

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

COMISIÓN DE ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA

PERIODO ANUAL DE SESIONES 2021-2022

Señora Presidenta:

Ha sido remitido para dictamen de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera el siguiente proyecto de Ley:

Proyecto de Ley 1726/2021-CR, presentado por el Grupo Parlamentario Avanza País, por iniciativa de la congresista Norma Yarrow Lumbreras “*Ley que complementa las normas de tercerización laboral aprobadas en la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038*”.

Luego de la exposición y debate en la Décima Sesión Extraordinaria Descentralizada de fecha 30 de mayo de 2022 se aprobó por mayoría/unanimidad el dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que complementa las normas de tercerización laboral aprobadas en la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038”.

I. SITUACION PROCESAL DE LA PROPUESTA

El Proyecto de Ley 1726/2021-CR ingresó al Área de Trámite y Digitalización de Documentos 12 de abril de 2022. El 26 de abril de 2022 fue decretado a la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera como primera comisión dictaminadora, y a la Comisión de Trabajo y Seguridad Social como segunda comisión dictaminadora.

II. CONTENIDO DE LA PROPUESTA

El Proyecto de Ley 1726/2021-CR, tiene por objeto derogar el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización.

III. MARCO NORMATIVO

- 3.1 Constitución Política del Perú.
- 3.2 Ley que regula los servicios de tercerización, Ley 29245.
- 3.3 Decreto Legislativo 1038, que precisa los alcances de la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.
- 3.4 Decreto Supremo 001-2022-TR, que modifica el Decreto Supremo 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización.

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

- 3.5 Decreto Supremo 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización.

IV. OPINIONES SOLICITADAS

4.1 Presidencia del Consejo de Ministros – PCM

Mediante Oficio 1863-2021-PCM, remitido con fecha 13 de mayo de 2022, se solicitó la opinión de la Presidencia del Consejo de Ministros respecto al Proyecto de Ley 1726/2021-CR.

4.2 Ministerio de Economía y Finanzas – MEF

Mediante Oficio 1861-2021-MEF, remitido con fecha 13 de mayo de 2022, se solicitó la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas respecto al Proyecto de Ley 1726/2021-CR.

4.3 Banco Central de Reserva del Perú – BCRP

Mediante Oficio 1860-2021-BCRP, remitido con fecha 13 de mayo de 2022, se solicitó la opinión del Banco Central de Reserva del Perú respecto al Proyecto de Ley 1726/2021-CR.

4.4 Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo – MTPE

Mediante Oficio 1861-2021-MTPE, remitido con fecha 13 de mayo de 2022, se solicitó la opinión del Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo, respecto al Proyecto de Ley 1726/2021-CR.

V. OPINIONES RECIBIDAS

5.1 Asociación Peruana de Operadores Portuarios – ASPPOR

Mediante Carta S/N-2022-ASPPOR, la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, remite la opinión correspondiente al Proyecto de Ley 1726/2021-CR. En ésta concluye que:

El Proyecto de Ley 1726/2021-CR permite corregir las consecuencias adversas creadas por el Decreto Supremo No 001-2022-TR, los cuales deben ser revertidos de manera urgente para impedir la pérdida de puestos de trabajo formal, el aumento de la informalidad laboral y la pérdida de eficiencia y productividad de las empresas.

El contenido del Proyecto de Ley No 1726/2021-CR presenta medios adecuados y eficientes para corregir los casos de desnaturalización de contratos de tercerización reforzando el rol fiscalizador y supervisor del Estado, lo cual permite su rápido reconocimiento, desincentivando así la

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

desnaturalización de ese tipo de contratos y el respeto de los derechos laborales de los trabajadores.

Establece requisitos mínimos para las empresas especiales de servicios, esto ayuda a garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales de las empresas, protegiendo así los derechos laborales de los trabajadores que son tercerizados.

Otorga responsabilidades a las empresas contratantes, cuyo cumplimiento no implica que esta tenga que asumir costos exorbitantes, convirtiendo a los actores privados en parte de una solución integral y eficiente.

VI. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA

6.1 DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA PROPUESTA

El 23 de febrero de 2022, se promulgó el Decreto Supremo 001-2022-TR, que plantea una serie de ajustes al Reglamento de la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización. Entre los ajustes que se plantean se tiene:

- Prohibición de contratar por tercerización las actividades vinculadas al ‘núcleo del negocio’ o las actividades generadoras de valor para la empresa, o las actividades que generen mayores ingresos para la empresa, generando criterios poco claros y confusos, ya que aborda distintos aspectos que pueden superponerse, por ejemplo:
 - El objeto social de la empresa.
 - Lo que identifica a la empresa frente a sus clientes
 - El elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades.
 - La actividad con la que la empresa genera valor para sus clientes.
 - La actividad que suele generar mayor valor para la empresa

Pasando por alto que existen actividades en que la empresa puede estar sujeta a estacionalidad, o requerimientos específicos, como es el caso de la construcción de obras civiles, en que los ingresos no están asegurados, o en que las ventas están sujetas a estacionalidad.

En principio se entiende que se ha tenido la intención de aplicar criterios técnicos sobre la idoneidad de la tercerización, pero se están aplicando criterios que para la misma empresa son difíciles de identificar y que, además de ser contradictorios unos con otros, generarán más problemas para la supervisión de su cumplimiento.

- La desnaturalización de la tercerización, que se refiere al desplazamiento para la realización de las actividades núcleo del negocio, a la subordinación a la empresa principal y no a la empresa tercerizadora, entre otros, la Ley, advierte que esta desnaturalización tendrá como consecuencia que la empresa que contrata la tercerización, termina siendo en la práctica la empleadora.
- Se establece además un plazo de adecuación a la norma de 180 (ciento ochenta) días.

**Dictamen recaído en el Proyecto de Ley
1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica
los criterios de fiscalización de la tercerización del
laboral”.**

Existe, por tanto, una gran ambigüedad para definir el “núcleo del negocio”, puesto que las características mencionadas pueden diferir entre sí. En la práctica, el objeto social, la actividad generadora de valor para el cliente y la actividad que genere mayores ingresos para la empresa, por ejemplo, podrían no ser la misma. Esta ambigüedad en la definición de un criterio tan delicado, puede dar lugar a interpretaciones distintas de la Ley por parte de las empresas que requieren la tercerización y los fiscalizadores, llevando a una aplicación incorrecta de la Ley.

Privar de libertades para la contratación de la tercerización, puede llevar al incremento del riesgo de las empresas, así lo indica el libro Finanzas Corporativas¹ (Ross, 2012), al referirse al Apalancamiento Operativo, un importante componente en la definición del riesgo de la empresa

Apalancamiento de operación

(...) los costos fijos no varían a medida que cambia la cantidad. En oposición, los costos variables aumentan a medida que se incrementa la cantidad de producción. Con frecuencia las empresas deben establecer un equilibrio entre los costos fijos y los costos variables. Por ejemplo, una empresa que decide construir una fábrica incurre en alto nivel de costos fijos en el proceso. Por otra parte, la empresa puede subcontratar la producción a un proveedor, lo que de ordinario genera menos costos fijos, pero costos variables más altos. Los costos fijos tienden a aumentar el efecto de la naturaleza cíclica de las ventas. Asimismo, tienen que pagarse, incluso cuando el nivel de ventas esté bajo, lo que expone a la empresa al riesgo de sufrir pérdidas cuantiosas. Y cuando los costos fijos sustituyen a los costos variables, toda venta adicional genera costos marginales bajos, lo que produce un aumento considerable de las utilidades de la empresa.

Por lo general se dice que las empresas que tienen costos fijos elevados y costos variables bajos tienen un nivel alto de apalancamiento de operación. Por el contrario, las empresas que tienen costos fijos bajos y costos variables altos tienen poco apalancamiento de operación. El apalancamiento de operación intensifica el efecto de la naturaleza cíclica de los ingresos de la empresa sobre beta. Es decir, una empresa que tiene un determinado ciclo de ventas aumentará su beta si los costos fijos sustituyen a los costos variables en el proceso de producción

En la medida en que la empresa incurra en menos costos fijos, menor será el riesgo de que la empresa quiebre, claro que este criterio no debe ser el único al que se someta el

¹ https://www.economicas.unsa.edu.ar/afinan/informacion_general/book/libro-finanzasross.pdf
(pg.435/1025)

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

criterio de la elección para tercerizar, ya que solo bajo ese criterio, lo ideal sería tercerizar a todo el personal de la empresa.

En la publicación ‘Análisis del Outsourcing como estrategia de gestión empresarial’² (Argües, 2015), se definen Tipos de Outsourcing:

Tipos de Outsourcing		
Localización	On-site	
	Off-site	On-shore
		Near-shore
		Off-shore
Trabajo a externalizar	Proceso	BPO
		KPO
		LPO
Actividad	Proyecto	
	Manufactura	
Relación	Servicios	
	Soporte	
	Confiabilidad	
	Alineación	
	Alianza	

Y además de los mostrados, tomados del modelo de Ovalle Castebianco y Forero Páez (2012), se citan a continuación otros criterios para recurrir a la tercerización de personal:

La característica de localización se refiere al lugar físico donde se lleva a cabo la actividad. En esta agrupación se puede diferenciar entre: On-site, si la actividad se realiza dentro de la empresa que contrata el servicio (también se conoce como Inhouse); y Off-site, si por el contrario se realiza en las instalaciones del proveedor (Power, 2006).

Además según los distintos autores (Ovalle Castiblanco y Forero Páez, 2012; Power, 2006), en este último grupo también existen diferenciaciones según la proximidad del lugar de realización de la actividad: On-shore, si la empresa solicitante y la proveedora de servicios se encuentran dentro de las fronteras del mismo país; Near-shore, en el caso de que se el suministrador del servicio se encuentre en un país

²

https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16387/AnguesRodriguez_Paula_TFG_2015.pdf?sequence=2

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

vecino; y Off-shore, también conocido como deslocalización, si está ubicado en otro país donde la legislación laboral sea más flexible y permita reducir costes.

En el caso del trabajo a externalizar, debe distinguirse entre qué se somete a outsourcing, pudiendo ser simplemente la externalización de un proceso o de un proyecto completo (Power, 2006).

A su vez, en el mundo de los negocios, si se trata de la externalización de un proceso, éste se puede dividir entre diferentes tipos: Business Process Outsourcing (BPO) si se trata del traspaso a terceros de una actividad que se realizaba internamente; Knowledge Process Outsourcing (KPO) si dicha actividad es de alto nivel y requiere un alto grado de capacitación para su realización; y Legal Process Outsourcing (LPO) cuando la actividad externalizada es la de servicios jurídicos.(Conduce tu empresa S.A.C. (2013); www.ibermatica.com)

La actividad que se externaliza también juega un papel importante en la clasificación, pudiendo ser ésta una actividad de prestación de servicios o de producción y fabricación (manufactura) (Ovalle Castiblanco y Forero Páez, 2012).

La relación entre ambas partes según la tarea externalizada es otro punto a tener en cuenta en la clasificación, tal y como afirma Power (2006). Ésta será de soporte cuando dichas actividades no sean estratégicas y puedan ser fácilmente externalizables; si se da el caso anterior pero con un plazo más duradero será de confiabilidad; la relación de alineación se da en actividades de alto impacto para la empresa pero en las que la implicación del proveedor es limitada; y alianza en aquellas actividades de alto impacto y un elevado compromiso de ambas partes.

Por otro lado, Braun y Winter (2005) en su estudio sobre la clasificación del outsourcing y después de hacer una revisión exhaustiva de la literatura relativa al tema, diferencian cuatro dimensiones fundamentales de externalización según:

- *Componentes externalizados: qué tipos de componentes del negocio se subcontratan a proveedores de servicios externos.*
- *Actividades externalizadas: qué actividades se transfieren al proveedor.*
- *Individualización del servicio: el proveedor de servicios puede personalizar sus servicios para satisfacer las*

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

necesidades de un cliente específico o proporcionar servicios estandarizados para diversos clientes. Existe una distinción entre una solución personalizada (enfoque one-to-one) y una solución estándar (enfoque one-to-many).

- *Grado de independencia: lo cual permite una diferenciación entre la creación de una filial o empresa conjunta y la subcontratación a un proveedor externo.*

Con esto se deja evidencia que existen clasificaciones más allá de las contempladas en los criterios contenidos en el ‘núcleo del negocio’ que dicta el Decreto Supremo 001-2022-TR. La elección de los criterios para decidir tercerizar parte de los procesos, debe estar sujeta a la discrecionalidad del empresario. Éste tomará en cuenta las ventajas y desventajas que trae consigo la tercerización, como se indica en el siguiente cuadro

Outsourcing	
Ventajas	Desventajas
Transformación de la estructura de costes	Pérdida de control
Reducción de costes	Posibles incrementos de costes
Rapidez ante cambios	Variación de calidad percibida por el cliente final
Aumento de la flexibilidad organizativa	Costes en el proceso de contratación
Especialización de los recursos	Reducción de plantilla
Generación de ventajas competitivas	
Incremento de rendimientos	
Servicio al cliente mejorado	
Encauzamiento de actividades fuera de control	
Ampliación de posibilidades en la contratación	

Fuente: Análisis del Outsourcing como estrategia de gestión empresarial³

Como se puede ver, la decisión de optar o no por la tercerización de personal pasa por la evaluación de las ventajas y desventajas de acuerdo a las necesidades de la empresa.

Entre las mencionadas, hay que tener en cuenta que una buena parte de los empleos generados en el Perú provienen de las Micro y Pequeñas Empresas, por ello las ventajas de: rapidez ante los cambios, reducción de costes e incremento de los rendimientos son cruciales para las miles de empresas que están sujetas a cambios estacionales. No solo porque enfrentan periodos de ventas nulas, sino porque también enfrentan periodos de picos extraordinarios de ventas, como ocurre en el caso de pequeñas empresas comerciales que incrementan significativamente sus ingresos en las cuatro grandes

³

https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16387/AnguesRodriguez_Paula_TFG_2015.pdf?sequence=2 (Pg. 16/70)

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

campañas comerciales del año. Se estima que el costo de implementar una medida de este tipo podría ser de más de 240 mil empleos, así lo señala la exposición de motivos del proyecto de Ley:

Tal como lo ha señalado la Asociación de Pymes del Perú, un aproximado de 240,000 tercerizados podrían perder su empleo, al prohibirse que se utilicen dichos servicios en actividades consideradas como núcleo de la Empresa, ya que las PYMES 'ubican' o buscan nichos de mercado y buscan suplir esa necesidad.

De acuerdo con la exposición de motivos, se tuvo opinión del Banco Central de Reserva del Perú, remitida al despacho de la Congresista Norma Yarrow, mediante Oficio 0067-2022-BCRP del 28 de marzo de 2022, el mismo que señala lo siguiente:

Un caso ilustrativo es el desarrollo de la manufactura en los países de extremo oriente, en donde cada componente de un mismo producto (celulares, por ejemplo) se elabora en diferentes empresas y países. Esta mayor eficiencia permite a los países elevar sus ingresos per-cápita con mayores sueldos para sus trabajadores.

Mortimore et al (1997) destacan el notable grado de competitividad internacional logrado por los países asiáticos al incorporar y difundir el progreso técnico en todo su aparato productivo, en particular, la especialización de modernas actividades manufactureras con un sofisticado grado de tecnología.

De otro lado, Closset y Leiva (2021) refieren que la especialización productiva es uno de los factores que explica las brechas de productividades entre firmas o entre territorios. Por su parte, Mattoo y Wunsch (2004) señalan que la subcontratación de operaciones en industrias en Estados Unidos les ha permitido incrementos importantes en productividad en un rango de 15% a 25%. Asimismo, Acemoglu, et al (2002) estudia el efecto positivo de la tercerización en la innovación. Al respecto Bakhtiari y Breunig (2013) encuentran que, en Australia, entre las firmas que innovan aquellas que tercerizan incrementan la probabilidad de una futura innovación de 5%

Una norma como la planteada, inhibiría el progreso en nuestro país, porque pretende limitar a las empresas a un tipo restringido de posibilidad de organización de su producción.

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

Algunos estudios muestran que la experiencia reciente en la región, indica que las restricciones a la tercerización laboral tienen efectos negativos sobre el empleo. En Ecuador, el Mandato Constituyente 8 del 2008 y la Constitución vigente prohibieron la tercerización e intermediación laboral en las actividades propias y habituales de la promulgación de dicho Mandato, había más un millón de trabajadores en dicha condición, pero solo el 20% fue contratado luego de la medida, perdiéndose así puestos de trabajo formales. En Bolivia, en 2010, se prohibió toda forma de subcontratación y tercerización laboral en tareas propias y permanentes del giro del negocio. En el sector minero, la imposibilidad de contar con proveedores especializados fue reemplazada por la proliferación de cooperativas de trabajadores independientes que ofrecen salarios inferiores a los de sus pares asalariados, con menores condiciones de seguridad. En México se formó el marco para la subcontratación en 2021 y se restringió la tercerización solo para la contratación de servicios especializados que no formen parte de las actividades principales de la empresa. Según el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), de los 5 millones de trabajadores contratados por terceros antes de la reforma, solo 2.7 millones fueron incorporados en las planillas de las empresas clientes a setiembre de 2021, es decir, casi la mitad no fue contratada.

(...)

Finalmente, un mecanismo importante para mejorar la situación laboral es la promoción de la capacitación, pues ello permite elevar la productividad del trabajo, aprovechando mejor la expectativa y los conocimientos especializados, incidiendo también en una mejor calidad de los productos.

En conclusión:

- La definición de ‘núcleo del negocio’ planteada en el Decreto Supremo 001-2022-TR, crea criterios ambiguos para la aplicación de la tercerización generando, además, mayores costos para una adecuada fiscalización.
- La definición de la ‘desnaturalización de la tercerización’ establece criterios que restringirían la libre contratación, los niveles de subordinación deberían estar restringidos a lo que el contrato plantee y haría más rígido el libre intercambio entre la oferta y la demanda de factores.
- La decisión de tercerizar la contratación de personal, obedece a necesidades que no están contempladas en las restricciones que plantea el Decreto Supremo 001-

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

2022-TR, generando restricciones que restan eficiencia a la tercerización y llevando a que ésta se dé de manera informal.

- El empleo demandado por las micro y pequeñas empresas se vería afectado, ya que muchas de ellas tienen ventas inestables y todos los años deben atender picos extraordinarios de ventas. Se estima que la pérdida de empleos por la implementación del Decreto Supremo 001-2022-TR estaría generando la pérdida de más de 240 mil empleos.
- De acuerdo con los expertos, la tercerización permite la flexibilidad necesaria para la innovación, dejando que las empresas que se encuentran en etapa de maduración puedan identificar eficientemente los nichos a los cuales dedicarse.
- La creación de nuevos mecanismos para que los proveedores se especialicen, ha permitido en oriente, que las familias fabriquen componentes de celulares, permitiendo que mejoren los ingresos per-cápita gracias a la tercerización.
- Experiencias similares al Decreto Supremo 001-2022-TR, en Ecuador han reducido el empleo generado por la tercerización de un millón de empleos, a solo el 20%. En Bolivia, la restricción de las mineras para contratar a proveedores especializados, ha llevado a que se creen cooperativas de exempleados que ofrecen los mismos servicios con condiciones de seguridad deficientes. En México, pasaron de 5 millones de empleos a 2.7 millones, después de la implementación de medidas similares.

6.2 DEL ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROPUESTA

La legislación laboral establece la figura de la tercerización en la Ley N°29245, publicada el 24 de junio del 2009, el Decreto Legislativo N°1038 publicado el 25 de junio del 2008 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N°006-2008-TR publicado el 11 de noviembre del 2008, siendo modificado por Decreto Supremo N°001-2022-TR, publicado el 23 de febrero del 2022.

En el Perú, la tercerización resulta ser una herramienta de gestión de las empresas, por medio de cual la empresa principal encarga el desarrollo de una parte de su proceso productivo o, la realización de actividades especializadas a otra empresa, para que esta lo desarrolle de manera integral, asumiendo riesgo del desarrollo del encargo, utilizando recursos propios y considerando el supuesto que los trabajadores están bajo su exclusiva subordinación, pudiendo la prestadora ejecutar el servicio fuera de las instalaciones de la empresa principal (outsourcing) o en las dentro de las instalaciones (insourcing). Ante el escenario de la tercerización, es preciso indicar que el ejercicio del derecho de la libertad de contratación, responde directamente a la naturaleza de las actividades económicas, nivel de especialización y otros factores que configuran a la tercerización de servicios como el mecanismo más productivo, eficiente y seguro para el desarrollo de las actividades nucleares de la empresa principal. Se ha determinado, además que la tercerización ha presentado un desarrollo bastante importante como producto de fenómenos internacionales que dependen de la transformación de los sistemas productivos, aportando ventajas como mejoras en servicio al cliente, eficiencia y especialización en la realización de actividades, entre otras.

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

El Decreto Supremo N°001-2022-TR modifica diversos artículos del Reglamento de la Ley N° 29245 y el D. Leg. N° 1038, pues incorpora en las definiciones la de “núcleo del negocio” y define los lineamientos que se deben tener en cuenta para identificar lo que se debe entender por “núcleo del negocio”. Por otro lado, al precisar el ámbito de aplicación de la Ley, establece nuevos supuestos de desnaturalización que, al igual que los ya regulados, de configurarse, podría conllevar a que los trabajadores de la empresa tercerizadora se conviertan en trabajadores de la empresa principal.

Asimismo, el Decreto Supremo establece un plazo de adecuación a fin de que los contratos de tercerización vigentes a la fecha de su emisión que se sujeten a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 29245, se modifiquen dentro de los alcances del decreto supremo en un plazo no mayor de 180 días calendario contados a partir de su publicación. Bajo este supuesto, en dicho plazo las empresas tercerizadoras no podrán extinguir los contratos de trabajo con su personal desplazado para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio, por causas vinculadas a la adecuación que exige la norma.

¿Por qué se debe dejar sin efecto el Decreto Supremo 001-2022-TR?

Considerando estas modificaciones, podremos afirmar que las disposiciones del Decreto Supremo N° 001-2002-TR vulneran la constitución, en la medida que atentan directamente contra los siguientes derechos fundamentales: i) la libertad de contratación, recogido en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, el cual tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, ii) el derecho a la propiedad, recogido en los artículos 2 y 70 de la Constitución y iii) la libertad de empresa, recogido en el artículo 59 de la Constitución. Añadido a ello, se advierte que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR transgrede la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, al modificar el alcance de la tercerización de servicios con desplazamiento y establecer restricciones y prohibiciones no contempladas en esta.

¿Qué es lo que dice el Tribunal Constitucional al respecto?

En cuando la derecho a la libertad de contratación, el Tribunal Constitucional ha establecido que este derecho tiene un doble sentido:

“<<a. Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b. Libertad contractual –que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la constitución (cfr. STC 01405-2010-PA/TC, fundamento 12)–, también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato>>[SSTC 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados), fundamento 52; STC 2185-2002-AA/TC, fundamento 2].” En cuanto al contenido mínimo del derecho a la libre contratación ha señalado que éste está compuesto por las garantías de: i) “Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante” y ii) “Autodeterminación para elegir, de común acuerdo [entiéndase: por común consentimiento] la materia objeto de la relación contractual (...)”

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

En otras palabras, el Tribunal Constitucional concibe a este derecho como:

“<< (...) el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades – debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público>> (STC7339-2006-PA/TC, fundamento 47).” En efecto, para el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, la libertad de contratación comprende el derecho de los individuos de decidir de forma voluntaria las condiciones de la contratación (cómo, cuándo y con quién contratar).

Conforme puede apreciarse, lo regulado en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR sobre que la tercerización de servicios no verse sobre actividades nucleares de la empresa principal vulnera el derecho constitucional que tienen las empresas de elegir contratar temporalmente a las empresas contratistas para la prestación de un servicio concreto, así como el derecho que tienen éstas de definir o determinar las actividades que serán objeto de la relación contractual que mantienen con las empresas contratistas, en virtud de la celebración del contrato de tercerización de servicios. La prohibición de tercerizar actividades atentas directamente contra la libertad de empresa, consagrado en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú en la medida en que limita la capacidad que tienen las empresas de organizarse y definir desde el punto de vista estratégico, cuál es la mejor forma de llevar adelante su negocio. Sobre este tema también el Tribunal Constitucional ha sentado una posición y en su pronunciamiento en la sentencia recaída en el expediente N° 3330-2004-AA, estableciendo lo siguiente:

“13. Contenido de la libertad de empresa

Ahora bien, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

- *En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, (...)*
- *En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).*
- *En tercer lugar, está la libertad de competencia.*
- *En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno”.*

En síntesis, en la medida que el artículo 59 de la Constitución define el contenido del derecho a la libertad de empresa, se garantiza la libertad de decisión, no sólo en la

**Dictamen recaído en el Proyecto de Ley
1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica
los criterios de fiscalización de la tercerización del
laboral”.**

creación de empresas y en su actuación en el mercado, sino también se garantiza que se respeten los objetivos trazados por la misma, así como se le deja la libertad de dirigir y planificar su actividad en atención a los recursos con que cuenta y con las condiciones que ofrece el mercado al que se dirige. Este derecho entonces, al incluir la decisión y el derecho de optar por subcontratar a terceros para prestar servicios principales o nucleares, y de las empresas tercerizadoras de ofrecer estos servicios, es la respuesta a la conveniencia que encuentra la empresa para alcanzar los objetivos que se ha fijado no sólo la empresa principal, sino también la empresa tercerizadora. Debe tomarse en cuenta que las empresas compiten con otras en el mercado, así que las estrategias y decisiones que tomen en base a ellas, tiene como objetivo participar en un proceso competitivo que está garantizado por la propia Constitución.

Atendiendo a lo expuesto, la decisión de tercerizar una actividad nuclear, y de las empresas tercerizadoras de ofrecer estos servicios, se enmarca en el derecho a la libertad de empresa, ya que: “debe entenderse a la tercerización como una forma de organización empresarial por la que una empresa denominada principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas denominadas tercerizadoras, para que estas lleven a cabo un servicio u obras vinculadas o integradas a aquella” .

Por tanto, resulta evidente que la prohibición de tercerizar actividades nucleares de la empresa principal supone una grave transgresión constitucional, la cual no solo afecta a las empresas principales como organizadoras de su propia actividad empresarial, sino que también afecta a las empresas contratistas, las cuales han diseñado un modelo de negocio y se han constituido en el mercado con la finalidad de proveer de servicios a las empresas principales, las cuales son sus clientes. La norma también repercute grave y desproporcionadamente en el derecho de propiedad de la empresa usuaria, ya que instaura un deber de pago de remuneraciones y obligaciones laborales a favor de los nuevos trabajadores, que el empleador se vería obligado a incorporar a sus planillas. Por otro lado, además de inconstitucional no es técnica y, de seguir vigente, generará la pérdida de puestos de trabajo en un momento en el que por la coyuntura se busca reactivar el empleo formal luego de las consecuencias generadas por la pandemia en distintos sectores económicos.

Por otro lado, el modelo económico de economía social de mercado reconocido por nuestra Constitución no resiste la prohibición que propone la norma en cuestión, pues no existen modelos de negocio considerados como excluyentes al régimen económico constitucionalmente reconocido; de lo contrario, ello hubiera sido considerado por el Constituyente como excluyente en una economía social de mercado.

Sin duda el Decreto Supremo N°001-2022-TR no toma en consideración los diversos pronunciamientos que se han emitido tanto a nivel judicial como constitucional sobre la materia. En efecto, existen varias sentencias emitidas por la Corte Suprema de la República que definen a las “actividades principales” de una forma opuesta a como se ha pretendido regular. El modelo de tercerización de la Ley N°29245 además, ha sido validado por el Tribunal Constitucional, señalando que no es relevante si el sistema permite o no la tercerización de actividades principales, sino que la constitucionalidad viene dada por el respeto de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, los cuales son reconocidos expresamente por la Ley.

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

Asimismo, uno de los fundamentos del Decreto Supremo N° 001-2022-TR señala que el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo; en ese sentido, se dispone que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador; no obstante, el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado respecto de la tercerización laboral, a través del Expediente N° 0013-2014-PI/TC, en el que declaró infundado que esta modalidad de contratación vulnera la dignidad de los trabajadores, argumentando que la empresa tercerizadora se encarga de una parte del proceso productivo de la empresa principal, para lo cual asume por cuenta propia la responsabilidad y el riesgo de la actividad delegada, así como se encarga de garantizar que los derechos laborales de los trabajadores sean protegidos.

Este Decreto Supremo resulta entonces inconstitucional pues como se ha señalado ampliamente transgrede el artículo 59° de la Constitución Política, que garantiza la libertad de empresa, al restringir drásticamente la posibilidad de aquellas empresas que prestan servicios integrales con desplazamiento. Asimismo, este Decreto Supremo es ilegal pues, al prohibir la tercerización de las denominadas “actividades nucleares”, contraviene el artículo 3° de la Ley N° 29245, que expresamente permite que las empresas puedan tercerizar una parte integral de su proceso productivo, que incluye, evidentemente, todas las actividades principales. No debemos olvidar, además, que el propio Tribunal Constitucional reconoció que la Ley N° 29245 sí permite la tercerización de actividades principales (sin distinción alguna) y que dicha disposición es constitucional.

Siguiendo esta línea argumentativa, identificamos que los mecanismos con los que cuenta la Comisión para corregir esta vulneración son los siguientes: i) que se derogue la prohibición de tercerizar las denominadas “actividades nucleares”, ii) que se inaplique mediante control difuso o que iii) se declare su inconstitucionalidad. Siendo que nos encontramos dentro del marco normativo del Poder Legislativo lo que corresponde es dejar sin efectos el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, pues, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Manual de Técnica Legislativa Aprobado por Acuerdo de Mesa Directiva 106-2020-2021/MESA-CR, que dispone en su parte VII LEY MODIFICATORIA, letra c) Características generales de la ley modificatoria:

(...)

8) Los decretos supremos no se derogan, se dejan sin efecto.

(...)

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

VII. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

Se analiza la ineficiencia generada por la implementación del Decreto Supremo 001-2022-TR, demostrada ésta, se justifica que la derogación del Decreto Supremo 001-2022-TR, plantea un análisis costo beneficio favorable.

Costos generados por el Decreto Supremo 001-2022-TR.

- Para los empleados: Pérdida de más de 100 mil empleos, puesto que las pequeñas no están en la capacidad de ofrecer empleo con todos los beneficios, la tercerización les permite llevar a cabo sus funciones de forma más eficiente.

De acuerdo a COMEX⁴, más de 100 mil empleos estarían en riesgo de perderse porque son los que se generan por la tercerización, el mismo artículo indica que:

El número de trabajadores tercerizados en el sector formal privado en junio de 2021 cayó con respecto a 2019. En los sectores donde se registra un mayor uso de esta modalidad, como las actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler, la cantidad de empleos se redujo un 11.7%. Similarmente, en el sector transporte, almacenamiento y comunicaciones disminuyó un 11.3% durante el mismo periodo, seguido por la minería (-27.5%) y otras actividades de servicios comunitarios, sociales y personales (-46.1%). Si bien emplearon una menor cantidad de trabajadores tercerizados, en el comercio al por mayor y al por menor, y la reparación de vehículos automotores también se registró una contracción del 8.8%, al igual que en la manufactura (-18.5%) y la agricultura, ganadería, caza y silvicultura (-9.8%).

⁴ <https://www.comexperu.org.pe/articulo/mas-de-100000-empleos-en-riesgo-como-impactaran-los-cambios-a-la-tercerizacion-laboral>

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

Distribución de los trabajadores tercerizados en el sector formal privado en junio, según sectores económicos						
Sectores	2019	2020	2021	Participación 2021	Var. % (respecto a 2019)	Var. % (respecto a 2020)
Actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler	80,248	51,412	70,819	62.1%	-11.7%	37.7%
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	14,526	11,287	12,890	11.3%	-11.3%	14.2%
Minería	12,498	6,213	9,061	7.9%	-27.5%	45.8%
Otras actividades de servicios comunitarios, sociales y personales	11,835	5,005	6,375	5.6%	-46.1%	27.4%
Comercio al por mayor y al por menor, reparación de vehículos automotores	5,128	3,800	4,676	4.1%	-8.8%	23.1%
Manufactura	3,807	1,998	3,103	2.7%	-18.5%	55.3%
Construcción	2,259	1,664	2,532	2.2%	12.1%	52.2%
Servicios sociales y de salud	1,448	1,446	1,564	1.4%	8%	8.2%
Suministro de electricidad, gas y agua	776	907	952	0.8%	22.7%	5%
Agricultura, ganadería, caza y silvicultura	965	785	870	0.8%	-9.8%	10.8%
Pesca	253	66	727	0.6%	187.4%	1001.5%
Hoteles y restaurantes	91	155	273	0.2%	200%	76.1%
Otros	29	29	218	0.2%	651.7%	651.7%
Total	133,863	84,767	114,060	100%	-14.8%	34.6%

Nota: Otros considera a los sectores de intermediación financiera, enseñanza y a los no determinados.
Fuente: MYPE. Elaboración ConesPerú.

- **Para las empresas:** Restricciones para las empresas pequeñas para determinar la tercerización de mano de obra en la medida de sus necesidades, esto afectará además a los procesos de adaptación por el que han pasado diversas empresas en tiempos de pandemia.
- **Para el Estado:** Criterios pocos claros para la fiscalización de la tercerización, llevando al cierre injusto de empresas, sobre todo de las micro y pequeñas empresas.
- **Experiencias similares en otros países:** Experiencias similares al Decreto Supremo 001-2022-TR, en Ecuador han reducido el empleo generado por la tercerización de un millón de empleos, a solo el 20%. En Bolivia, la restricción de las mineras para contratar a proveedores especializados, ha llevado a que se creen cooperativas de exempleados que ofrecen los mismos servicios con condiciones de seguridad deficientes. En México, pasaron de 5 millones de empleos a 2.7 millones, después de la implementación de medidas similares

Beneficios generados por el Decreto Supremo 001-2022-TR

- Se entiende la buena intención del Decreto Supremo al querer sincerar los criterios que deberían seguir las empresas para tercerizar la contratación de empleados, pero la implementación de ésta es imprecisa, ambigua y generará vicios en la fiscalización de la tercerización. Los criterios en los que se basa la definición del ‘núcleo del negocio’ muchas veces no pueden ser precisados ni por los dueños del negocio, esto por la falta de planificación estratégica, identificación de actividades

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

generadoras de valor. El Decreto Supremo 001-2022-TR, entorpece más aun los criterios de definición del ‘núcleo del negocio’ cuando incluye criterios como: generación de mayores ingresos, actividades complementarias, entre otras.

En conclusión, se puede decir que el Decreto Supremo 001-2022-TR, no genera beneficios, ya que no logra los objetivos que busca alcanzar.

Por otro lado, se hace necesario fortalecer los criterios de fiscalización de la tercerización para evitar prácticas abusivas por parte de las empresas que ofrecen el servicio de tercerización, los intermediarios. En ese sentido, el Proyecto de Ley establece en el artículo 2, incrementar las barreras a la entrada para tener una tercerización responsable.

El análisis costo beneficio del Proyecto de Ley 1726/2021-CR es favorable, puesto que deroga un Decreto Supremo que genera costos a los empleados, a las pequeñas empresas y al Estado mismo, y promueve que se eleven las barreras a la entrada para las empresas intermediarias de la tercerización, a fin de mejorar la fiscalización.

VIII. TEXTO SUSTITUTORIO

A partir del estudio y análisis realizados se plantea un texto sustitutorio que considera mejoras en la técnica legislativa, planteando el articulado en el sentido siguiente:

1. Artículo 1, plantea el cese de los efectos del Decreto Supremo 001-2022-TR

IX. CONCLUSIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recomienda de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 70° del Reglamento del Congreso de la República, la **APROBACIÓN** del proyecto de Ley 1726/2021-CR, con el siguiente Texto Sustitutorio:

LEY QUE MODIFICA LOS CRITERIOS DE FISCALIZACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN LABORAL

ARTÍCULO ÚNICO. Cese de los efectos jurídicos del Decreto Supremo 001 -2022-TR

Se deja sin efecto el Decreto Supremo 001-2022-TR, Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización.

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 1726/2021-CR, que propone la “Ley que modifica los criterios de fiscalización de la tercerización del laboral”.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA. Reglamento

Mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se dictan las normas reglamentarias y complementarias para la aplicación de la presente Ley, en un plazo máximo de noventa (90) días, contados a partir del día siguiente de la publicación de la presente Ley.

Salvo mejor parecer.
Dése cuenta.
Sala de la Comisión

Tacna, 30 de mayo de 2022