerio en dicho sentido.

34. Por otro lado, el Ministerio argumentó que, tanto en el proceso de amparo como en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, la denunciante ha presentado los mismos argumentos y mantiene la misma pretensión de inaplicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR.
35. Del análisis de los argumentos antes detallados, este Colegiado advierte que para el Ministerio existe una identidad de materias entre el proceso de amparo que se sigue ante el Poder Judicial y el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas que se sigue ante esta Comisión.
36. Sobre el particular, es pertinente señalar que para identificar la identidad de materias es necesario analizar si la pretensión invocada por la demandante o denunciante (el efecto jurídico perseguido) en el proceso judicial y en el procedimiento administrativo coinciden, esto es, si es que el pedido concreto en ambas sedes; y, los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan lo solicitado, guardan coincidencia¹⁴.
37. Sobre el particular, la denunciante ha señalado que en su demanda de amparo solicitó que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR **le sea inaplicable en su totalidad** por vulnerar: a) el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 51 de la Constitución; b) los derechos a la libertad de contratar y libertad contractual regulados en los artículos 2, numeral 14, y 62 de la Constitución; c) el principio de seguridad jurídica recogido en los artículos 2, numeral 24, y 139, inciso 3 de la Constitución; d) el principio de intangibilidad contractual; e) el derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 59 de la Constitución; f) el principio de interdicción de la arbitrariedad, reconocido en el artículo 45 de la Constitución.
38. Cabe precisar que, sobre el argumento presentado por la denunciante en este extremo, ni la Sunafil ni el Ministerio han presentado observación y/o contradicción alguna, pese a que han contado el tiempo pertinente para dicha finalidad. De ese modo, en aplicación al principio de 1.7) del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444 se presume la veracidad de la información presentada¹⁵.

¹⁴ Ello ha sido sostenido por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi a través de la Resolución N° 2310-2010/SC1-INDECOPi del 17 de agosto de 2010:

"[...]"

Para determinar la identidad de materias es preciso analizar la pretensión invocada, o sea, el efecto jurídico que el demandante o denunciante persigue con el proceso o procedimiento, y que contiene dos elementos: (i) el petitum, o pedido concreto; y, (ii) la causa petendi o fundamentos de hecho y de derecho que sustentan el pedido.

En consecuencia, solo si los efectos jurídicos que se persiguen como los fundamentos utilizados en ambas vías coinciden, existirá identidad entre las materias controvertidas. [...]"

¹⁵ **TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.**

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

"[...]"

1.7. Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

"[...]"

39. Teniendo en cuenta lo anterior, este Colegiado considera que no existen elementos que confirmen la presencia de identidad en las materias y pretensiones en el proceso de amparo y el presente procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, conforme lo siguiente:

Proceso de Amparo	Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas
<u>Respecto a la pretensión:</u> - El proceso de amparo seguido por la denunciante tiene como finalidad que se proteja derechos fundamentales de sustento constitucional directo, como, por ejemplo, el de la libre contratación (libertad de contratar y libertad contractual), entre otros que la Constitución ha reconocido. - En el proceso de amparo se ha solicitado se inaplique la totalidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, por considerar que se vulnera la Constitución Política del Perú.	<u>Respecto a la pretensión:</u> - El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas tiene por objeto la identificación y evaluación de aquellas exigencias, requisitos, prohibiciones, limitaciones y/o cobros que impone la administración pública, entre otro, a las personas que ejercen actividades económicas en aplicación de las normas de acceso al mercado y libre iniciativa privada, teniendo la potestad legal de inaplicar estas barreras, sin que ello implique efectuar algún análisis sobre la vulneración de derechos constitucionales. - En el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas se ha solicitado se inaplique una prohibición y una exigencia materializadas en el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificado por Decreto Supremo N° 001-2022-TR, en caso se declare su ilegalidad y/o carencia de razonabilidad.
<u>Respecto de los argumentos:</u> Se ha señalado que los argumentos presentados por la denunciante ante el Poder Judicial se dirigen a cuestionar la presunta contravención de diversos artículos de la Constitución Política del Perú [artículos 2 (numeral 14 y 24), 45, 51, 59, 62 y 139 (inciso 3) de la Constitución].	<u>Respecto de los argumentos:</u> En el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas se cuestiona la legalidad y carencia de razonabilidad de la prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa y 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.

40. En tal sentido, si bien se advirtió la existencia de una identidad de sujetos no se aprecia la identidad de la pretensión y los fundamentos, ya que se acreditó que la finalidad perseguida y los argumentos en sede judicial y en sede administrativa son distintos.

41. En consecuencia, corresponde desestimar la solicitud de suspensión de procedimiento presentada por el Ministerio en este extremo.
- B.3 Del argumento sobre la existencia de un proceso de acción popular, presentado por el Ministerio:
42. En su escrito de descargos, el Ministerio ha señalado que de acuerdo con lo establecido en el inciso 5) del artículo 200 de la Constitución en contra de los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general que infringen la ley y/o la Constitución, **únicamente procede la acción popular** conforme lo regulado en los artículos 74 al 96 del Nuevo Código Procesal Constitucional.
43. Teniendo en cuenta lo anterior, a criterio de la entidad sectorial este cuerpo colegiado no contaría con competencias para conocer la denuncia presentada.
44. Sobre el particular, es pertinente señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1256, la Comisión posee competencias para conocer, entre otros, una disposición administrativa¹⁶ -como lo es un reglamento aprobado por un decreto supremo-, a través de la cual puede imponerse barreras burocráticas que resulten ilegales y/o carentes de razonabilidad:

“Artículo 6. - Atribuciones de las autoridades en materia de eliminación de barreras burocráticas

6.1. De la Comisión y la Sala

La Comisión y la Sala en segunda instancia, son competentes para conocer los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Asimismo, son competentes para velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N° 283, 668, 757 y el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, así como las normas reglamentarias pertinentes, o las normas que las sustituyan. Ninguna otra entidad podrá arrogarse estas facultades. Sus resoluciones son ejecutables cuando hayan quedado consentidas o sean confirmadas por la Sala, según corresponda de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la presente Ley.

La Sala es la única autoridad administrativa que puede conocer y resolver las apelaciones interpuestas contra las resoluciones emitidas por la Comisión, conforme a los supuestos señalados en el artículo 32 de la presente ley, salvo en el procedimiento sancionador por incumplimiento de mandato regulado en el artículo 34, en cuyo caso la Comisión se constituye como instancia única en sede administrativa.

Mediante resolución la Comisión o la Sala, de ser el caso, ordena la inaplicación de las barreras burocráticas a las que hace referencia la presente ley.”
[Énfasis añadido]

¹⁶ De acuerdo a la definición contenida en el numeral 6) del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1256, una disposición administrativa debe ser entendida como: “todo dispositivo normativo emitido por una entidad destinado a producir efectos jurídicos abstractos y generales sobre un grupo indeterminado de administrados y/o agentes económicos”.

45. Siendo así, contrariamente a lo señalado por el Ministerio, esta Comisión cuenta con las facultades legales para conocer el Decreto Supremo N° 006-2008-TR y su modificatoria Decreto Supremo N° 001-2022-TR, en su condición de norma que contiene disposiciones administrativas que establecen exigencias y prohibiciones que pueden condicionar, restringir u obstaculizar la permanencia de agentes económicos en el mercado.
46. Por otro lado, en atención a la referencia que el Ministerio efectuó sobre el proceso judicial de acción popular, esta Comisión considera pertinente señalar que de la revisión de las publicaciones efectuadas en los Boletines del diario oficial El Peruano con fechas 11¹⁷, 18¹⁸ y 21¹⁹ de mayo de 2022 y 20²⁰ de junio del mismo año, ha verificado que se han interpuesto ante el Poder Judicial demandas de acción popular en contra de lo establecido en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.
47. En atención a ello, es necesario establecer cuál es la diferencia que existe entre el procedimiento de acción popular y el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.
48. Al respecto, el artículo 74 del Nuevo Código Procesal Constitucional ha establecido que el **proceso de acción popular** tiene por finalidad la defensa de la Constitución y, en su caso, de la ley frente a infracciones contra su jerarquía normativa²¹. A su vez, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1256, indica que la finalidad del **procedimiento de eliminación de barreras burocráticas** es supervisar, entre otro, el cumplimiento del marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, en beneficio de personas naturales o jurídicas, mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado²².
49. Además, de acuerdo con el artículo 80 del Nuevo Código Procesal Constitucional, en caso la sentencia emitida fuera fundada, en el **proceso de acción popular** se podrá

¹⁷ Relacionado al Expediente N° 00417-2022-0-1801-SP-DC-02 iniciado por Asociación Civil por la Integridad.

¹⁸ Relacionado al Expediente N° 00420-2022-0-1801-SP-DC-02 iniciado por el señor Mauricio Valdez Villalobos.

¹⁹ Relacionado al Expediente N° 00514-2022-0-1801-SP-DC-02 iniciado por Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas, Asociación de Exportadores, Cámara de Comercio de Lima, Sociedad Nacional de Industrias y Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía.

²⁰ Relacionado al Expediente N° 00756-2022-0-1801-SP-DC-03 iniciado por Servicios de Agua Potable y Alcantarillado - SEDAPAL.

²¹ **Ley N° 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional**

Artículo 74. Finalidad

Los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución y, en su caso, de la ley, frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo.

Por contravenir el artículo 106 de la Constitución, se puede demandar la inconstitucionalidad, total o parcial, de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley que no haya sido aprobada como orgánica, si dichas disposiciones hubieren regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada como tal.

²² **Decreto Legislativo N° 1256**

Artículo 1.- Finalidades de la ley

La presente ley tiene como finalidad supervisar el cumplimiento del marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, en beneficio de personas naturales o jurídicas, mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa con el objeto de procurar una eficiente prestación de servicios al ciudadano por parte de las entidades de la administración pública.

determinar la nulidad con efecto retroactivo, de las normas impugnadas; mientras tanto, en el **procedimiento de eliminación de barreras burocráticas**, en caso se declare fundada una denuncia, se dispondrá únicamente la inaplicación de las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros, asimismo, dicha declaración tendrá efectos posteriores a su emisión y siempre que quede consentida o firme en sede administrativa.

50. Por otro lado, en el **proceso de acción popular** se analizará la inconstitucionalidad de la norma o su ilegalidad sobre el parámetro de concordancia con la Constitución; en tanto, en el **procedimiento de eliminación de barreras burocráticas** se analizará la existencia de barreras burocráticas que pueden resultar ilegales (teniendo como parámetro únicamente la ley) o carentes de razonabilidad.
51. De lo hasta aquí desarrollado, podemos desprender la clara diferencia que existe entre un proceso de acción popular y el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas; sin embargo, para mayor abundamiento, resulta pertinente hacer énfasis en lo señalado en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC, en la que se concluyó que el control difuso de la constitucionalidad no debe confundirse con la evaluación de legalidad que realiza la Comisión:

Conforme lo señalado por este Colegiado en la STC N° 00014-2009-PI/TC, cuando la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi "inaplica" una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad (Cfr. Fundamento N.° 25). En tal sentido, el cambio de precedente no enerva en modo alguno las competencias de dicha entidad sobre eliminación de este tipo de barreras.

[Subrayado es nuestro]

52. En relación con el presente caso, se debe considerar que las diferencias halladas entre el proceso de acción popular que siguen algunas personas naturales y jurídicas (distintas a la denunciante) y el presente procedimiento de eliminación de barreras burocráticas:

	PROCESO DE ACCIÓN POPULAR	PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS
FINALIDAD	Que se declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR.	Que (i) la prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa; y, (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, se declaren barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad.
EFFECTO DEL PROCESO / PROCEDIMIENTO	Nulidad con efecto retroactivo del Decreto Supremo N° 001-2022-TR.	Inaplicación de las barreras burocráticas declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad.
ASPECTOS A ANALIZAR	La inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR.	La legalidad y/o carencia de razonabilidad de las disposiciones administrativas que contienen las barreras burocráticas denunciadas.

53. Teniendo en cuenta lo desarrollado, corresponde desestimar el argumento presentado por el Ministerio respecto de la falta de competencias del Colegiado para conocer de la presente denuncia por la existencia del proceso de acción popular, regulado en el Nuevo Código Procesal Constitucional.
54. Ahora bien, en línea con lo antes señalado por el Ministerio, también se argumentó que la Comisión únicamente podrá emitir un pronunciamiento de manera accesorio, en el caso del supuesto judicial constitucional de control difuso.
55. Al respecto, es pertinente señalar que el ejercicio de las competencias atribuidas a esta Comisión, por el Decreto Legislativo N° 1256, no se encuentra sujeta a la previa emisión de un pronunciamiento por algún órgano judicial o administrativo, pues conforme se ha sustentado precedentemente lo sustanciado en este procedimiento difiere en la finalidad de otros procesos judiciales como, por ejemplo, los de amparo y los de acción popular.
56. Un razonamiento distinto originaría que las competencias de la Comisión para inaplicar barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad sea neutralizada con la sola interposición de demandas judiciales sobre la misma materia, lo cual no ha sido previsto de esa manera por nuestro marco legal vigente.
57. Por lo expuesto, corresponde desestimar el argumento presentado por el Ministerio en este extremo.

B.4 De los pedidos de improcedencia de la denuncia, presentados por el Ministerio:

58. El Ministerio argumentó que la Comisión no cuenta con competencias para emitir una declaración en abstracto, pues no existiría una exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro concreto preexistente, por lo que deberá declarar la improcedencia de la denuncia sobre la base de lo regulado en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1256.
59. Sobre el particular, en anteriores pronunciamientos, esta Comisión y la SEL²³ han precisado que de acuerdo con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1256, las barreras burocráticas pueden encontrarse materializadas en disposiciones administrativas, actos administrativos y/o actuaciones materiales. De ese modo, el inicio de un procedimiento que busque la inaplicación de dichas barreras burocráticas puede ser realizado en concreto o abstracto, según el medio de materialización:

²³ A través de la Resolución N° 0189-2021/SEL-INDECOPI recaída en el Expediente N° 0079-2018/CEB, la SEL señaló lo siguiente:

[...]

32. Por otro lado, **las barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas deben ser contrastadas con el ordenamiento jurídico vigente a la fecha en la que la Sala evalúa la medida denunciada pues estas tienen efectos actuales y vigentes sobre todos los agentes económicos. Son los casos "en abstracto". Asimismo, en caso una barrera burocrática materializada en una disposición administrativa sea declarada ilegal, se dispondrá la inaplicación de la misma con efectos generales, es decir en beneficio de todos los agentes económicos, en aplicación del numeral 8.1 del artículo 811 del Decreto Legislativo 1256.**

[...]

[Énfasis añadido]

- En concreto: la denunciante encuentra la presunta barrera burocrática en el marco de un procedimiento administrativo que sigue ante la entidad denunciada, por lo que en dicho supuesto, la Comisión debe evaluar la legalidad y razonabilidad de la presunta barrera burocrática aplicada en dicho procedimiento administrativo, sobre la base de un **acto administrativo o actuación material** que acredite su aplicación efectiva.
 - En abstracto: la denunciante encuentra la presunta barrera burocrática fuera de un procedimiento administrativo, por lo que la Comisión debe realizar una evaluación en abstracto de la legalidad y razonabilidad de dicha barrera contenida en una **disposición administrativa**.
60. Lo antes indicado, guarda relación con lo establecido en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1256 que contiene el concepto de barrera burocrática y el artículo 6 de la acotada norma, que establece las competencias atribuidas a este Colegiado:

Artículo 3.- Definiciones

Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones:

[...]

3. Barrera burocrática: *exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa.*[...]

4. Formas de materialización: *las barreras burocráticas se materializan a través de actos administrativos, disposiciones administrativas y/o actuaciones materiales.*

5. Acto administrativo: *declaración de una entidad cuyo concepto ha sido recogido en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444 o la norma que la reemplace, destinado a producir efectos jurídicos individuales o individualizables de modo directo en un administrado o grupo de administrados y/o agentes económicos.*

6. Disposición administrativa: *todo dispositivo normativo emitido por una entidad destinado a producir efectos jurídicos abstractos y generales sobre un grupo indeterminado de administrados y/o agentes económicos.*

7. Actuación material: *todo comportamiento, manifestación y/o actividad material de una entidad o un funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza funciones administrativas por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, que sin ser viabilizada a través de un acto y/o disposición administrativa, produce efectos jurídicos capaces de restringir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa.*

[...]

[Énfasis añadido]

61. Estando a lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por el Ministerio en este extremo; y, precisar que la Comisión puede evaluar las medidas denunciadas pues estas tienen efectos actuales y vigentes sobre la denunciante al encontrarse en disposiciones administrativas, con efecto en abstracto.
62. Por otro lado, el Ministerio ha señalado que la denunciante pretende cuestionar una regulación legal; por lo que, considera que no existiría el mérito para iniciar un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.

63. De lo señalado por la entidad sectorial, la Comisión puede entender que a su criterio las medidas cuestionadas por la denunciante se encontrarían establecidas en la Ley N° 29245; sin embargo, contrariamente a lo señalado por el Ministerio de la evaluación de las disposiciones contenidas en la indicada ley no se advierte que la misma establezca la prohibición y exigencia cuestionadas en el presente procedimiento, las cuales han sido advertidas únicamente en el Decreto Supremo N° 006-2008-TR modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, esto es, una norma infralegal; por ende, corresponde desestimar el argumento presentado en este extremo.

C. Cuestión controvertida:

64. Determinar si las siguientes medidas constituyen barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad:
- (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:

Decreto Supremo N° 006-2008-TR modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR:

“Artículo 2.- Ámbito de la tercerización

El ámbito de la Ley comprende 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, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.

Los contratos y figuras empresariales que se encuentran regulados en el artículo 3 de la Ley configuran supuestos de tercerización cuando se realizan de acuerdo con las definiciones de la Ley y del presente Reglamento.

Los mecanismos de vinculación empresarial como la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la Ley.

No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio.”

[Énfasis añadido]

“Artículo 1.- Definiciones

Para los efectos de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

Actividades especializadas u obras.- Son actividades especializadas aquellas actividades vinculadas a la actividad principal de la empresa principal, que exigen un nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados. Se entiende por obra la ejecución de un encargo concreto vinculado a la actividad principal de la empresa principal, debidamente especificado en el contrato civil suscrito entre la empresa principal y la empresa tercerizadora.

Las actividades especializadas u obras, en el marco de la tercerización, no pueden tener por objeto el núcleo del negocio.

[...]

Núcleo del negocio.- 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.

Para identificar el núcleo del negocio en el caso concreto, se debe observar, entre otros:

1. El objeto social de la empresa.
2. Lo que la identifica a la empresa frente a sus clientes finales.
3. El elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades.
4. La actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes.
5. La actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos.”

- (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:

Decreto Supremo N° 006-2008-TR modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR:

“Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

[...]

b) 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.

[...]”

D. Evaluación de legalidad:

65. De conformidad con lo establecido en el numeral 1.1) del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, que contiene el Principio de Legalidad, las entidades públicas, deben *actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que les estén atribuidas* y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas²⁴.
66. En concordancia con lo anterior, la Ley N° 29158²⁵, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo establece que “[l]as autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas”.

²⁴ TUO de la Ley N° 27444

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho 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.

²⁵ Publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de diciembre de 2007.

D.1 Sobre la tercerización laboral:

67. Mediante la Ley N° 29245, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de junio de 2008, se aprobó la Ley que regula los servicios de tercerización (en adelante, la Ley N° 29245). A través de dicha norma se define a la tercerización como *“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.”*²⁶
68. El 25 de junio de 2008 se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1038, que precisa los alcances de la Ley N° 2924, señalando que 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 con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la empresa principal, y no a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica²⁷.
69. Sobre la base de la definición legal establecida en la Ley N° 29245 se puede advertir que la figura de la tercerización laboral ha sido insertada en nuestro ordenamiento jurídico para dar el marco legal a la contratación de una tercera empresa (denominada empresa tercerizadora) con la finalidad de que esta desarrolle actividades especializadas, obras, o algún otro servicio en las instalaciones de otra empresa usuaria (empresa principal).
70. En el mismo orden de ideas, la comentada disposición legal dispone que por esta modalidad contractual la empresa tercerizadora es responsable de los resultados de la actividad que realiza y responde, también, por los riesgos de la prestación de sus servicios, con sus propios recursos financieros, técnicos y/o materiales. Adicionalmente, se determina que mantiene la exclusiva subordinación sobre sus trabajadores sin perjuicio de que estos realicen actividades en la empresa usuaria (empresa principal), esto último, en concordancia con lo establecido en el artículo 4 de la misma ley²⁸.

26

Ley N° 29245

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

27

Decreto Legislativo N° 1038

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 con desplazamiento continuo de personal 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.

28

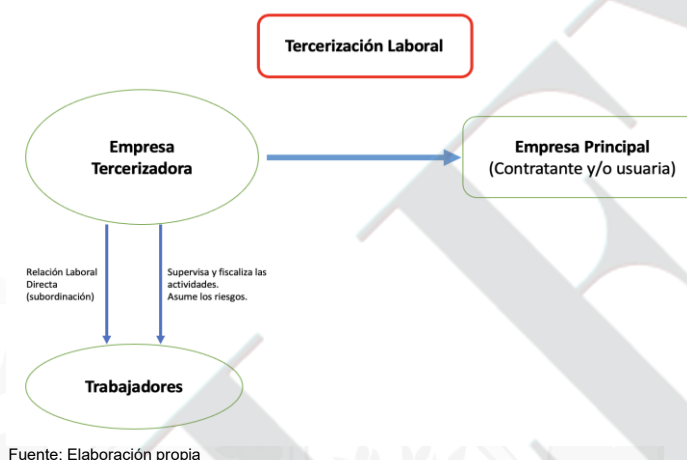
Ley N° 29245

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.

[Énfasis añadido]

71. Lo antes mencionado puede ilustrarse a través del siguiente gráfico:



72. Ahora bien, el artículo 3 de la Ley N° 29245 establece que entre los casos que constituyen tercerización de servicios se encuentran “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”²⁹.

73. Por su parte, a través del artículo 5 de la indicada ley, se ha prescrito -entre otros aspectos-, que aquellos contratos de tercerización que no cumplan con lo establecido en los artículos 2 y 3 de la Ley N° 29245, y que configuren una simple provisión de personal originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación directa e inmediata con la empresa principal.³⁰

D.2 De las competencias del Ministerio:

74. De acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley N° 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio (en adelante, la Ley N° 29381)³¹, así como los artículos 1 y 2 del Decreto Supremo N° 019-2019-TR, el Ministerio es un organismo del Poder

²⁹ El proceso productivo puede ser definido como el conjunto de actividades orientadas a la transformación de recursos o factores productivos en bienes y/o servicios, en el que participan la información, la tecnología y el recurso humano, con el objetivo de satisfacer la demanda. Cuenta con fases debidamente identificadas como (i) la etapa analítica, conocida como periodo de acopio, con la principal característica de incidir en la recolección de la materia prima; (ii) la etapa de síntesis, correspondiente al periodo de producción propiamente dicho, donde la materia prima recogida en la etapa anterior sufre la transformación en un producto real y (iii) la etapa de acondicionamiento, destinada para adecuar el producto y/o servicio a las necesidades del cliente.

³⁰ **Ley N° 29245**

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.

³¹ **Ley N° 29381**, publicada en el diario oficial El Peruano el 16 de junio de 2009

Artículo 2.- Naturaleza jurídica

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo es un organismo del Poder Ejecutivo con personería jurídica de derecho público y constituye un pliego presupuestal.

Ejecutivo con personería de derecho público, constitutivo de un pliego presupuestal autónomo, rector de los Sectores Trabajo y Promoción del Empleo y con competencia sobre las personas naturales y jurídicas (públicas y/o privadas) que realizan actividades de los referidos sectores a nivel nacional³².

75. El numeral 5.1) de artículo 5 de la señalada ley, establece que el Ministerio es el organismo rector en materia de trabajo y promoción del empleo y ejerce competencia exclusiva y excluyente respecto de otros niveles de gobierno en todo el territorio nacional para formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar 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.³³
76. Por su parte, el numeral 5.2) del artículo 5 de la Ley N° 29381 establece que el Ministerio cuenta con competencias para dictar normas y lineamientos técnicos para la adecuada ejecución y supervisión de las políticas nacionales, la gestión de los recursos del sector, así como para el otorgamiento y reconocimiento de derechos, la sanción, fiscalización y ejecución coactiva en las materias de su competencia.
77. En concordancia con lo anterior, el numeral 6.1) del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, señala que el Poder Ejecutivo ejerce, entre otras, la función de reglamentar las leyes, evaluar su aplicación y supervisar su cumplimiento:

Artículo 6.- Funciones del Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo ejerce las siguientes funciones:

- 1. Reglamentar las leyes, evaluar su aplicación y supervisar su cumplimiento.**

³² Decreto Supremo N° 019-2019-TR, que aprueba la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Publicado en el diario oficial El Peruano el 7 de noviembre de 2019

Artículo 1.- Naturaleza Jurídica

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo es el organismo rector de los Sectores Trabajo y Promoción del Empleo, con personería jurídica de derecho público. Forma parte del Poder Ejecutivo y constituye un pliego presupuestal con autonomía administrativa y económica, de acuerdo a Ley.

La organización y funciones de sus órganos se regulan en la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones.

Artículo 2.- Jurisdicción

La competencia del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se extiende a las personas naturales y jurídicas del Sector público y privado que realizan actividades de los Sectores Trabajo y Promoción del Empleo en todo el territorio nacional.

³³ Ley N° 29381

Artículo 5.- Competencias exclusivas

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

5.1 Formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar 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.

2. Planificar, normar, dirigir, ejecutar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales en conformidad con las políticas de Estado.
 3. Establecer relaciones, buscar el consenso, prestar asistencia técnica y desarrollar mecanismos de cooperación con todas las entidades de la administración pública.
 4. Implementar la coordinación con los gobiernos regionales y gobiernos locales, con énfasis en las competencias compartidas.
 5. Otras funciones que le asignen las leyes.
- [Énfasis añadido]

78. Adicionalmente, el literal b) del numeral 23.1) del artículo 23 establece que es función general de los Ministerios, entre los que se encuentra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobar las disposiciones normativas que le correspondan en función de su sector de competencia:

Artículo 23.- Funciones de los Ministerios

23.1 Son funciones generales de los Ministerios:

a) Formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial bajo su competencia, aplicable a todos los niveles de gobierno;

b) Aprobar las disposiciones normativas que les correspondan;

[...]

[Énfasis añadido]

79. En esa línea, a través de la Segunda Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29245, se estableció que le correspondía al Ministerio, como parte del Poder Ejecutivo, la emisión del Reglamento de la indicada ley³⁴.
80. De ese modo, sobre la base de las facultades desarrolladas, mediante Decreto Supremo N° 006-2008-TR, el Ministerio aprobó el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regula los servicios de tercerización. Asimismo, en atención a dichas facultades, a través del Decreto Supremo N° 001-2022-TR se modificó el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, estableciéndose las medidas cuestionadas en el presente procedimiento.
81. Estando a lo desarrollado en este acápite, la Comisión puede concluir que el Ministerio cuenta con las competencias correspondientes para la imposición de las medidas cuestionadas en el presente procedimiento.

D.3 De las formalidades para la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR:

82. De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1256, en este nivel de análisis de legalidad corresponde evaluar si el Ministerio siguió los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR que modificó el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, y, materializa las medidas cuestionadas en el presente procedimiento.

³⁴

Ley N° 29245
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y FINALES
SEGUNDA.- Reglamento

El Poder Ejecutivo reglamentará la presente Ley dentro de los treinta (30) días hábiles después de la vigencia de la presente Ley.

83. Para argumentar la ilegalidad de forma de las barreras burocráticas cuestionadas, la denunciante señaló que, estas no superan el análisis de legalidad porque el Ministerio no siguió los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR.
84. Según argumenta, el numeral 14.1) del artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS 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 vigor, salvo casos excepcionales. Dichas entidades permitirán que las personas interesadas formulen comentarios sobre estas. Asimismo, el inciso 3.2) del numeral 3) del mismo artículo prevé que se exceptúa la publicación de los proyectos de normas de carácter general cuando la entidad por razones debidamente fundamentadas en el proyecto de norma considere que la prepublicación de la norma es impracticable, innecesaria o contraria a la seguridad o al interés público.
85. Adicionalmente, argumentó que el proyecto del Decreto Supremo N° 001-2022-TR no fue publicado en el diario oficial El Peruano, los portales del Ministerio u otros medios, por ende, correspondía que se justifique, en el proyecto de la norma, porque la publicación era impracticable, innecesaria o contraria a la seguridad o al interés público. Sin embargo, ni en el proyecto de norma que está previsto en el Informe 032-2022-MTPE/2/14,1, ni en los considerandos del decreto supremo comentado y ni en la exposición de motivos de este se evaluó por qué la prepublicación se encontraba en alguno de los supuestos de excepción.
86. Por su parte, para defender la legalidad de forma de las barreras burocráticas cuestionadas el Ministerio señaló que:
- (i) El 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 lo que, no correspondía la publicación del proyecto, según el artículo 14, numeral 1) de Decreto Supremo N° 001-2009-JUS. Además, la norma que contiene las medidas cuestionadas ha sido refrendado por el Ministerio en función a sus facultades.
 - (ii) Ni el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, ni el artículo IV de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, ni algún otro dispositivo normativo establece que la no publicación del proyecto normativo trae como consecuencia la ilegalidad de la norma.
87. Sobre el particular, es necesario señalar que a través del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, publicado en el diario oficial El Peruano 15 de enero de 2009, se aprobó el

Reglamento que establece las disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general.

88. De la revisión de la Exposición de Motivos de dicha norma se advierte que, se señaló que el principio de publicación, establecido en el artículo 51 de la Constitución, ha sido recogido en el Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y los Estados Unidos (en adelante, el Acuerdo) a través del artículo 19.2 del Capítulo 19: Transparencia, asumiendo el Perú, como Parte del Acuerdo, el compromiso de asegurar que sus leyes, **reglamentos**, procedimientos resoluciones administrativas de aplicación, se publiquen prontamente o de otra forma sean puestos a disposición para conocimiento de las personas y partes interesadas.
89. Asimismo, que el principio de publicación no debería ser aplicado únicamente a las normas ya aprobadas, sino que se resalta la importancia y complementariedad de publicar los proyectos de normas que las entidades públicas estimen adoptar, para la previsibilidad de los operadores jurídicos respecto a las modificaciones normativas. En tal línea, se ha precisado que el artículo 13 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo,³⁵ establece que **los proyectos de reglamento se publican en el portal electrónico de la entidad competente para recibir los aportes de la ciudadanía**, cuando así lo requiera la ley.
90. A mayor abundamiento, se ha señalado que la disposición incluida en el Acuerdo debe interpretarse en el sentido que la prepublicación constituye regla y solo por excepción se puede dejar de publicar por adelantado. De ese modo, dicha regla se aplica como una directriz de cumplimiento obligatorio al ser complemento de las disposiciones relativas a la publicación de las normas legales de carácter general:

"[...] Cabe señalar que esta disposición del APC Peru-EEUU, debe interpretarse en el sentido que la prepublicación constituye la regla y solo por excepción se puede dejar de publicar por adelantado; es en este sentido que en el presente proyecto se regulan las excepciones a la regla mencionada, considerándose exceptuadas de esta obligación las normas y decisiones elaboradas por el Poder Legislativo y el Poder Judicial, así como los Decretos de Urgencia y los Decretos Legislativos; y aquellos casos en los que se considere que la publicación de proyectos normativos es impracticable, innecesaria o contraria a la seguridad o al interés público. Asimismo, es necesario señalar que esta disposición no establece que la prepublicación deba efectuarse en el Diario Oficial El Peruano obligatoriamente, sino que, por ejemplo, bastaría publicar el proyecto normativo en la página Web de la entidad que emitira la disposición, o por cualquier otro medio que permita el acceso de los administrados a la norma que se prepublica, con lo cual no se generan mayores gastos al Estado.
[...]"

35

Ley N° 29158

Artículo 13.- Potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria del Presidente de la República se sujeta a las siguientes normas:

1. El proyecto de norma reglamentaria es elaborado por la entidad competente. Se tramita acompañado de la exposición de motivos, los informes, estudios y consultas realizados.
2. Los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía. No pueden transgredir ni desnaturalizar la ley. Se aprueban, dentro del plazo establecido, mediante decreto supremo, salvo disposición expresa con rango de ley.
3. **Los proyectos de reglamento se publican en el portal electrónico respectivo** y por no menos de cinco (5) días calendario, **para recibir aportes de la ciudadanía**, cuando así lo requiera la Ley.

[Énfasis añadido]

*El presente Proyecto de Reglamento **establece reglas simples y de cumplimiento obligatorio, para que la difusión normativa sea el complemento idóneo de la publicidad mediante el Diario Oficial El Peruano.** Empezando por los portales electrónicos, pasando por todos los medios gráficos que sean editados por las entidades públicas (revistas institucionales, folletos, memorias, etc.), hasta paneles de difusión interna de cada entidad, la Administración Pública deberá difundir todas las normas legales de carácter general que directa e indirectamente la vinculan, con lo cual la ciudadanía tendrá más oportunidades de conocerlas y consiguientemente de poder actuar informadamente.*

[...]

V.- ANALISIS DEL IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACION NACIONAL

*En la actualidad, en materia de publicidad de las normas legales, rige el principio de publicidad normativa contenida en el artículo 51° de la Constitución Política del Perú, como también la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley N° 29158), la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972), la Ley de Bases de la Descentralización (Ley N° 27783) Y la Ley de Gobiernos Regionales (Ley N° 27867), las que regulan aspectos vinculados con la publicidad de normas del ordenamiento jurídico producido por el Gobierno Nacional, Gobiernos Locales y Gobiernos Regionales, respectivamente. Sin embargo, **las mismas desarrollan pautas vinculadas directamente a la publicación, más no a las actuaciones que se vinculan con esta,** ni tampoco establece mecanismos, para distinguir cuando es que una norma de diversa jerarquía no constituye necesariamente una norma legal de carácter general. Por esta razón, se considera que **la presente propuesta ordena las disposiciones relativas a la publicación de las normas legales de carácter general, complementando dicha obligación, con el establecimiento de la obligación de prepublicar los proyectos de normas y de efectuar su difusión.***

91. Estando a lo desarrollado, contrariamente a lo argumentado por el Ministerio en el punto (ii) del párrafo 88 de esta resolución, la Comisión considera que no cumplir con la prepublicación de una norma de carácter general, conforme lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, **contraviene el mandato establecido en el propio decreto supremo**, lo que podría originar que las disposiciones contenidas en la norma general no pre publicada devengan en ilegales.
92. Ahora bien, en relación al argumento precisado en el punto (i) del párrafo 86, el Ministerio sostiene que no correspondía efectuar la pre publicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR; toda vez que, no es una norma de carácter general sino una norma de alcance sectorial en tanto sus efectos atañen a un sector limitado de la población laboral, identificada como trabajadores que están sujetos al régimen laboral de la actividad privada que tercerizan actividades especializadas u obras que forman parte de su actividad principal.
93. Al respecto, el artículo 4 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, ha señalado el concepto de norma legal que se encuentra dentro de los alcances de las disposiciones establecidas en el marco de su regulación:

Artículo 4.- Alcance del concepto de las normas legales

*Para efectos de lo dispuesto en el presente Reglamento, entiéndase por norma legal de carácter general a aquella que **crea, modifica, regula, declare o extingue derechos u obligaciones de carácter general,** de cuyo texto **se derive un mandato genérico, objetivo y obligatorio,** vinculando a la*

Administración Pública y a los administrados, sea para el cumplimiento de una disposición o para la generación de una consecuencia jurídica.
[Subrayado es nuestro]

94. Teniendo en cuenta lo desarrollado, corresponde desestimar el argumento relacionado a la existencia de una norma de alcance sectorial argumentado por el Ministerio, por cuanto se evidencia que las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que modificó el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, corresponden a una regulación que establece mandatos genéricos de cumplimiento obligatorio por los agentes económicos (empresas principales y tercerizadoras) que establecen sus relaciones contractuales mediante la figura de la tercerización laboral con desplazamiento.
95. Por otro lado, el numeral 14.1) del artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, establece lo siguiente:

Artículo 14.- Difusión de los proyectos de normas legales de carácter general

1.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2, 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. Dichas entidades permitirán que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas.

2.- La publicación de los proyectos de normas de carácter general deben incluir:

2.1. Referencia a la entidad pública bajo la cual se propone el proyecto de norma;

2.2. El documento que contiene el proyecto de norma y la exposición de motivos, así como una descripción de los temas que involucra;

2.3. Plazo para la recepción de los comentarios;

2.4. Persona dentro de la entidad pública encargada de recibir los comentarios.
[...]

96. Conforme se puede advertir de lo anterior, el Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General, ha dispuesto en sus numerales 1) y 2) del artículo 14, que los proyectos de las normas de carácter general deben ser publicadas por las entidades públicas competentes, en un plazo no menor de treinta (30) días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, en el diario oficial El Peruano, en sus portales electrónicos o en cualquier otro medio.
97. Asimismo, en su numeral 3) ha establecido cuales son los supuestos de excepción a dicha regla:

Artículo 14.- Difusión de los proyectos de normas legales de carácter general

[...]

3.- Se exceptúa de la aplicación del presente artículo:

3.1. Las normas y decisiones elaboradas por el Poder Legislativo y el Poder Judicial, así como los Decretos de Urgencia y los Decretos Legislativos.

3.2. Cuando la entidad por razones debidamente fundamentadas, en el proyecto de norma, considere que la prepublicación de la norma es impracticable, innecesaria o contraría a la seguridad o al interés público;

98. Sobre el particular, de la revisión de las publicaciones en el diario oficial El Peruano, así como de la verificación del portal institucional del Ministerio no se ha verificado la publicación del proyecto normativo que dio origen al Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que modificó el Decreto Supremo N° 006-2008-TR.
99. Asimismo, de una revisión del Informe 032-2022-MTPE/2/14,1 (adjunto al escrito de denuncia), así como de los considerandos del Decreto Supremo N° 001-2022-TR y su exposición de motivos no se advierte alguna justificación que dé cuenta de los motivos por los cuales el Ministerio considera que la mencionada norma se encontraba dentro de los supuestos de exoneración de publicación del proyecto normativo de acuerdo a lo establecido en el numeral 3) del artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS.
100. En consecuencia, a criterio de esta Comisión, las medidas contenidas en el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR constituyen barreras burocráticas por cuanto contravienen lo establecido en el artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS y el principio de legalidad, según el cual 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.

D.4 De la contravención al marco normativo vigente:

101. Conforme se señaló previamente, en el presente procedimiento la denunciante se encuentra cuestionando dos (2) medidas impuestas por el Ministerio a través del Decreto Supremo N° 006-2008-TR modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR que consisten en lo siguiente:
- (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.

102. Para cuestionar la legalidad de fondo, en relación con la contravención de normas del marco jurídico vigente, la denunciante ha realizado una referencia a una contravención a lo establecido en la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, y el TUO de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-92-EM.
103. Teniendo en cuenta que los argumentos de ilegalidad se han presentado de igual modo para ambas barreras burocráticas cuestionadas, esta Comisión considera que corresponde efectuar la evaluación de estas, de modo conjunto.

D.4.1 De la contravención a la Ley N° 29245:

104. En el escrito de denuncia, la denunciante señaló que las medidas cuestionadas desconocen y contravienen el artículo 3 de la Ley N° 29245, el cual dispone que constituyen tercerización de servicios, entre otros, los contratos de gerencia conforme 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. Siendo así, se puede advertir que la indicada ley no prohíbe tercerizar las actividades principales (nucleares) debido a que se permite la tercerización de servicios de gerencia de una parte del proceso productivo.
105. Por su parte, para defender la legalidad de fondo de las medidas cuestionadas, el el Ministerio ha señalado:
- (i) Que la Ley N° 29245 estableció que la tercerización solo procede para la realización de las actividades especializadas u obras de la empresa principal; por ello, no procede para la ejecución de actividades habituales u ordinarias o, lo que es lo mismo, para actividades 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 de negocio.
 - (ii) Que, si bien es cierto, en el artículo 3 de la Ley N° 29245 se 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. De una lectura conjunta o sistemática de los artículos 2 y 3 de la acotada ley se desprende que solo procede la tercerización integral de aquellas partes del proceso productivo que, para la empresa principal, constituyen “actividades especializadas u obras”.
 - (iii) Interpretar el ámbito de la tercerización sobre la base única del artículo 3 de la ley con una lectura aislada contravendría el método hermenéutico que ordena interpretar las normas de manera sistemática, sin vaciar de contenido el artículo 2 de la Ley N° 29245; en consecuencia, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR hizo bien al precisar que no es materia de tercerización el núcleo del negocio.

106. En relación con los argumentos presentados por el Ministerio, es pertinente señalar que, como ha sido expuesto anteriormente, el concepto de tercerización ya ha sido dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 29245; y, por su parte el artículo 3 establece, de forma extensiva, los casos que constituyen tercerización de servicios, listando en su redacción -sin constituir una lista cerrada- algunos tipos de contratos que serán considerados como tal, conforme se demuestra a continuación:

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.

[Énfasis añadido]

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.***

[Énfasis añadido]

107. Del análisis de las disposiciones antes citadas, se advierte que los contratos de tercerización tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo, sin contemplar alguna limitación respecto de la etapa del proceso productivo de la que se hará cargo la empresa tercerizadora, así como tampoco fluye la existencia de prohibición de tercerizar la actividad principal de la empresa principal. Cabe precisar que el proceso productivo está referido a la ejecución de operaciones articuladas y planificadas de transformación de insumos en bienes o servicios mediante la aplicación de un procedimiento tecnológico.
108. En efecto, la única limitación que se advierte del artículo 2 de la Ley N° 29245 es la relacionada a prohibir la simple dotación de personal como supuesto de tercerización; mientras que, el artículo 3 contempla la posibilidad de tercerizar cualquier etapa del proceso productivo de modo general.
109. Siendo así, esta Comisión puede concluir que la Ley N° 29245 no contiene restricción alguna respecto del tipo de actividades que pueden ser objeto de tercerización; de modo que, el prohibir contemplar las actividades principales o nucleares (como ha sido denominado por el Ministerio) para suscribir contratos de tercerización no cuenta con sustento en la ley mencionada.

110. Lo antes mencionado guarda concordancia con lo desarrollado por el Poder Judicial en las Sentencias N° 764-2011-LIMA y N° 1607-2012-LIMA, recaídas en procesos de acción popular seguidos ante la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en las que se estableció que **sí se pueden tercerizar actividades principales de la empresa principal** al constatar que el delimitar el artículo 2 de la Ley N° 29245 a la actividad principal guarda armonía con el espíritu de dicha ley, dado que de referirse actividades que no se relacionan con la actividad principal se estaría refiriendo a intermediación laboral, figura legal de contratación distinta a la tercerización. Cabe precisar que cuando dichas sentencias hacen referencia al Reglamento de la Ley N° 29245, se refieren a dicha norma antes de su modificación por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR:

Sentencia N° 764-2011-LIMA:

[...]

QUINTO: Que en nuestra legislación, la Tercerización se encuentra definida en el artículo 2 de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, en virtud al cual, se entiende por tercerización la contratación de empresas 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, que para efectos de determinar el primer aspecto de la alegación de haberse reducido el ámbito de operatividad de la Ley N° 29245, pues el artículo 2 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, estaría delimitando la tercerización únicamente a la actividad principal de las empresas usuarias, debe advertirse que la “Tercerización” constituye una figura jurídica que se distingue de la intermediación laboral regulada por la Ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, toda vez que en aquella se presta un servicio integral bajo cuenta, costo y riesgo de la empresa que brinda los servicios, en tanto que de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley N° 27626 los trabajadores destacados a una empresa no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresas, de manera que delimitar el artículo 2 del Reglamento la tercerización únicamente a la actividad principal de las empresas usuarias, guarda perfecta armonía con el espíritu de la Ley que se viene reglamentando, dado que en caso de referirse a actividades que no se relacionan con la actividad principal de la empresa estaría refiriéndose a la intermediación laboral regulada por una normatividad ajena a la Ley N° 29245.

[...]

Sentencia N° 1607-2012-LIMA:

Cuarto: Que, en nuestra legislación, la Tercerización se encuentra definida en el artículo 2 de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, en virtud al cual, se entiende por tercerización la contratación de empresas 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, que para efectos de determinar el primer aspecto de la alegación de haberse reducido el ámbito de operatividad de la Ley N° 29245, pues el artículo 2 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, estaría delimitándola tercerización únicamente a la actividad principal de las empresas usuarias, debe advertirse que la “Tercerización” constituye una figura jurídica que se distingue de la intermediación laboral regulada a través de la Ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, toda vez que en aquella se presta un servicio integral bajo cuenta, costo y riesgo de la empresa que brinda los servicios, en tanto que de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley N° 27626 los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen

*la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa, de manera tal que **al delimitar el artículo 2 del Reglamento la tercerización únicamente a la actividad principal de las empresas usuarias, guarda perfecta armonía con el espíritu de la Ley que viene reglamentando, dado que en caso de referirse a actividades que no se relacionan con la actividad principal de la empresa estaría refiriéndose a la intermediación laboral regulada por una normatividad ajena a la Ley N° 29245.***
[...]"

111. Con un sentido similar, mediante Pleno Jurisdiccional del Expediente N° 0013-2014-PI/TC³⁶, el Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia del 10 de setiembre de 2019, consignó la definición que el Ministerio efectuó sobre la tercerización, señalándola como la forma de organización por la que una empresa denominada «principal» encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal (proceso productivo) a una o más empresas tercerizadoras, contratistas o subcontratistas:

"[...]
10. El Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) ha señalado que la tercerización es una forma de organización por la que una empresa denominada "principal" encarga o delega el desarrollo de una o más partes **de su actividad principal (proceso productivo)** a una o más empresas denominadas tercerizadoras, contratistas o subcontratistas.
[...]"
[Énfasis añadido]

112. Teniendo en cuenta todo lo desarrollado, se puede advertir que a nivel jurisprudencial se ha determinado que el artículo 3 de la Ley N° 29245 permite a las empresas principales tercerizar sus actividades principales, lo cual guardaba relación con el Decreto Supremo N° 006-2008-TR hasta antes de su modificación por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.
113. Siendo así, contrariamente a lo sostenido por el Ministerio de la lectura e interpretación sistemática de lo establecido en los artículos 2 y 3 de la Ley N° 29245, esta Comisión puede concluir que la Ley N° 29245 no contiene restricción alguna para tercerizar actividades principales o nucleares³⁷.
114. Sobre dicha base, debido a que a través del último párrafo del artículo 2 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, concordante con el primer y undécimo párrafo de artículo 1 de la misma norma, se ha establecido una prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa, corresponde declarar que dicha medida resulta ilegal por contravenir al artículo 3 de la Ley N° 29245.

³⁶ En el proceso por demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 presentada por el Colegio de Abogados del Callao contra el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo.

³⁷ Lo señalado se alinea a lo sostenido en el Diario de Debates del proyecto de la Ley N° 29245, conforme lo siguiente:

"[...]
En ese sentido, por ejemplo, se sigue considerando como actividades tercerizables a las complementarias, lo cual niega el principio y la doctrina de la tercerización, **que es la externalización de una actividad principal del negocio**. En consecuencia, considerar una actividad complementaria como tercerizable es una contradicción. Y es importante que se recoja este aporte, porque, de lo contrario, con esta distorsión conceptual del artículo 2 de la propuesta se va a afectar a trabajadores de la empresa principal y de la empresa tercerizadora.

[...]"
[Énfasis añadido]

115. Ahora bien, con relación a 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, es pertinente señalar que el artículo 5 de la Ley N° 29245, ha establecido un único supuesto de desnaturalización que la tercerización laboral conforme se detalla a continuación:

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.

116. De la disposición citada precedentemente, se advierte que los contratos de tercerización se entenderán desnaturalizados cuando no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la Ley N° 29245 e impliquen una simple provisión de personal.
117. Siendo así, cabe precisar que, en los párrafos precedentes se ha señalado que la prohibición de que los contratos de tercerización tengan por objeto el núcleo del negocio no puede sustentarse en lo establecido en los artículos 2 y 3 de la Ley N° 29245, por lo que constituye una barrera burocrática ilegal.
118. En ese mismo orden de ideas, este Colegiado considera que la exigencia revisada en este punto tampoco puede sustentarse en lo contenido en dichos artículos de la ley, pues el Ministerio no podría establecer que la empresa tercerizadora considere que existe un supuesto de desnaturalización de la tercerización si el objeto del contrato tiene por finalidad la realización de actividades que constituyen el núcleo del negocio o el núcleo del proceso productivo.
119. Siendo así, 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, contraviene lo establecido en los artículos 3 y 5 de la Ley N° 29245; por lo que corresponde declararla como una barrera burocrática ilegal.

D.4.2 De la contravención al TUO de la Ley General de Minería:

120. En el escrito de denuncia, la denunciante señaló que las medidas cuestionadas no superan el análisis de legalidad de fondo – compatibilidad con otras leyes, por cuanto se encuentra vigente el numeral 11) del artículo 37 del TUO de la Ley de Minería, que faculta a las empresas 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 la concesión minera, calificarían como núcleo de negocio.

121. Por su parte, el Ministerio precisó que: (i) Existen dos normas de igual jerarquía. Una norma de igual jerarquía que precisa a la otra; así, en la denuncia se da prevalencia a lo regulado en el numeral 11) del artículo 37 del TUO de la Ley General de Minería cuando claramente en un periodo posterior han sido emitidos la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038; y, (ii) debiera existir una aplicación que atienda a la lectura de las normas de manera conjunta, en lugar de automáticamente referir que hay un supuesto de aplicación de principio de jerarquía normativa, o en su defecto, del principio de especialidad.
122. Al respecto, esta Comisión puede advertir que del argumento señalado en el punto (i) anterior, el Ministerio pretende señalar que en atención al periodo de antigüedad en la emisión de las normas la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038, habrían modificado lo establecido en el TUO de la Ley General de Minería.
123. Sobre el particular, es necesario señalar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil, los supuestos para determinar la abrogación de una ley se producen conforme lo siguiente:

Artículo I.- Abrogación de la ley

La ley se deroga sólo por otra ley.

La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.

Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado

124. Teniendo en cuenta lo anterior, de la revisión de lo establecido en la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038, no se logra advertir la consignación expresa de una derogación de TUO de la Ley General de Minería; asimismo, considerando que en el acápite anterior se ha precisado que la Ley N° 29245 no establece ningún supuesto por el cual se pueda considerar la existencia de una incompatibilidad entre dichas leyes o que la Ley N° 29245 se encuentre regulando en su integridad la materia normada por el TUO de la Ley General de Minería, corresponde desestimar el argumento presentado por el Ministerio en este extremo.
125. En relación al argumento señalado en el punto (ii) del párrafo 124 de esta resolución, se ha precisado que ni la Ley N° 29245 ni el Decreto Legislativo N° 1038, establecen supuestos que puedan configurar una contradicción con la regulación establecida en el TUO de la Ley General de Minería en la relación a la contratación de personal para realizar determinadas actividades; por lo que el argumento de que se debe evaluar de modo conjunto las normas señaladas, carece de objeto en el presente caso.
126. Por otro lado, en relación al argumento presentado por la denunciante respecto a que la prohibición cuestionada contraviene el TUO de la Ley de Minería, resulta pertinente señalar que a través del último párrafo del artículo 2 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, concordante con el primer y

undécimo párrafo de artículo 1 de la misma norma, el Ministerio estableció la prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa.

127. De acuerdo a lo establecido en el undécimo párrafo del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, debe entenderse por núcleo de negocio la actividad que 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.
128. Dicha disposición establece además que, para identificar el núcleo del negocio en el caso concreto, se debe observar, entre otros:
- (i) El objeto social de la empresa.
 - (ii) Lo que la identifica a la empresa frente a sus clientes finales.
 - (iii) El elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades.
 - (iv) La actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes.
 - (vi) La actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos.
129. La doctrina al definir el proceso productivo en la minería a gran escala ha señalado que este comprende, en lo fundamental, cinco (5) etapas bien delimitadas consistentes en: (i) exploración, (ii) desarrollo y preparación, (iii) producción o explotación, (iv) concentración y (v) fundición y refinación.



Fuente: https://prezi.com/by13pq_8yiw2/etapas-de-extraccion-mineral/. Autor: Said K. Torres

130. Teniendo en cuenta el concepto de núcleo de negocio establecido en el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, se puede advertir que las actividades antes señaladas se encontrarían dentro de la definición de la esfera de la regulación; en consecuencia, estas labores no podrían ser objeto de tercerización y deberían ser desarrolladas por la concesionaria minera en su condición de empresa principal.

131. Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 del TUO de la Ley General de Minería, a los titulares de una concesión minera se le ha reconocido el derecho a contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería:

Artículo 37.- Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos:
[...]

11. A contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería.
[...]

132. Teniendo en cuenta lo señalado, esta Comisión puede advertir que la prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa dispuesta por el Ministerio a través de último párrafo del artículo 2 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, concordante con el primer y undécimo párrafo de artículo 1 de la misma norma, contraviene el numeral 11) del artículo 37 de la Ley General de Minería, por lo que se debe considerar que esta medida aplicada al sector minero, constituye una barrera burocrática ilegal.

E. Evaluación de razonabilidad:

133. De conformidad con la metodología establecida en el Decreto Legislativo N° 1256, no corresponde efectuar el análisis de razonabilidad de las barreras burocráticas materia de análisis, debido a que su imposición ha sido identificada como medidas ilegales.

F. Medida correctiva:

134. Mediante Decreto Legislativo N° 1256 se aprobó la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, la cual resulta de aplicación inmediata a las denuncias de parte cuya admisión a trámite se dispusiera a partir del 9 de diciembre de 2016.

135. Sobre el particular, cabe indicar que los artículos 43 y 44 del Decreto Legislativo N° 1256, señalan lo siguiente:

«Artículo 43.- Medidas correctivas

La Comisión o la Sala, de ser el caso, puede ordenar y/o conceder las siguientes medidas correctivas:

[...]

2. Que las entidades informen a los ciudadanos acerca de las barreras burocráticas declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad mediante las resoluciones de la Comisión que hayan agotado la vía administrativa y/o las resoluciones de la Sala, como medida complementaria.

Artículo 44.- Forma de implementación y plazo para el cumplimiento de las medidas correctivas:

[...]

44.2. En el caso de la medida correctiva señalada en el inciso 2. del artículo precedente, el plazo máximo con el que cuenta la entidad es de cinco (5) días hábiles. Las entidades pueden emplear medios de comunicación tanto físicos como virtuales que estén disponibles para todo administrado y/o agente económico que acuda al área de trámite documentario, así como el portal de la entidad.»

136. De lo anterior, se puede advertir que esta Comisión se encuentra facultada para ordenar que las entidades informen a los ciudadanos acerca de las barreras burocráticas declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad.
137. En tal sentido, considerando el marco normativo vigente y que en el presente procedimiento se ha determinado la ilegalidad de las medidas indicadas en la Cuestión Controvertida de la presente resolución corresponde ordenar al Ministerio que cumpla con informar a los ciudadanos acerca de las barreras burocráticas declaradas ilegales en el presente procedimiento, una vez que se declare consentida la presente resolución o sea confirmada por la SEL.
138. El incumplimiento de la medida correctiva dispuesta en la presente resolución podrá ser sancionado con una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con el artículo 36 del Decreto Legislativo N° 1256.

G. Efectos y alcances de la presente resolución:

139. De conformidad con los artículos 8 y 10 del Decreto Legislativo N° 1256, cuando en un procedimiento iniciado de parte, las barreras burocráticas cuestionadas sean declaradas ilegales y estén contenidas o materializadas en disposiciones administrativas, la Comisión dispone su inaplicación al caso concreto de la denunciante y con carácter general en favor de otros agentes económicos o administrados en general que también se vean afectados por su imposición³⁸.
140. En el presente caso, se han declarado ilegales las siguientes medidas impuestas por el Ministerio:
 - (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

38

Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas

Artículo 8. - De la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas ilegales contenidas en disposiciones administrativas

8.1. Cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte o de oficio, la Comisión o la Sala, declare la ilegalidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas, dispone su inaplicación con efectos generales.

8.2. En estos procedimientos, la Comisión o la Sala, de ser el caso, puede emitir medidas correctivas, ordenar la devolución de las costas y costos e imponer sanciones, cuando corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley.

8.3. La inaplicación con efectos generales opera a partir del día siguiente de publicado el extracto de la resolución emitida por la Comisión o la Sala, de ser el caso, en el diario oficial El Peruano. La orden de publicación será emitida por el Indecopi hasta el décimo día hábil después de notificada la resolución respectiva. Si con posterioridad, algún funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza función administrativa por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, en la entidad que fuera denunciada, aplica las barreras burocráticas declaradas ilegales en la resolución objeto de publicación, puede ser sancionado de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de la presente ley.

8.4. En aquellos procedimientos iniciados de parte con posterioridad a la publicación a la que hace referencia el presente artículo, en los que se denuncie la aplicación de una barrera burocrática declarada ilegal, materializada en la misma disposición administrativa inaplicada con efectos generales, la Comisión encausa el escrito presentado como una denuncia informativa de incumplimiento de mandato.

8.5. En aquellos procedimientos en trámite, iniciados de parte hasta el día de la publicación a la que hace referencia el presente artículo y que versen sobre la misma barrera burocrática declarada ilegal inaplicada con efectos generales, la Comisión o la Sala, de ser el caso, resuelve el procedimiento en el mismo sentido y procederá conforme al numeral 8.2. cuando corresponda.

Artículo 10°. - De la inaplicación al caso concreto

10.1. Cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte, la Comisión o la Sala, de ser el caso, declare la ilegalidad o carencia de razonabilidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas o la ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de barreras burocráticas materializadas en actos administrativos y/o actuaciones materiales, dispone su inaplicación al caso concreto en favor del denunciante.

10.2. En estos procedimientos, también se procede según lo previsto en el artículo 8.2 de la Ley, cuando corresponda.

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.

141. Por lo tanto, corresponde disponer la inaplicación de las medidas declaradas ilegales en favor de la denunciante; y, con efectos generales, en favor de todos los agentes económicos y/o ciudadanos que se vean afectados por su imposición.
142. Se precisa que el mandato de inaplicación con carácter general surtirá efectos a partir del día siguiente de publicado un extracto de la presente resolución en el diario oficial El Peruano³⁹, lo que podrá realizarse una vez que quede consentida o sea confirmada por la Sala, dentro de los alcances establecidos en la Directiva N° 002-2017/DIR-COD-INDECOPI, aprobada mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 019-2017-INDECOPI/COD⁴⁰.
143. Cabe indicar que el incumplimiento del mandato de inaplicación precisado en el párrafo anterior podrá ser sancionado por esta Comisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 1256⁴¹.
144. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3) del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1256, se deberá publicar de un extracto de la presente resolución en la Separata de Normas Legales del diario oficial El Peruano y de su texto completo en el portal informativo sobre eliminación de barreras burocráticas, luego de que haya quedado consentida o sea confirmada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi. La remisión del extracto mencionado a la Gerencia Legal del Indecopi, para su publicación en el diario indicado, incluirá una copia

³⁹ De conformidad a lo dispuesto en el numeral 8.3) del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1256.

⁴⁰ Publicada el 11 de febrero de 2017 en diario oficial El Peruano.

⁴¹ **Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas**

Artículo 34. - Conductas infractoras de funcionarios o servidores públicos por incumplimiento de mandato

La Comisión puede imponer multas de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias al funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza función administrativa por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual, en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando incumpla el mandato de inaplicación de la barrera burocrática declarada ilegal al que se hace referencia en el artículo 8 de la presente ley.

2. Cuando incumpla el mandato de inaplicación de la barrera burocrática declarada ilegal y/o carente de razonabilidad, según sea el caso, al que se hace referencia en el artículo 10 de la presente ley.

3. Cuando, luego de publicado lo resuelto en los procedimientos de oficio a los que hace referencia el artículo 9, aplique u ordene aplicar la barrera burocrática previamente declarada carente de razonabilidad, o cuando pudiendo disponer su inaplicación, omita hacerlo.

[...]

[Énfasis añadido]

del presente pronunciamiento y se realizará dentro del plazo señalado en la Directiva N° 002-2017/DIR-COD-INDECOPI⁴²

145. Finalmente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1) del artículo 50 del Decreto Legislativo N° 1256, el Ministerio deberá informar a la Comisión en un plazo no mayor a un (1) mes las medidas adoptadas respecto de lo resuelto en la presente resolución, de acuerdo con lo establecido en la Directiva N° 001-2017/DIR/COD-INDECOPI, aprobada mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 018-2017-INDECOPI/COD⁴³.

G. Otorgamiento del pedido de reembolso de costas y costos:

146. En el presente caso, la denunciante ha solicitado que la Comisión disponga el pago de costas y costos derivados del presente procedimiento.
147. Por su parte, el Ministerio ha señalado que el Código Procesal Civil y la parte final del artículo 47 de la Constitución, han establecido que el Estado -entendido por conjunción de sus tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial- esta exonerado del pago de gastos judiciales, estos últimos incluyen a las costas y costos del proceso. Por lo que la Comisión no puede soslayar una prohibición imperativa de nivel y rango constitucional.
148. Al respecto, el artículo 47 de la carta política determina que el Estado está exonerado de «*gastos judiciales*»⁴⁴. Por su parte, de conformidad con el artículo 413 del TUO del Código Procesal Civil, están exentos del pago de las costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales⁴⁵.
149. De lo señalado en el párrafo anterior, se advierte que dichas disposiciones son aplicables a procesos judiciales, mientras que en un procedimiento administrativo (como es el caso del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas), con una finalidad distinta a la función jurisdiccional, debe aplicarse lo establecido en su norma especial, ello en atención al Principio de Legalidad del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴⁶.

⁴² Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de febrero de 2017.

⁴³ Publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de febrero de 2017.

⁴⁴ **Constitución Política del Perú.**

Artículo 47.- Defensa Judicial del Estado.

La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley. El Estado está exonerado del pago de gastos judiciales.

⁴⁵ **Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.**

Artículo 413.- Exención y exoneración de costas y costos.- Están exentos de la condena en costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales.

Están exoneradas de los gastos del proceso las Universidades Públicas, quienes obtengan Auxilio Judicial y la parte demandante en los procesos de alimentos dentro de los límites establecidos en la ley pudiendo ser condenados al pago de costas y costos. (Énfasis añadido).

⁴⁶ **Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.**

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo.

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho 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.

150. Sobre el particular, mediante la Ley N° 30056, Ley que modifica diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial, publicada en el diario oficial «El Peruano» el 2 de julio de 2013 y vigente desde el día siguiente de su publicación, se modificó el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización de Indecopi en los siguientes términos:

*«**Artículo 7.- Pago de costas y costos.-** En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el INDECOPI, la comisión o dirección competente, además de imponer la sanción que corresponda, puede ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el INDECOPI.*

En los procedimientos seguidos de parte ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, se podrá ordenar el pago de costas y costos a la entidad que haya obtenido un pronunciamiento desfavorable.

*En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, **cualquier comisión** o dirección del INDECOPI puede aplicar las multas de acuerdo a los criterios previstos en el artículo 118° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.*

[...].».

[Énfasis añadido]

151. Bajo similar línea, mediante el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, reconoció la atribución de la Comisión para ordenar a las entidades vencidas el reembolso de costas y costos en los que incurran los denunciantes:

*«**Artículo 25.- De las costas y costos***

*25.1. **En los procedimientos iniciados a solicitud de parte, la Comisión** o la Sala, de ser el caso, **puede ordenar a la entidad vencida el reembolso de las costas y costos en los que haya incurrido el denunciante,** siempre que este lo hubiese solicitado al inicio o durante el procedimiento.*

25.2. Las reglas aplicables a los procedimientos para la liquidación de costas y costos son las dispuestas en la Directiva N° 001-2015-TRI-INDECOPI del 6 de abril de 2015 o la que la sustituya.».

[Énfasis añadido]

152. De lo expuesto, se aprecia que esta Comisión cuenta con facultades legales para ordenar el pago de las **costas y costos** a la entidad (denunciada) que haya obtenido un pronunciamiento desfavorable **en el marco de un procedimiento administrativo**.
153. Teniendo en cuenta en el presente procedimiento se ha declarado ilegalidad de las medidas denunciadas y, por ende, fundada la denuncia, corresponde ordenar al Ministerio que cumpla con reembolsar, a favor de la denunciante, las costas y costos derivados del presente procedimiento.

POR LO EXPUESTO:

En uso de sus atribuciones y de conformidad con lo dispuesto en el 6 del Decreto Legislativo N° 1256;

RESUELVE:

Primero: desestimar el pedido de extromisión del procedimiento presentado por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral.

Segundo: desestimar los pedidos de suspensión del procedimiento e improcedencia de la denuncia presentados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, conforme los fundamentos esgrimidos en las Cuestiones Previas de la presente resolución.

Tercero: declarar que las siguientes medidas, constituyen barreras burocráticas ilegales; y en consecuencia fundada la denuncia interpuesta por Cosapi Minería S.A.C. en contra del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo:

- (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.

Cuarto: disponer la inaplicación de las medidas señaladas en el resuelve precedente al caso concreto de Cosapi Minería S.A.C., de conformidad con lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1256.

Quinto: disponer la inaplicación, con efectos generales, de las medidas declaradas ilegales señaladas en el Resuelve Tercero, en favor de todos los agentes económicos y/o ciudadanos en general que se vean afectados por su imposición, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1256. Este mandato de inaplicación surtirá efectos a partir del día siguiente de publicado el extracto de la presente resolución en la Separata de Normas Legales del diario oficial El Peruano a que se refiere el resuelve precedente.

Sexto: disponer la publicación de un extracto de la presente resolución en la Separata de Normas Legales del diario oficial El Peruano y de su texto completo en el portal informativo sobre eliminación de barreras burocráticas, luego de que haya quedado consentida o sea confirmada por la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal del Indecopi. La remisión del extracto mencionado a la Gerencia Legal del Indecopi, para su publicación en el diario indicado, incluirá una copia del presente pronunciamiento y se realizará dentro del plazo señalado en la Directiva N° 002-2017/DIR-COD-INDECOPI.

Séptimo: informar que el incumplimiento de los mandatos de inaplicación, dispuestos en la presente resolución podrán ser sancionados con una multa de hasta veinte (20) Unidades

Impositivas Tributarias (UIT), de conformidad con el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 1256.

Octavo: ordenar como medida correctiva que, de conformidad con el numeral 2) del artículo 43 y el numeral 2) del artículo 44 del Decreto Legislativo N° 1256, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo informe a los administrados acerca de las barreras burocráticas declaradas ilegales en el presente procedimiento, en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de notificada la resolución que declara consentida o confirmada la presente resolución.

Noveno: informar que el incumplimiento de la medida correctiva dispuesta en la presente resolución podrá ser sancionado con una multa de hasta veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), de conformidad con el artículo 36 del Decreto Legislativo N° 1256.

Décimo: informar que, de acuerdo con el artículo 42 del Decreto Legislativo N° 1256, el procurador público o abogado defensor del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, tiene la obligación de remitir una copia de la presente resolución, luego de que haya quedado consentida, al titular de la entidad y a la Secretaría General, o quien haga sus veces, para conocimiento de sus funcionarios y/o servidores públicos.

Décimo Primero: disponer que de conformidad con el numeral 1) del artículo 50° del Decreto Legislativo N° 1256, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo informe en un plazo no mayor a un (1) mes las medidas adoptadas respecto de lo resuelto en la presente resolución de conformidad a lo establecido en la Directiva N° 001-2017/DIR/COD-INDECOPI, aprobada mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 018-2017-INDECOPI/COD.

Décimo Segundo: ordenar al Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo que cumpla con reembolsar las costas y costos del presente procedimiento en favor de Cosapi Minería S.A.C.

Con la intervención y aprobación de los señores miembros de la Comisión: Luis Ricardo Quesada Oré, Vladimir Martín Solís Salazar y Lucio Sánchez Povis.

LUIS RICARDO QUESADA ORÉ
PRESIDENTE