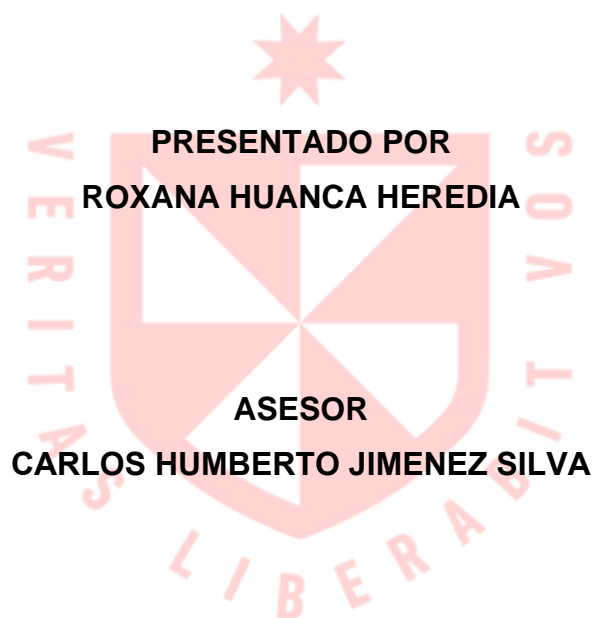




**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

**¿LAS EMPRESAS PUEDEN TERCERIZAR SU CORE
BUSINESS, ASÍ COMO ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS
Y/O ACTIVIDADES ESPECIALIZADAS U OBRAS NO
VINCULADAS A SUS ACTIVIDADES PRINCIPALES?, A
PROPÓSITO DEL DECRETO SUPREMO N° 001-2022-TR**



**PRESENTADO POR
ROXANA HUANCA HEREDIA**

**ASESOR
CARLOS HUMBERTO JIMENEZ SILVA**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN DERECHO
DE LOS NEGOCIOS**

**LIMA – PERÚ
2024**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



UNIDAD DE POSGRADO

¿LAS EMPRESAS PUEDEN TERCERIZAR SU *CORE BUSINESS*,
ASÍ COMO ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS Y/O ACTIVIDADES
ESPECIALIZADAS U OBRAS NO VINCULADAS A SUS
ACTIVIDADES PRINCIPALES?, A PROPÓSITO DEL DECRETO
SUPREMO N° 001-2022-TR

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN DERECHO
DE LOS NEGOCIOS

PRESENTADA POR:
ROXANA HUANCA HEREDIA

ASESOR:
MG. CARLOS HUMBERTO JIMENEZ SILVA

LIMA, PERÚ

2024

DEDICATORIA

La presente investigación se la dedico a mis padres Arturo y Herminia. A mi papá, quien en vida fue abogado, y me motivó con sus enseñanzas a seguir esta carrera. Y mi mamá, porque con su esfuerzo y dedicación, motiva cada día a sus dos hijos a que progresen y sean mejores personas y agradecidas con Dios.

ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA	ii
INDICE DE CONTENIDO.....	iii
INDICE DE TABLAS.....	vi
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT.....	viii
INTRODUCCIÓN	ix
CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	13
1.1 Justificación de la investigación.....	13
1.2 Antecedentes de la investigación	19
1.3 Delimitación	23
1.4 Planteamiento del problema.....	23
1.5 Hipótesis.....	24
1.6 Objetivos.....	24
1.7 Metodología de Investigación	24
CAPÍTULO II. MARCO CONCEPTUAL Y REGULATORIO.....	26
2.1 La libertad de empresa	26
2.2 La libertad de contratación	30
2.3 Supremacía de la Constitución y principio de jerarquía normativa	35
2.4 Los decretos supremos.....	39
2.5 La tercerización laboral	41
2.6 La tercerización laboral en el Perú y sus cuestionamientos	46
2.6.1 Antecedentes.....	46
2.6.2 Ley N° 29245.....	47
2.6.3 Reglamento a la Ley N° 29245.....	49
2.7 Elementos esenciales y características de la tercerización laboral	61
2.8 Supuestos de desnaturalización de la tercerización laboral y problemática en el Perú.....	63
2.9 La tercerización laboral en otros países.....	64
2.9.1 La tercerización laboral en Colombia.....	64

2.9.2 La tercerización laboral en Chile.....	65
2.9.3 La tercerización laboral en México.....	68
2.9.4 La tercerización laboral en España.....	69
2.10 La diferencia entre tercerización y la intermediación laboral.....	71
CAPÍTULO III: DESARROLLO DEL TEMA	74
3.1 Evaluación de la legalidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR	74
3.1.1 Evaluación de cumplimiento de parámetros formales.....	75
3.1.2 Evaluación de parámetros sustanciales.....	82
3.1.2.1 Supuestos de tercerización laboral	84
3.1.2.2 Supuestos de desnaturalización de la tercerización e implicancias	102
3.1.2.3 Adecuación a la modificatoria	106
3.2 Evaluación de la razonabilidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR en el marco de la reactivación económica ante la problemática de la COVID-19 ..	110
3.2.1. Sustento de la norma.....	110
3.2.2. Identificación de los obligados a su cumplimiento	116
3.2.3. Consecuencias del incumplimiento de la norma.....	116
3.2.4. Análisis del impacto y costo beneficio de la norma.....	118
3.2.4.1. Análisis del impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional.....	118
3.2.4.2. Análisis del costo beneficio de la norma	121
3.2.5. La vigencia y adecuación de la norma, en el contexto de reactivación económica producto de la Covid-19	140
3.2.6. Análisis de razonabilidad de la norma.....	143
3.2.7. Análisis de la Sentencia de Primera Instancia recaída en el Proceso de Acción Popular contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR	149
3.2.8. Análisis del pronunciamiento de INDECOPI que declara barreras burocráticas a algunas disposiciones del Decreto Supremo N° 001-2022- TR.....	154
CAPÍTULO IV: PROPUESTAS.....	162
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	168

BIBLIOGRAFÍA.....	176
-------------------	-----

ANEXOS

Anexo N° 1 : Proyecto de Ley.....	183
-----------------------------------	-----

Anexo N°2: Decreto Supremo N° 015-2022-TR, que modifica el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR.....	190
--	-----

INDICE DE TABLAS

Tabla N° 1 – Ventajas y desventajas de la Tercerización laboral.....	43
Tabla N° 2 – Principales diferencias entre intermediación laboral y tercerización.....	49
Tabla N° 3 – Modificaciones al Reglamento de la Ley N° 29245.....	52
Tabla N° 4 – Expedientes judiciales iniciados contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.....	57
Tabla N° 5 – Diferencias entre la intermediación y la tercerización laboral.....	72
Tabla N° 6 – Evaluación de cumplimiento de parámetros formales del D.S N° 001-2022-TR.....	76
Tabla N°07 - Cuadro Comparativo sobre Reglamentación de la Desnaturalización de la Tercerización, antes y después con el DS N° 001-2022-TR.....	102
Tabla N° 8 – Ordenes de Inspección por mes, según acciones I Semestre 2021.....	114
Tabla N° 9 – Ordenes de Inspección por mes, según acciones I Semestre 2022.....	114
Tabla N° 10 – Ordenes de Orientación por mes, según acciones I Semestre 2022.....	115
Tabla N° 11 – Ordenes de Orientación por mes, según acciones I Semestre 2022.....	115
Tabla N° 12 – Cálculo del monto de las sanciones.....	117
Tabla N° 13 – Perú: Empresas tercerizadoras en el sector formal privado, según actividad económica, enero 2023.....	127
Tabla N° 14 – Perú: Empresas tercerizadoras por mes, según actividad económica I Semestre – 2022.....	128
Tabla N° 15 – Perú: Trabajadores registrados en empresas tercerizadoras en el sector formal privado, según actividad económica, enero 2023.....	132
Tabla N° 16 – Perú: Trabajadores en empresas de intermediación laboral y tercerización en el sector privado por mes, según actividad económica I Semestre – 2022.....	133
Tabla N° 17 – Reporte de Seguimiento de Expediente en INDECOPI.....	158

RESUMEN

La presente investigación empleó la metodología cualitativa y consistió en una evaluación *ex post* del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que modifica el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, a través del cual se aprobó el Reglamento de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, cuyos alcances han sido precisados mediante Decreto Legislativo N° 1038; concluyéndose que no cumplió con los parámetros formales y sustanciales para su emisión, contraviniendo el espíritu de la Ley N° 29245, así como derechos fundamentales y principios constitucionales que reconoce el ordenamiento jurídico peruano, como el de jerarquía normativa, legalidad, la libertad de empresa, libertad de contratación, seguridad jurídica y participación ciudadana.

Asimismo, se determinó que puede ser objeto de tercerización laboral bajo el alcance de la Ley N° 29245, actividades especializadas u obras vinculadas a la actividad principal de la empresa principal, las cuales exigen un nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados. En ambos supuestos, pueden incluir el núcleo del negocio, o llamado también *core business* o actividades nucleares. Dichas actividades u obras deben necesariamente implicar el desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de las empresas principales.

Finalmente, del análisis de razonabilidad realizado, se ha concluido que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR constituye una medida no solo ilegal, sino carente de razonabilidad y por ende que la medida no resulta idónea, necesaria y proporcional al fin u objetivo que supuestamente justifica su existencia. A su vez, se ha podido concluir que la medida resulta costosa, ya que los costos y/o el impacto negativo de la misma son superiores a sus beneficios y/o su impacto positivo, no solo para los agentes económicos obligados a cumplirla, como son las empresas tercerizadoras y las empresas que contratan los servicios de tercerización, sino también para otros agentes afectados como son los trabajadores de ambas empresas, la sociedad y finalmente para el mercado; no contribuyendo de esta manera a la reactivación económica del país producto de la emergencia sanitaria por la Covid 19 que afectó a todo el mundo.

Palabras claves: Tercerizar, Legalidad, Razonabilidad, Idoneidad y Seguridad.

ABSTRACT

The present investigation used the qualitative methodology and consisted in an assessment ex post of the Supreme Decret N° 001-2022-TR, that modifies the Supreme Decret N° 006-2008-TR, through which was approved the Regulation of the Law N° 29245, Law regulating outsourcing services, which scopes has been specified through Legislative Decret N° 1038; concluding that not fulfilled with formal and substantial parameters for its issuance, contravening the spirit of the Law N° 29245, as well as fundamental rights and constitutional principles that recognizes Peruvian legal system, such as the normative hierarchy, legality, business freedom, contracting freedom, legal certainty and citizen participation.

Also, it was determined that can be object of outsourcing services under the reach of the Law N° 29245, specialized activities or works related to the main activity of the main company, which required a level of technical, scientific or particularly qualified knowledge. In both cases, it can be to include core business or nuclear activities. These activities or works must necessarily involve continuous displacement of outsourcing employees to the work centers or operations of the main companies.

Finally, of the reasonableness analysis performed, it has concluded that Supreme Decret N° 001-2022-TR constitutes a measure that is not only illegal, but also lacks reasonableness and, in consequence, the measure not results suitable, necessary and proportional to the end or objective that supposedly justifies its existence. At the same time, it has been concluded that measure results expensive, because its costs and/or its negative impact are greater than its profits and/or its positive impact, not only to economic agents obliged to comply with it, such as outsourcing companies and main companies, but also to other agents affected as employees of both companies, the society, finally market; not contributing in this way to the economic reactivation of the country as a result of the health emergency caused by Covid 19 that affected the whole world.

Key words: Outsource, legality, reasonableness, suitability and security.

NOMBRE DEL TRABAJO

¿LAS EMPRESAS PUEDEN TERCERIZAR
SU CORE BUSINESS, ASÍ COMO ACTIVIDADES
COMPLEMENTARIAS Y/O ACTIVIDADES

AUTOR

ROXANA HUANCA HEREDIA

RECUENTO DE PALABRAS

69567 Words

RECUENTO DE CARACTERES

378843 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

191 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

1.5MB

FECHA DE ENTREGA

May 8, 2024 5:36 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

May 8, 2024 5:42 PM GMT-5

● 2% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 1% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 1% Base de datos de trabajos entregados
- 1% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



 **USMP** Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES
Programa

Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

NOMBRE DEL TRABAJO

¿LAS EMPRESAS PUEDEN TERCERIZAR
SU CORE BUSINESS, ASÍ COMO ACTIVIDADES
COMPLEMENTARIAS Y/O ACTIVIDADES

AUTOR

ROXANA HUANCA HEREDIA

RECUENTO DE PALABRAS

69567 Words

RECUENTO DE CARACTERES

378843 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

191 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

1.5MB

FECHA DE ENTREGA

May 8, 2024 5:36 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

May 8, 2024 5:42 PM GMT-5

● 2% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 1% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 1% Base de datos de trabajos entregados
- 1% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



USMP Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES
Programa
Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

INTRODUCCION

Uno de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política del Perú de 1993 es la libertad de empresa, en virtud de la cual cualquier persona puede crear organizaciones empresariales y por ende acceder al mercado, bajo las formas asociativas permitidas por ley, estableciendo un determinado objeto social y organización empresarial, siendo que respecto a esta última, el Estado garantiza su libertad para contratar con terceros, como por ejemplo, la posibilidad que tienen las empresas para poder contratar la externalización de sus actividades, lo cual se conoce como tercerización laboral.

La tercerización laboral es un fenómeno de organización empresarial de gran impacto laboral que se fundamenta en los derechos de libertad de empresa y de contratación, y que surge ante las nuevas economías de escala y el incremento de la competencia en el mercado, haciendo que las empresas a fin de obtener mayores beneficios económicos con su negocio, decidan descentralizar parte de las actividades del mismo, recurriendo a encargar a terceros su realización, bajo su cuenta, riesgo y con trabajadores que estén bajo la exclusiva subordinación de estos últimos.

Esta figura jurídica fue incorporada por primera vez al ordenamiento jurídico peruano, a través del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, que establecen disposiciones para la aplicación de las Leyes N° 27626 y 27696, que regulan la actividad de las empresas especiales de servicio y de las cooperativas de trabajadores, que en su artículo 4, se indicó que aquella es uno de los supuestos que no constituyen intermediación laboral. Más tarde, en el año 2008, se aprueba la norma específica que la regularía, esto es, la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, cuyos alcances han sido precisados mediante Decreto Legislativo N° 1038.

De la revisión de dicha Ley, se verifica que no establece de manera expresa qué actividades pueden ser objeto de tercerización, esto es, si son actividades principales o no, e incluso actividades nucleares o *core business*, sino solo hace mención a que se tratan de “actividades especializadas u obras” (artículo 2), así como enumera casos de tercerización (artículo 3); no obstante, se observa que la lista no es taxativa.

Dicha omisión fue subsanada ese mismo año, a través del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprobó el Reglamento de Ley N° 29245, el cual delimitó expresamente el ámbito

de la figura de la tercerización laboral y señala que estaba contemplada para tercerizar actividades principales y con desplazamiento continuo de los trabajadores, descartándose aquellas vinculaciones que solo implicaban la sola provisión de bienes y servicios sin tercerización y las que se produzcan sin desplazamiento continuo. Asimismo, establece los elementos característicos de la tercerización, los supuestos desnaturalización y obligaciones y responsabilidad de las partes involucradas en dicha forma de contratación, a fin de garantizar los derechos de los trabajadores.

Posteriormente, luego de casi 14 años, en el año 2022, dicho Reglamento es modificado, a través del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, publicado en el diario El Peruano 23 de febrero de 2022, respecto a sus artículos 1, 2, 5, 8 y 9 correspondientes a las definiciones, ámbito de aplicación, los supuestos y consecuencias de la desnaturalización de la tercerización laboral, contenido de los contratos relacionados a dicha figura jurídica y el derecho de información de los trabajadores encargados de la ejecución de dichos contratos, así como el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras.

No obstante, dicha modificación ha significado principalmente para las empresas un cambio radical de las reglas de juego para la utilización de la figura de la tercerización laboral, ya que se viene argumentando que incorporaría nuevas restricciones a la tercerización laboral y nuevos supuestos de desnaturalización de la misma, que no solo irían contra el espíritu de la Ley N° 29245, sino que constituirían una restricción inconstitucional e ilegal por parte del Poder Ejecutivo del Gobierno en turno, al no contar con el sustento formal y sustancial para su emisión, y que atentaría gravemente contra los derechos a la empresa y de libre contratación de los empresarios, ocasionando en algunos casos que se ponga en peligro la permanencia de muchas empresas en el mercado (dado el alto costo que significaría su adecuación a la misma), y finalmente que incentivarían a que las brechas actuales por un trabajo formal se incrementen.

Tales circunstancias han motivado que dicha modificatoria del Reglamento de la Ley N° 29245 sea objeto de distintas acciones legales, a nivel nacional, a fin de evitar su aplicación y cuestionar su validez, como son acciones populares, procesos de amparo, denuncias por presuntas barreras burocráticas ante INDECOPI, así como solicitudes de medidas cautelares dentro de aquellos procesos; y por otro lado, que incluso haya motivado a que ciertos congresistas del actual Congreso de la República promuevan su derogación, a través de los Proyectos de Ley N° 1522/2021-CR, N° 1726/2021-CR y N° 02129/2021-CR.

Siendo así, es que la presente investigación tiene por objetivo general determinar si una empresa puede tercerizar su *core business* o actividades nucleares, y actividades

complementarias y/o actividades especializadas u obras no vinculadas a su actividad principal; y como objetivos específicos evaluar si el Decreto Supremo N° 001-2022-TR cumplió los parámetros formales y sustanciales para su emisión, reforzando el alcance de la Ley N° 29245, así como, partiendo de un análisis costo-beneficio, determinar si el Decreto Supremo N° 001-2022-TR resulta ser una medida razonable para disminuir la precariedad laboral, en el marco de la reactivación económica ante la problemática de la COVID-19.

Para ello, se efectuará un análisis narrativo y crítico del marco normativo vinculado a la tercerización laboral, tanto de los dispositivos legales como su exposición de motivos, de la doctrina y jurisprudencia peruana y/o extranjera que se haya emitido con relación al tema objeto de investigación, e incluso con relación a dicha modificatoria; así como también los pronunciamientos y opiniones emitidos por especialistas en la materia a propósito de esta última.

Teniendo en cuenta ello, se precisa que la presente investigación se encuentra estructurada por los siguientes cinco capítulos:

Capítulo 1: Se describe la justificación de la investigación, antecedentes del mismo y el planteamiento del problema, dándose a conocer las hipótesis que se plantea, los objetivos propuestos y la metodología de la investigación a seguir.

Capítulo 2: Se busca describir el marco conceptual y regulatorio, exponiendo bases legales, doctrinarias y jurisprudenciales de aquellos conceptos vinculados a la presente investigación.

Capítulo 3: En este capítulo, se procederá a efectuar el desarrollo del tema de investigación, efectuándose el análisis ex post del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, legalidad y razonabilidad, tomando en cuenta que es una norma legal que se aprobó en pleno contexto de reactivación económica ante la problemática de la Covid-19.

Capítulo 4: Después del análisis efectuado y habiéndose llegado a determinadas conclusiones, se procederá a formular las propuestas correspondientes.

Capítulo 5: Finalmente, se presenta las conclusiones y recomendaciones de la presente investigación.

Por lo expuesto, a continuación se dará inicio al desarrollo de la presente investigación vinculada a la tercerización laboral.

CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Justificación de la investigación

La libertad de empresa es un derecho fundamental reconocido en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú de 1993, que las entidades públicas y privadas y todo ciudadano en general no deben vulnerar deliberadamente ni ejercer de forma abusiva, sino que solo estaría permitida su limitación mediante restricciones razonables, en la medida que sirvan para garantizar otros derechos fundamentales de igual importancia.

En virtud del ejercicio de dicho derecho, cualquier persona no sólo puede crear organizaciones empresariales y por ende acceder al mercado, sino también, dentro de los márgenes fijados por la ley, establecer su objeto social (realizar actividades económicas permitidas legalmente), así como organizar y dirigir su actividad en atención a sus recursos (logísticos y humanos) y tomando en cuenta las exigencias del mercado (organización empresarial).

Respecto a la organización empresarial, el ordenamiento jurídico peruano permite que las empresas pueden externalizar sus actividades, siendo una forma de ello, la tercerización laboral, la cual está regulada en la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, cuyos alcances han sido precisados mediante Decreto Legislativo N° 1038.

Dicha figura constituye una de las formas de descentralización productiva más utilizada en los últimos tiempos, generando muchos puestos de trabajo y ventajas económicas a las empresas, siendo la principal que permite a éstas tener a su disposición mano de obra especializada sin mantener un vínculo directo con los trabajadores.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2022) reconoce a la tercerización y promueve su regulación, así como manifiesta que esta modalidad incrementa la competitividad en el mercado al permitir a las empresas centrarse en actividades primordiales, focalizando sus estrategias de mercado; finalmente, señala que la tercerización facilita la generación de empleos en contextos adversos como la reciente pandemia por la Covid 19 que afectó a nivel mundial.

No obstante, su utilización también es altamente cuestionada, ya que sus críticos señalan que es una figura que posibilita a que los trabajadores que tengan como empleador a la

empresa tercerizadora, vean disminuidos sus beneficios sociales (precariedad laboral). Ello fue uno de los motivos por los que la Ley N°29245 fue objeto de un proceso de inconstitucionalidad; no obstante, mediante Sentencia recaída en el Expediente 0013-2014-PUTC, el Tribunal Constitucional ratificó su constitucionalidad, y concluyó que la norma no vulnera los derechos de los trabajadores, así como resultan legales las consecuencias de la desnaturalización de la tercerización.

Según la Ley N° 29245 de 2008, en su artículo 1, señala que: “La ley regula los casos en que procede la tercerización, los requisitos, derechos y obligaciones, así como las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalizan el uso de este método de vinculación empresarial”; asimismo, en atención a su Segunda Disposición Complementaria y Final, el Poder Ejecutivo aprobó su Reglamento, mediante el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, publicado en el diario El Peruano el 12 de setiembre de 2008. Dicho Reglamento fue objeto de proceso de acción popular; no obstante, mediante Sentencia Popular N° 1607-2012-LIMA se ratificó su validez.

No obstante, después de casi catorce años, su Reglamento es modificado, a través del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, publicado en una Edición Extraordinaria del diario el Peruano el 23 de febrero de 2022, generando nuevamente gran polémica en los especialistas, sector empresarial, los ciudadanos que prestan sus servicios laborales bajo dicha modalidad empresarial y población en general, sobre las modificaciones que ésta incluye y posibles efectos negativos que generaría en los agentes económicos, más aún en el marco de la reactivación económica ante la problemática de la COVID-19.

Dicho Decreto Supremo modifica los artículos 1, 2, 5, 8 y 9 del Reglamento de la Ley N° 29245, correspondientes a las definiciones, ámbito de aplicación, supuestos y consecuencias de la desnaturalización de la tercerización laboral, contenido de los contratos relacionados a dicha figura jurídica, y el derecho a informar a los trabajadores encargados de la ejecución de dichos contratos, así como al Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras; siendo que se viene señalando que incorporaría nuevas restricciones a la tercerización laboral y nuevos supuestos de desnaturalización de la misma, que no solo contravendrían el espíritu de la Ley N° 29245, sino que constituirían una restricción inconstitucional e ilegal por parte del Poder Ejecutivo del Gobierno en turno, al no contar con el sustento formal y sustancial para su emisión, y que atentaría gravemente contra los derechos a la empresa y de libre contratación de los empresarios, ocasionando en algunos casos que se ponga en peligro la permanencia de muchas empresas en el

mercado (dado el alto costo que significaría su adecuación a la misma), y finalmente que incentivarían a que las brechas actuales por un trabajo formal se incrementen.

En esa línea, asimismo, se ha pronunciado el Banco Central de Reserva del Perú, a través del Oficio N° 0067-2022-BCRP del 28 de marzo de 2022, dirigido al Congreso de la República, al señalar que dicha norma pretende limitar a las empresas a un tipo restringido de posibilidad de organización de su producción y que resulta necesario que se evalúe la consistencia de la norma con la Constitución Política del Perú de 1993 y con la Ley N° 29245 de 2008, precisada por el Decreto Legislativo N° 1038 de 2008, dado que la Ley no restringe la tercerización a actividades principales o al núcleo del negocio, lo cual podría transgredir el artículo 118 numeral 8 de la Constitución, el cual establece que un reglamento de una ley no debe transgredirla ni desnaturalizarla, así como su implementación vulneraría los derechos a la libertad de empresa y a la libertad de contratación.

Siendo así, ante su entrada en vigencia y sumado al corto plazo para su adecuación previsto en dicha modificatoria, el alto costo para ello (reformulación del esquema de contratación) y ante las posibles consecuencias de su no adecuación (principalmente la imposición de multas administrativas por parte de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL), es que las empresas privadas, incluso empresas públicas como SEDAPAL (Acción Popular seguida con Expediente N° 00756-2022-0-1801-SP-DC-03), vienen recurriendo a distintas acciones legales, a nivel nacional, a fin de evitar su aplicación, como son: acciones populares (la pretensión es que se declare la inconstitucionalidad de dicha modificatoria), procesos de amparo (la pretensión es que se inaplique la totalidad de dicha modificatoria) y denuncias por presuntas barreras burocráticas ante INDECOPI (la pretensión es que se inaplique una determinada prohibición y exigencia materializada en la modificatoria, en caso de determinarse su ilegalidad y/o irrazonabilidad) y solicitudes de medidas cautelares dentro de aquellos procesos.

Respecto a estas acciones, cabe indicar que en sede judicial y administrativa, el sector empresarial viene obteniendo, en varios casos, medidas cautelares favorables, como se evidencia por ejemplo, en la Resolución N° 6 del 10 de agosto de 2022 (Auto de Vista), recaída en el proceso de acción de amparo (cuaderno cautelar) iniciado por la empresa Consorcio Minero Horizonte S.A., a través del cual la Sala Mixta Especializada de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (Exp. N° 00020-2022-51-1607-JM-CI-01) confirmó la resolución de primera instancia que concedió la medida cautelar solicitada, y por consiguiente suspendió de manera provisional los efectos del Decreto Supremo N° 001-

2022-TR respecto del demandante y de las empresas con las que tenga vínculos en materia de tercerización.

Además, en la vía administrativa, se emitió la Resolución N° 0355-2022/SEL-INECOPI del 30 de setiembre de 2022, a través del cual el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual (Exp. 000070-2022/CEB – Cuaderno Cautelar) confirmó la resolución de primera instancia que concedió la medida cautelar para que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - MTPE y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL se abstuvieran de aplicarle a la denunciante Cosapi Minería S.A.C. la prohibición de tercerizar las actividades que formen parte del núcleo de su negocio, prevista en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en sus artículos 1, 2 y 5; así como ordenó, como medida cautelar de oficio, hacer extensivo dicho mandato a cualquier administrado al que le resultara aplicable.

No obstante, aún no existe un pronunciamiento definitivo sobre la validez de la referida modificatoria, por lo que se está a la espera del pronunciamiento del Poder Judicial. Cabe indicar que mediante Resolución N° 072-2023-SEL-INDECOPI del 24 de febrero de 2023, recaída en el Expediente N° 00070-2022-CEB en el procedimiento seguido por Cosapi Minería SAC en contra el MTPE y Sunafil, el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas, dispuso suspender el referido procedimiento hasta que el Poder Judicial resuelva de manera definitiva el proceso de acción popular seguido bajo el Expediente N° 756-2022-0-1801-SP-DC-03, toda vez que concluyó que lo que se resuelva en dicho proceso resulta relevante para resolver el referido procedimiento, ya que en aquel se determinaría la legalidad de distintas medidas contenidas en el cuestionado Decreto Supremo N° 001-2022-TR, incluidas las que habían sido declaradas barreras burocráticas en primera instancia (por la Comisión).

Cabe recordar que mediante la referida Resolución N° 0289-2022/CEB-INDECOPI, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (Exp. N° 00070-2022/CEB) resolvió:

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.

A su vez, cabe agregar que ciertos congresistas han promovido ante el actual Congreso de la República la derogación de dicha cuestionada modificatoria, a través de los Proyectos de Ley N° 1522/2021-CR, N° 1726/2021-CR y N° 02129/2021-CR; no obstante, dicha propuesta aún está pendiente de someterse a debate (cuarto intermedio), según la consulta efectuada en la página web del Congreso (www.congreso.gob.pe).

No obstante, por su parte, el MTPE y la SUNAFIL muestran su rechazo a dichas acciones legales que se han formulado contra la aplicación del cuestionado Decreto Supremo N° 001-2022-TR, a través de sus descargos o contestaciones a las demandas y/o denuncias, así como se evidencia de la respuesta efectuada a través del Oficio N° 0743-2022-MTPE/1 del 01 de julio de 2022, al pedido de opinión del Proyecto de Ley N° 1522/2021-CR, Ley que propone derogar el referido Decreto Supremo, con lo cual se reafirman sobre la legalidad de dicho dispositivo legal, señalando que cumplió con los aspectos formales y sustanciales para su emisión, y alegando que contempla una situación que desde el año 2008 se previó con la Ley N° 29245, la cual es que la tercerización solo tiene como objeto la realización de las actividades especializadas u obras de la empresa principal. En esa misma línea, se pronunció, en su oportunidad, el ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, Alejandro Salas Zegarra (2022), quien señaló que “la citada norma no prohíbe ni limita ilegalmente o inconstitucionalmente la tercerización en el Perú. Solo la regula, en base a lo que determina la Constitución, los tratados internacionales y la propia Ley 29245”, así como enfatiza que “el D.S. N° 001-2022-TR lo único que ha hecho es denominar como núcleo del negocio aquellas actividades en las que la propia empresa principal ya es experta o especializada, es decir, la cara opuesta de las actividades especializadas u obras”, finalmente, indicó que “ la salida no es derogar esta norma sino a partir de ella mejorarla para producir trabajo decente.” (Gob.pe, 2022, Párrafos 1 y 9)

Asimismo, convencidos de la legalidad de la cuestionada modificatoria y a fin de hacer posible su aplicación, es que MTPE y SUNAFIL incorporaron al ordenamiento jurídico nacional, el Decreto Supremo N° 015-2022-TR que modifica el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, y la Resolución de Superintendencia N° 428-2022-SUNAFIL, que aprueba el Protocolo 001-2022-SUNAFIL/DNI, denominado Protocolo para la Fiscalización de la Tercerización Laboral, instrumento a través del cual se regula el procedimiento para que SUNAFIL fiscalice y/o sancione a las empresas por incumplimiento de la norma de tercerización laboral vigente.

Siendo así y de la revisión del D.S. N° 001-2022-TR, se advierte como nuevas supuestas restricciones a la tercerización laboral y por ende nuevos supuestos de desnaturalización de la misma, los siguientes: i) que está prohibido tercerizar actividades que formen parte del núcleo del negocio, introduciendo este término a la legislación que regula la figura de la tercerización, ii) que está prohibido tercerizar actividades complementarias, y iii) que está prohibido tercerizar actividades especializadas u obras que no formen parte de la actividad principal.

Frente a dicho escenario y teniendo en cuenta los innumerables cuestionamientos que esta modificatoria viene trayendo, es que la investigación a realizar tiene por finalidad determinar si en verdad se tratan de nuevos supuestos o, es que los mismos forman parte del espíritu de la Ley N° 29245, siendo que con la cuestionada modificatoria solo se habría buscado reforzar el objetivo de la misma, conforme viene alegando MTPE y SUNAFIL.

Si bien existe la posibilidad que a la finalización de la investigación a realizarse, dicha modificatoria podría estar derogada por el Congreso, toda vez que, a la fecha, el proyecto de ley respectivo ya cuenta con opinión favorable por parte de la Comisión de Economía más no la de Comisión de Trabajo, se considera que aun así la investigación resultaría beneficiosa y útil a fin de determinarse que es lo que verdaderamente el legislador reguló con Ley N° 29245, esto es, si una empresa puede tercerizar su *core business* o actividades nucleares, actividades complementarias y/o actividades especializadas u obras no vinculadas a su actividad principal; más aún cuando es de tenerse en cuenta que, según el Código Civil de 1984, en su artículo I del Título Preliminar, establece que: “Por la derogación de una ley, no recobrar vigencia las que ella hubiere derogado”, esto es, dicha eventual derogatoria no implicaría que el texto anterior del DS N° 006-2008-TR vuelva a estar vigente. Siendo así, efectuando un análisis ex post del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, se verificará: i) si cumple (cumplió) los parámetros formales y sustanciales para su emisión, reforzando el alcance de la Ley N° 29245; y ii) si la entrada en vigencia del

Decreto Supremo N° 001-2022-TR resulta (resultó) ser una medida razonable para disminuir la precariedad laboral, en el marco de la reactivación económica ante problemática de la COVID-19 aún latente.

1.2 Antecedentes de la investigación

Con relación al problema propuesto, se advierte los siguientes antecedentes de investigación:

- Toledo Toribio, Omar (2014). *La Tercerización Laboral* (Tesis de Doctorado). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima Perú.

De dicha investigación, se advierte que el catedrático y Juez Supremo concluye que las empresas vienen utilizando la figura de la tercerización laboral de manera indiscriminada, incluso para la realización de sus actividades nucleares, y con la participación de empresas tercerizadoras que carecen de recursos logísticos y autonomía para la ejecución de las mismas; circunstancias con las cuales se verifica que dicha figura jurídica se convierte en un mecanismo para vulnerar los derechos de los trabajadores. En ese orden de ideas, es que propone la promulgación de una nueva norma que regule la tercerización laboral de manera completa y que garantice los derechos laborales

Siendo así, se evidencia que el autor considera que no debería permitirse que las empresas descentralicen la realización de actividades nucleares o su *core business*; por lo que corresponde efectuar una reforma de la actual normativa que regula dicha figura jurídica.

- Chira Rivero, Guillermo Enrique (2017). *La precarización laboral y el fraude y la simulación en la tercerización como productos de una inadecuada regulación* (Tesis de maestría). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque, Perú.

En el punto 7.1. y 7.2 de su tesis, el autor enumera las áreas que considera que pueden ser objeto de tercerización. Asimismo, precisa que:

El artículo 2 de la LTL no prohíbe que mediante la tercerización puedan realizarse labores de naturaleza permanente; al contrario, dicha normativa resulta sumamente permisiva pues permite que, bajo este sistema, la empresa contratista realice parte del proceso productivo sea éste principal o complementario. Verbigracia: el argumento en el sentido que el contrato se habría visto desnaturalizado al haber

sido contratado para desempeñarse como "X", actividad de carácter permanente de la empresa usuaria vinculada a su actividad principal y no en labores de carácter eventual o temporal o actividades de naturaleza especializada o de obra, carece de asidero legal. Lo antes expuesto, nos da la razón la CASACIÓN N° 1399-2010-LIMA, que ha señalado que en la Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores (Ley de Tercerización), no aparece restricción que prohíba la tercerización de las actividades principales o neurálgicas de la empresa usuaria. Sin embargo, lo antes señalado, también podría acarrear que se incremente el fraude a la laboral. (pp. 55-56)

De lo expresado por el autor, se advierte a manera de conclusión, que opina que la normativa que regula la tercerización laboral permite que una empresa pueda tercerizar parte del proceso productivo sea éste principal o complementario, lo cual incluso ha sido confirmado en la jurisprudencia.

- Salazar Gamboa, Oscar Fritz Alexander (2017). *El uso indiscriminado del contrato de tercerización y sus repercusiones en los derechos de los empleados de la empresa tercerizadora* (Tesis para obtención del título de Abogado). Universidad San Martín de Porres. Lima, Perú.

En su trabajo de investigación, el autor concluye que:

La tercerización aparece vinculada a la realización por un tercero, en virtud de un acuerdo contractual, de una obra, un servicio o una actividad especializada, la cual deberá ser ejecutada por este con autonomía, asumiendo todos los riesgos y con disposición de una organización y recursos propios, por otro lado, se presenta como una oportunidad para incorporar a la empresa una serie de capacidades de las que no se dispone y existe la necesidad de modificar el Reglamento de la Ley de Tercerización Laboral, ya que el presente Reglamento permite Tercerizar la actividad principal, lo que no se encuentra regulado en la referida ley, con la evidente vulneración de los trabajadores sujetos a este tipo de relación. (p.83)

Al respecto, se evidencia que, para el autor, el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprobó el Reglamento de la Ley N° 29245, habría trasgredido la Ley N° 29245, al establecer que se puede tercerizar actividades principales de una empresa, lo cual no ha sido establecido en la Ley.

- Rebaza Santa Cruz, Silvia (2017). *Hacia una definición del aspecto locativo en el ámbito de aplicación de la tercerización de servicios en el ordenamiento laboral peruano*. (Tesis para obtener la Segunda Especialidad) Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Perú.

En dicho trabajo de investigación, la autora señaló que:

De esta forma, dentro del ámbito de la Ley N° 29245 únicamente se encuentra la tercerización de actividades principales, entendidas como aquellas que son consustanciales al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el desarrollo del mismo, y además se encontrará también dentro de esta ámbito a la tercerización que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores, entendido como el traslado del trabajadores de la empresa tercerizadora al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal. (p. 7)

Esto es, se advierte que la autora considera que la tercerización laboral solo comprendería actividades principales, esto es aquellas que están vinculadas al giro del negocio, más no entiéndase las actividades nucleares.

- Finalmente, otro antecedente con el que se cuenta es el Dictamen de la Comisión de Trabajo para la aprobación del Proyecto de Ley N° 1696/2007-CR, el cual luego se convirtió en la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, que se efectuó en la Décima Primera Sesión Ordinaria de dicha Comisión del 05 de diciembre de 2007, en donde se estableció que:

Creemos que debe regularizarse la tercerización o descentralización productiva externa, por lo siguiente: (...) c. La tercerización no puede ser ilimitada, a tal punto que las empresas no requieren de personal, más que el mínimo y sólo para labores administrativas, y que toda su producción esté a cargo de contratistas y sub contratistas. d. Se debe recurrir a la tercerización para labores distintas de la actividad principal o esencial de la empresa contratante. (pp. 11-12).

Asimismo, estableciendo diferencias entre intermediación laboral y tercerización, se indicó en dicho Dictamen que con relación al tipo de servicios, en la tercerización, “se presta un servicio principal bajo cuenta y riesgo del contratista”; y respecto a la clase de actividad, esta se da “en cualquier actividad que realiza la empresa principal” (p. 13).

De lo expuesto, se evidencia que la Comisión hizo referencia a que se recurre a la tercerización para actividades distintas de la actividad principal o esencial de la empresa contratante; no obstante, se verifica que dicha posición no fue plasmada en la Ley N° 29245, así como tampoco lo indicado posteriormente en el Dictamen sobre que dicha figura comprende cualquier actividad que realiza la empresa principal. No obstante lo cierto es que en dicho Dictamen no se hizo alusión a actividades nucleares y núcleo de negocio.

Por otro lado, de la revisión del Debate en el Congreso de la República sobre el proyecto de Ley (2008), recuperado de la página web <https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2008/junio/24/L-29245.pdf>, se verifica que tampoco fue tema de discusión el incluir o no que la tercerización podría comprender actividades de la empresa principal nucleares, sino que solo se advierte lo siguiente: en su intervención, el congresista Negreiros Criado (2008) señaló que: “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” (p.1110), posteriormente, luego de la modificación del texto del proyecto, el congresista Sousa Huanabal (2008) intervino señalando que:

Se ha eliminado toda referencia a actividades principales y actividades complementarias y simplemente se ha puesto actividades especializadas u obras, no se sabe si principales o complementarias, no obstante que en el artículo 4° se hace referencia de alguna manera a empresa y actividades principales. (p.1176)

Después de dicho debate, la Ley N° 29245 fue aprobada sin establecer alguna restricción o limitación de la tercerización en actividades nucleares y/o actividades complementarias y/o actividades especializadas u obras no vinculadas a las actividades principales de la empresa principal.

1.3 Delimitación

La presente investigación tiene como finalidad efectuar un análisis ex post del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, a fin de verificar: i) si cumple (cumplió) los parámetros formales y sustanciales para su emisión, reforzando el alcance de la Ley N° 29245; y ii) si la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 001-2022-TR resulta (resultó) ser una medida

razonable para disminuir la precariedad laboral, en el marco de la reactivación económica ante problemática de la COVID-19 aún latente.

Con relación al primero punto, se revisará los recientes pronunciamientos (aún no firmes) que ha efectuado el Poder Judicial e INDECOPI, así como los que se emitan durante la elaboración de la tesis, en el trámite de las acciones legales que se han interpuesto ante sus jurisdicciones sobre dicha controversia, además de los descargos y/o pronunciamientos efectuados por el MTPE, SUNAFIL y otras entidades sobre el particular.

Respecto al segundo punto, se precisa que se partirá de un análisis costo-beneficio de dicha modificatoria (lo cual no se observa de su exposición de motivos que se haya desarrollado, sino solo hubo una breve precisión), a fin de determinarse si la misma constituye o no una medida razonable para disminuir la precariedad laboral, en el marco de la reactivación económica del país.

1.4 Planteamiento del problema

Problema general

- ¿Una empresa puede tercerizar su *core business* o *actividades nucleares*, y actividades complementarias y/o actividades especializadas u obras no vinculadas a su actividad principal?

Problemas específicos

- ¿el Decreto Supremo N° 001-2022-TR cumple (cumplió) los parámetros formales y sustanciales para su emisión, reforzando el alcance de la Ley N° 29245?
- ¿el Decreto Supremo N° 001-2022-TR resulta (resultó) ser una medida razonable para disminuir la precariedad laboral, en el marco de la reactivación económica ante la problemática de la COVID-19 aún latente?

1.5 Hipótesis

Hipótesis 1: Una empresa puede tercerizar su *core business* o *actividades nucleares*, conforme a la Ley N° 29245, pero no actividades complementarias ni actividades especializadas u obras no vinculadas a su actividad principal.

Hipótesis 2: El Decreto Supremo N° 001-2022-TR no cumplió con los parámetros formales y sustanciales para su emisión.

Hipótesis 3: El Decreto Supremo N° 001-2022-TR no resultó ser una medida razonable para disminuir la precariedad laboral, en el marco de la reactivación económica ante la problemática de la COVID-19 aún latente

1.6 Objetivos

Objetivo general

- Determinar si una empresa puede tercerizar su *core business o actividades nucleares*, y actividades complementarias y/o actividades especializadas u obras no vinculadas a su actividad principal, para lo cual previamente se establecerá una definición de tales términos.

Objetivos específicos

- Evaluar si el Decreto Supremo N° 001-2022-TR cumple (cumplió) los parámetros formales y sustanciales para su emisión, reforzando el alcance de la Ley N° 29245.
- Partiendo de un análisis costo-beneficio, determinar si el Decreto Supremo N° 001-2022-TR resulta (resultó) ser una medida razonable para disminuir la precariedad laboral, en el marco de la reactivación económica ante la problemática de la COVID-19 aún latente, y/o si corresponde proponer otras medidas que hagan frente al problema en dicho contexto y sin afectar irrazonablemente el derecho a la libertad de empresa.

1.7 Metodología de Investigación

La investigación empleará la metodología cualitativa, la que permitirá un análisis profundo y minucioso de la información, siendo además muy flexible para el proceso de recolección de los datos.

En tal sentido, se efectuará un análisis narrativo y crítico del marco normativo vinculado al tema objeto de investigación, tanto de los dispositivos legales como su exposición de motivos, asimismo se analizará lo señalado por la doctrina y jurisprudencia peruana y extranjera que se haya emitido con relación al tema objeto de investigación, así como las opiniones y comentarios dados en entrevistas por especialistas sobre la materia, con relación a dicha modificatoria.

Finalmente, se efectuará una evaluación *ex post* del Decreto Supremo N° 0001-2022-TR y análisis costo-beneficio del mismo, a fin de determinarse si cumplió los parámetros

formales y sustanciales para su emisión, así como identificando los aciertos y desaciertos que tiene la misma, lo que eventualmente podría servir para mejorar la regulación sobre el tema y/o establecer propuestas de medidas que hagan frente al problema expuesto en el marco de la reactivación económica ante la problemática de la COVID-19 aún latente.

CAPÍTULO II. MARCO CONCEPTUAL Y REGULATORIO

2.1 La libertad de empresa

El artículo 58° de la Constitución Política del Perú de 1993 establece como uno de sus principios el garantizar la libertad que cualquier persona tiene para desarrollar actividades lucrativas o no, a su libre elección; sin que ello enerve la responsabilidad que el Estado tiene de orientar el desarrollo del Perú, fomentando la educación, la promoción del empleo, la salud, la provisión de servicios públicos, infraestructura en beneficio de la población; así como garantizar la libertad de empresa en el marco de una economía social de mercado. Asimismo, el Tribunal Constitucional del Perú (Exp. N° 008-2003.AI) establece que la Constitución Política del Perú de 1993 reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora, esto es, que si bien el ejercicio de la libertad de los ciudadanos en el mercado debe ser garantizada plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque subsidiario, mantenga su función garantizadora.

Siendo así, se precisa que dicha Constitución, por primera vez en el Perú, reconoce como derecho fundamental a la libertad de empresa, a través de su artículo 59°, en el cual establece que el Estado estimula la misma; no obstante, no se permite que con su ejercicio se afecte la moral, la salud o la seguridad públicas.

Su naturaleza asimismo ha sido reconocida por el Supremo Intérprete de la Constitución, esto es, el Tribunal Constitucional (Exp. 03116-2009-AA/TC), el cual ha señalado que:

La libertad de empresa se erige como un derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no solo debe respetar, sino que, además, debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58° y 59° de la Constitución. (Fundamento 8)

Por su parte, Landa (2017) define a la libertad de empresa como un derecho fundamental económico que protege la autodeterminación de cualquier persona de desarrollar, en sus variadas formas, actividad empresarial; lo cual implica la elección del sector de la actividad económica en la cual va a desarrollar su actividad y la forma en que se realizará, el acceso al mercado sin restricciones, realizando actividades lícitas, en libre competencia con otros empresarios a fin de competir por las preferencias de los consumidores y usuarios, ello a

fin de obtener un provecho económico que redunde en su propio bienestar y el de su entorno, así como en toda la sociedad.

Asimismo, Bernaldes (1999) precisa que la libertad de empresa, comercio e industria son las libertades en que se traduce concretamente la libre iniciativa privada; asimismo, agrega que, la primera libertad consiste en poder crear libremente personas jurídicas dedicadas a actividades lucrativas, en las distintas formas que ellas asumen; además que en virtud a la misma, si bien no se impide la regulación, sí se excluye aquellas normas y procedimientos que interfieran con el libre establecimiento y desarrollo de las empresas.

Chanamé (2015) señala que:

La libertad de empresa, conforme lo ha considerado el Tribunal Constitucional es el derecho que tiene toda persona a elegir libremente la actividad ocupacional o profesión que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual, precisando que ello es así, por una parte, en la medida que la Constitución, en su artículo 59° reconoce que “el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria. (p.603)

En ese orden de ideas, se puede definir a la libertad de empresa como un derecho fundamental, reconocido constitucionalmente, que consiste en la atribución que cualquier persona tiene para emprender un negocio, gestionarlo y organizarlo, cumpliendo las exigencias del ordenamiento jurídico, a fin de realizar actividades económicas lícitas (ofrecimiento de productos o prestación de servicios) para ser ofrecidas en un mercado en donde se garantice su libre concurrencia y competencia, así como su salida ordenada del mismo, cuando lo considere necesario.

Respecto de su alcance, la libertad de empresa como derecho subjetivo supone la protección de la autodeterminación de una persona para iniciar un negocio, bajo alguna de las formas legalmente permitidas, como son: sociedad anónima, empresa individual de responsabilidad limitada, persona natural con negocio, etc. Asimismo, tiene una dimensión institucional, pues la libertad de empresa sustenta el modelo de economía social de mercado. Al respecto, Landa (2017) señala que:

Sin el reconocimiento de la libertad de empresa, nuestro modelo económico no sería posible. Como tal, impone al Estado una serie de deberes y obligaciones que van desde la promoción de la actividad empresarial – especialmente de las

pequeñas y micro empresas en todas sus modalidades (artículo 59 parte final) –y la generación de un marco legal e institucional que permita la reducción de costos para la constitución de empresas – establecimiento de tipos de empresas, simplificación de procedimientos administrativos, notariales y registrales – hasta su ingreso al mercado en condiciones que les permitan competir en igualdad de condiciones, mediante la simplificación de procedimientos para el otorgamiento de licencias y permisos. De igual manera, le corresponde al Estado generar un entorno institucional que regule la salida ordenada de las empresas del mercado cuando estas ya no son sostenibles, de modo tal que se eviten o minimicen los efectos perversos de esa salida, mediante un sistema concursal que privilegie la transparencia y liquidación ordenada de la empresa. (p.129).

Asimismo, con relación a su contenido esencial, entendido como aquella parte sin la cual el derecho pierde su peculiaridad, ineludiblemente necesaria para permitir a su titular la satisfacción de aquellos intereses que justamente ese derecho le otorga (Kresalja y Ochoa, 2020, p.65); el Tribunal Constitucional (Exp. N° 03075-2011-PA/TC) ha señalado que:

Este Colegiado en reiterados pronunciamientos ha sostenido lo siguiente en materia del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de empresa, comercio e industria (...) cuando el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado. (...) En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa. (Fundamento 4)

Siendo así, se verifica que la libertad de empresa se encuentra determinada por los siguientes cuatro tipos de libertades, los cuales terminan configurando su ámbito de protección:

- i. La libertad para crear empresa y acceder al mercado, lo cual significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre constitución de empresas y concurrencia al mercado
- ii. La libertad para organizarse, que comprende elegir el objeto social, denominación o razón social, domicilio, tipo societario o asociativo, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros.
- iii. La libertad de competencia o libre concurrencia en el mercado, la cual implica: i) que las empresas pueden prestar los productos o servicios de su preferencia, siempre y cuando cumpla con las exigencias legales pertinentes, y ii) que el Estado no debe intervenir deliberadamente en la economía y en los contratos para no distorsionar la competencia, siendo que su intervención solo debe efectuarse de manera ocasional y siempre que resulte necesaria para evitar el excesivo afán de lucro empresarial y a fin de garantizar otros bienes constitucionalmente reconocidos.
- iv. La libertad de cesar las actividades, la cual consiste que quien haya creado una empresa, es libre de disponer su cierre o cesación de sus actividades, cuando lo considere oportuno y necesario.

No obstante, dicho derecho constitucional no es absoluto, toda vez que la misma Constitución Política del Perú de 1993 introduce límites o condiciones al señalar que el ejercicio de la libertad de empresa no puede afectar la salud, la moral o la seguridad públicas. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de un derecho no puede afectar indebidamente bienes jurídicos constitucionalmente protegidos a favor de otros agentes económicos, como por ejemplo los consumidores, o incluso de los empresarios que compiten entre sí. Dicha postura ha sido advertida asimismo por Landa (2017), quien señala que, a las limitaciones establecidas en el artículo 59 de la Constitución, hay que añadir que el ejercicio de la libertad de empresa no puede ser lesivo de cualquier derecho fundamental o bienes públicos, pues la Constitución, a tenor del artículo 103, no ampara el abuso del derecho.

2.2. La libertad de contratación

Un segundo derecho fundamental económico reconocido en la Constitución Política del Perú de 1993 es la libertad de contratación, la cual está contemplada inicialmente en su artículo 2 numeral 14, que establece que: “Toda persona tiene derecho: (...) 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes del orden público”; lo cual está complementado en su artículo 62, que señala que: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional (Exp. 02736-2004-AA) señala sobre la libertad de contratación que:

Se concibe 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 poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público. (Fundamento 9)

Asimismo, Landa (2017) señala que dicho derecho se fundamenta en la autonomía de la voluntad e implica la capacidad de autodeterminación que tiene toda persona, de la forma más amplia posible, para decidir cómo y cuándo vincularse de modo obligatoria con otras personas – naturales o jurídicas -, así como decidir la regulación de dicha vinculación.

Por su parte, Soto (2011) define a la libertad de contratación como aquel poder jurídico o facultad que tienen todas las personas para decidir si contratan o no, para elegir a su contraparte y para determinar libremente el contenido de sus contratos, incorporando las cláusulas y condiciones que mejor convengan a sus intereses, tengan estos un carácter patrimonial o no.

En ese orden de ideas, se puede definir a la libertad de contratación como aquel derecho fundamental que permite vincular a dos o más personas – naturales o jurídicas e incluso entre estas con el Estado – con la finalidad de obtener fines constitucionalmente reconocidos como son la generación de riqueza, empleo, servicios públicos, entre otros, siempre que ello no lesione los derechos, intereses de terceros y el orden público,

entendido como el conjunto de principios jurídicos, sociales, económicos y morales, que rige a una sociedad.

La libertad de contratación es un derecho subjetivo que protege la autodeterminación de una persona para decidir contratar o no contratar, con quién celebrar un contrato, cómo regular y establecer el contenido del contrato; no obstante, siempre conforme al orden público. Siendo así, se protege al contrato, a las relaciones jurídicas que nacen de dicho acuerdo de voluntades, y a la decisión de desvincularse del contrato, siempre que medio acuerdo al respecto, así como se establece mecanismos de protección en caso de conflictos derivados de dichas relaciones contractuales. Por otro lado, desde una perspectiva institucional, dicha libertad resulta ser un principio que se constituye, junto con el derecho de propiedad, en uno de los pilares básicos del modelo de economía social de mercado, establecido en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú de 1993, ya que sin el reconocimiento y garantía de la capacidad que tienen los actores en el mercado de decidir y establecer relaciones patrimoniales, sería imposible el desarrollo de actividades económicas. (Landa, 2017, p. 121)

Respecto al contenido de la libertad de contratación, se precisa que comprende las siguientes facultades:

- i. La autodeterminación que tiene una persona para decidir si se contrata o no, así como elegir con quien contratar, la forma y modo de celebrar el contrato, así como la capacidad de desvincularse del mismo, siempre que se haya cumplido el objeto y los procedimientos previstos por las partes en el contrato o en el ordenamiento jurídico.

Siendo así, como bien lo afirma Soto (2011), no es una obligación contratar, ya que nadie está obligado a celebrar contratos, salvo los casos de contratos forzados, entendido como la imposición de relaciones obligacionales de carácter privado entre particulares por mandato legal, como por ejemplo, la obligación de contratar seguros de desgravamen en los contratos de préstamos bancarios.

- ii. La autodeterminación que tiene una persona para regular o configurar el contenido del contrato, siempre que esté conforme con las leyes aplicables y no lesione derechos fundamentales de terceros. Al respecto, es conveniente traer a colación que la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 103, señala que: “La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

Sobre la base de esta libertad, los contratantes determinan el esquema contractual, las condiciones y cláusulas que regularán sus relaciones contractuales, estableciendo incluso un plazo, determinado o determinable, de la duración de las mismas. Esta se encuentra regulada en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993; asimismo, comprende la libertad para elegir el tipo contractual, esto es, si celebran un contrato típico o atípico (Soto, 2011, pp. 46-47).

Sin embargo, dicho derecho fundamental no es absoluto, sino que es pasible de restricciones, cuando su ejercicio puede resultar lesivo a otros bienes constitucionales y el orden público. Al respecto, el Tribunal Constitucional (Exp. N° 06534-2006-AA) señala que:

La libertad de contrato constituye un derecho fundamental, sin embargo, como todo derecho tal libertad encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional. Desde tal perspectiva, resulta un argumento insustentable que lo estipulado en un contrato sea absoluto, bajo la sola condición de que haya sido convenido por las partes. Por el contrario resulta imperativo que sus estipulaciones sean compatibles con el orden público, el cual, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, tiene su contenido primario y básico en el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales. En consecuencia, debe examinarse si la estipulación analizada constituye además una ‘irrazonable autorrestricción de determinados derechos constitucionales. (Fundamento 3)

Como se indicó al inicio, la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 2 numeral 14, señala que: “Toda persona tiene derecho: (...) 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes del orden público”. Al respecto, Espinoza (2005) define este último término como aquel orden compuesto por los principios, no solo jurídicos, sino sociales, económicos, morales, entre otros, sobre los cuales se basa la organización y estructura de la sociedad. En tal sentido, si bien se reconoce el derecho de las personas de contratar libremente, dicho acuerdo debe comprender materias permitidas, fines lícitos y celebrarse bajo la buena fe y las formalidades exigidas en el ordenamiento jurídico al momento de su celebración, a fin de que tenga validez, así como tampoco puede significar un abuso de derecho; por lo que, siendo así, el Estado, en principio, debe garantizar que los términos de tales contrataciones no pueden ser objeto de modificaciones por normas u otros dispositivos. Asimismo, de existir conflictos producto de dichos acuerdos, la Constitución Política del Perú de 1993 prevé que las partes recurran a mecanismos de

solución de conflictos, como el arbitraje o a la instancia judicial; a ello hay que agregar a la conciliación, en aquellos supuestos que se encuentren permitidos.

Al respecto, es de resaltar el ejemplo sobre limitación a la libertad de contratación, dado por Landa (2017) sobre lo ocurrido ante la entrada en vigencia de la Ley N° 27626, conocida coloquialmente como Ley de Intermediación Laboral, respecto de la cual se interpuso una acción de amparo, a fin de cuestionar su Segunda Disposición Transitoria que disponía que los contratos de intermediación celebrados antes de su entrada en vigencia debían adecuarse a las disposiciones de dicha Ley. En dicho proceso, se alegó que ello supuestamente vulneraba la libertad de contratación de aquellos que tenían un contrato de intermediación ya celebrado, contraviniendo el artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993; no obstante, mediante el Exp. N° 2670-2002-AA, el Tribunal Constitucional no amparó dicha pretensión y ratificó la constitucionalidad de dicha disposición, argumentando que la misma servía para poner fin a un uso abusivo de la intermediación laboral que se venía dando, en el cual se lesionaba los derechos de los trabajadores.

Dicho ejemplo es similar a los cuestionamientos que hoy en día se vienen dando en instancia judicial y administrativa con relación a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 001-2022-TR que modifica el Reglamento de la Ley de Tercerización; no obstante, en el siguiente capítulo se abordará ello con mayor detalle, así como se establecerá cual es la posición de la autora de la presente investigación.

Por otro lado, cabe agregar que el artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993 asimismo hace mención a la figura de los contratos ley. Como se definió anteriormente, la libertad de contratación no solo es la voluntad de contratar entre privados (personas naturales o jurídicas), sino también la posibilidad de que privados contraten con el Estado, lo cual puede darse para el suministro de bienes, realización de servicios, obras o proyectos de inversión. Respecto de estos últimos, se prevé la posibilidad de que el Estado a fin de establecer garantías y otorgar seguridades al inversionista privado, ya sea nacional o extranjero, celebre contratos-ley.

La figura del contrato ley fue regulado inicialmente en el Código Civil de 1984, en su artículo 1357, que establece que: “Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantía y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”; luego, en el año 1993, tuvo relevancia constitucional al ser contemplado en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993, en el contexto en el que el Gobierno de Alberto Fujimori establecía reformas orientadas a dar mayor seguridad jurídica a las

relaciones entre el Estado con inversionistas, a fin de promover y atraer la inversión privada al país.

Al respecto, el Tribunal Constitucional (Exp. N.º 005-2003-AI/TC) señala que:

El contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste. (Fundamento 33)

Asimismo, respecto de su naturaleza, el Supremo Interprete de la Constitución (Exp. N.º 005-2003-AI/TC) agrega que:

Evidentemente, la naturaleza que se le pueda atribuir al contrato ley –contrato civil o contrato administrativo- depende del contenido que éste pueda tener en cada caso concreto que se suscriba, de manera que, en abstracto, no cabe que se la fije. En cualquier caso, de una interpretación a rima obligada del artículo 62º de la Constitución con el artículo 1357º del Código Civil, se desprende que el contenido de los contratos-ley puede y debe sustentarse en razones de interés social, nacional o público. De manera que el Tribunal considera que nada impide que pueda suscribirse, mediante esta modalidad de contratación, la prestación de servicios públicos, como el de telefonía. (Fundamento 34)

Siendo así, se precisa que en virtud de la celebración de un contrato-ley no solo son inmodificables las cláusulas del mismo por voluntad de las partes, sino también la legislación a cuyo amparo se suscribe el mismo, constituyéndose de esta manera una excepción a la regla general establecida en la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 109º, que señala que: “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial”.

2.3 Supremacía de la Constitución y principio de jerarquía normativa

El ordenamiento jurídico es un conjunto de normas que conforman un sistema unitario y piramidal que se encuentran vinculadas entre sí, bajo las reglas de jerarquía, subordinación y en donde prevalece la Constitución sobre toda norma legal.

Según la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 51, señala que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”. Por tanto, no solo se reconoce la supremacía de la Constitución, sino también el principio de jerarquía normativa.

Respecto a la supremacía constitucional, la Corte Suprema del Perú (Exp. N° 4017-2014-Lima) precisa que es un principio que consagra el predominio que corresponde a la Constitución Política del Estado de 1993, por encima de todas las fuentes del Derecho existentes o que pudieran producirse en el futuro dentro del país; de tal manera que los valores y principios que aquella contiene no solo vinculan por igual a todos los Poderes que conforman el Estado y los ciudadanos que se encuentran bajo su alcance, sino que además priman sobre cualquier otra norma que pudiera oponerse a ella.

Por otro lado, García (2015, p. 284) señala que “El principio de jerarquía implica la valoración y respeto a la Constitución y demás normas jurídicas en función al orden público establecido en aquella”; asimismo, agrega que dicho principio puede ser comprendido desde dos perspectivas:

- i. La jerarquía basada en la cadena de validez de las normas. Una norma es válida siempre que se encuentre conforme con otra u otras que sean jerárquicamente superiores, esto es, subordinación escalonada.
- ii. La jerarquía basada en la distinción de fuerza jurídica de las normas. Una norma inferior será válida cuando guarde armonía de manera formal y material con la norma superior. Asimismo, una norma puede modificar cualquier norma inferior, inclusive una norma jerárquicamente homóloga (fuerza activa) y a su vez una norma no puede ser modificada por una norma inferior (fuerza pasiva).

Asimismo, se precisa que una norma condicionará la validez de otra, imponiéndose jerárquicamente, cuando se cumpla los siguientes requisitos (García, 2015):

- i. Relación ordinamental: La prelación jerárquica surge entre normas legales vigentes en un mismo ordenamiento jurídico.
- ii. Conexión material: La prelación jerárquica aparece cuando existe un enlace de contenido, objeto o ámbito de actuación entre la norma superior y la inferior.
- iii. Intersección normativa. Para que una norma superior cumpla su función, es vital que no pueda ser desvirtuada por una inferior.

Respecto a la estructura del ordenamiento jurídico peruano, se precisa que existen cinco categorías normativas (García, 2015), las cuales son:

- i. La primera categoría:
 - El primer grado lo tiene la Constitución
 - El segundo grado, lo tienen las leyes constitucionales, los tratados de derechos humanos y los tratados con habilitación legislativa
- ii. Segunda categoría: las leyes y normas con fuerza o condición de ley.
 - Las leyes ordinarias: son aquellas de contenido indeterminado
 - Las leyes marco: son aquellas que encuadran una determinada materia que requiere de coherencia, armonía y sistematización en razón a su complejidad, extensión o conexidad con otras normas.
 - Las leyes de bases: son aquellas que establecen los criterios rectores o parámetros esenciales a las que deben sujetarse posteriores normas conexas con ellas, en razón de la materia.
 - Las leyes generales: son aquellas que establecen principios comunes e integrados en una materia vasta, compleja y polivalente.
 - Las leyes orgánicas: son aquellas que establecen normas sobre la autonomía, estructura, finalidad, competencias, organización y funcionamiento de las organizaciones del Estado Peruano, previstas en la Constitución Política del Perú de 1993; y sobre aquellas materias cuya regulación está supeditada a acuerdos y requisitos extraordinarios.
 - Las normas con fuerza o rango de ley. Son aquellas que por mandato expreso o deducido de la Constitución, tienen el mismo valor o jerarquía que la ley.

- Los decretos legislativos: son aquellas normas emitidas por el Poder Ejecutivo, por delegación de la potestad para legislar dada por el Congreso, a su solicitud.
 - Las resoluciones legislativas: son disposiciones que crean un régimen jurídico particular en atención a que hace referencia a un sujeto identificado o identificable en la norma o a un único y concreto supuesto.
 - Reglamento del Congreso: contiene las disposiciones que permiten establecer la estructura, organización y funcionamiento del Congreso de la República, el cual se encarga de su elaboración y aprobación.
 - Las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de inconstitucionalidad: son las decisiones jurisdiccionales a través de las cuales el Supremo Intérprete de la Constitución declara la inconstitucionalidad de una norma.
 - Los decretos de urgencia: son disposiciones que contienen medidas extraordinarias destinadas a regular: i) graves, súbitas y anormales circunstancias de carácter económico y financiero; y ii) la efectivización de una actividad legislativa durante el periodo que transcurre entre la disolución del Congreso y la instauración de otro surgido de elecciones parlamentarias.
 - Las ordenanzas regionales
 - Las ordenanzas municipales
 - Los decretos leyes: son disposiciones que emanan de gobiernos de facto, que emanan de un órgano incompetente, y expedidos al margen del procedimiento exigido por la Constitución.
- iii. Tercera categoría: los decretos, los cuales son disposiciones de carácter general emanados de los órganos vinculados con la administración del Estado en el plano nacional, regional o local.
- Los decretos supremos: son disposiciones que norman la organización y funcionamiento de los servicios públicos nacionales y las actividades de las instituciones sectoriales, y se reglamentan las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.
 - Los decretos regionales, los cuales complementan y viabilizan la ejecución de las ordenanzas regionales.
 - Los decretos de alcaldía
- iv. Cuarta categoría: las resoluciones, las cuales son disposiciones que sirven para resolver casos particulares y concretos vinculados al ámbito de la administración pública.

- Primer grado: Resoluciones supremas: son disposiciones de importancia gubernamental en el ámbito nacional que adopta el Poder Ejecutivo, y que contienen normas de referencia exclusiva para personas precisas o precisables, a las que se les otorga derechos públicos subjetivos o se le establecen responsabilidades o deberes.
 - Segundo grado: resoluciones ministeriales, resoluciones de órganos autónomos no descentralizados, resoluciones expedidas por los responsables de los organismos públicos descentralizados.
 - Tercer grado: los acuerdos de Concejo Regional, los acuerdos de Concejo Municipal, las resoluciones regionales y las resoluciones municipales.
 - Cuarto grado: las resoluciones de alcaldía, las resoluciones directorales.
- v. Quinta categoría: normas con interés de parte, esto es, aquellas disposiciones que resuelven controversias de naturaleza jurisdiccional o administrativa.
- Primer grado: las ejecutorias supremas, las resoluciones del Tribunal Constitucional (a excepción de las emitidas en procesos de inconstitucionalidad), las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.
 - Segundo grado: las resoluciones de los órganos de justicia administrativa, los convenios colectivos de trabajo, los contratos y los testamentos.

Con relación a la vigencia de una norma, la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 51, establece que: “La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”, lo cual guarda concordancia con lo previsto en su artículo 109, que señala que: “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

Asimismo, el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS de 2009, que aprueba el Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General, en su artículo 4, enumera las normas que corresponde ser publicadas de manera obligatoria en el Diario El Peruano, siendo una de ellas, los decretos supremos; asimismo, en su artículo 13, prevé que las entidades públicas deberán publicitar las normas legales generales en sus portales electrónicos, revistas institucionales y en general todos aquellos medios que permitan la difusión y puesta en conocimiento de la ciudadanía; finalmente, en su artículo 14, señala que tales entidades deberán publicar sus proyectos de normas generales en el Diario Oficial El Peruano, en sus respectivos portales electrónicos u otros medios, por un lapso de tiempo

no menor de treinta (30) días antes de su vigencia, a fin que los interesados tomen conocimiento de dicho proyecto y formulen sus comentarios respectivos; siendo excepciones a ello, según su artículo 14 numeral 3, las siguientes:

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 contraria a la seguridad o al interés público.

Expuesto lo anterior, se concluye que una norma legal para que resulte válida y vigente debe respetar la supremacía constitucional, la jerarquía normativa, así como cumplir con las disposiciones antes señaladas para su publicación; caso contrario resultará contrario al ordenamiento jurídico y por ende no será posible exigirse su aplicación y cumplimiento a la sociedad.

2.4 Los decretos supremos

Según la Constitución Política del Perú de 1993, su artículo 118 numeral 8, establece que: “Corresponde al Presidente de la República: (...) 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas”. A su vez, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del 2007, en su artículo 13°, señala que: “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”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional (Exp. N° 0001/0003-2003-AI/TC) ha señalado que:

15. La fuerza normativa de la que está investida la Administración se manifiesta por antonomasia en el ejercicio de su potestad reglamentaria. El reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución, puede, de un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla, y, de otro, hacer operativo el servicio que la Administración brinda a la comunidad. Los primeros son los llamados reglamentos *secundum legem*, de ejecución, o reglamentos ejecutivos de las leyes, los cuales están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben. En efecto,

es frecuente que la ley se circunscriba a las reglas, principios y conceptos básicos de la materia que se quiere regular, dejando a la Administración la facultad de delimitar concretamente los alcances del marco general establecido en ella. Los segundos son los denominados reglamentos extra legem, independientes, organizativos o normativos, los que se encuentran destinados a reafirmar, mediante la autodisposición, la autonomía e independencia que la ley o la propia Constitución asignan a determinados entes de la Administración, o, incluso, a normar dentro los alcances que el ordenamiento legal les concede, pero sin que ello suponga desarrollar directamente una ley.

16. El inciso 8) del artículo 118° de la Constitución alude expresamente a la facultad de “reglamentar las leyes”; sin embargo, no reserva toda la potestad reglamentaria administrativa al primer mandatario, sino tan sólo aquella vinculada a los reglamentos *secundum legem* o de ejecución. De otro lado, la garantía contenida en aquella disposición constitucional reserva al Presidente de la República la aprobación y consecuente expedición del reglamento, más no necesariamente la creación de su contenido, pues, según puede desprenderse de lo ya establecido, el reglamento es elaborado por grupos técnicos sobre la materia de la que se trate. (Fundamentos 15 y 16)

De lo expuesto y conforme ha sido precisado por Morón (2017), la potestad reglamentaria tiene como características: su fundamento constitucional (no es necesario que cada ley indique al Poder Ejecutivo su competencia para reglamentarla), el ser unilateral (el Poder Ejecutivo puede emanar un reglamento sin que alguien se lo solicite o indique), poseer carácter normativo (cuenta con efectos generales e impersonales) y emanar de un órgano de función administrativa. Así como cualquiera que fuese la naturaleza jurídica del reglamento, éste se encuentra subordinado en jerarquía a la Constitución y a la ley, no pudiendo contradecirlos u oponérseles.

Siendo así, el Presidente de la República hace efectiva su atribución de reglamentar leyes, con la aprobación de Decretos Supremos, los cuales de acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo de 2007, artículo 11 numeral 3, se definen como: “Normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley”.

Asimismo, dichas normas, las cuales no pueden contravenir ni desnaturalizar la ley (artículo 118 numeral 8 de la Constitución Política del Perú de 1993), deberán contar con la firma

del Presidente de la República y uno o más Ministros competentes. Al respecto, García (2015) señala que:

Su contenido debe encuadrarse en lo que es la “sustancia” o “espíritu de la ley, y que la norma reglamentaria solo se expide para hacer posible una mejor aplicación de esta, especificando detalles y aspectos accesorios no incluidos en esa norma. (p. 299)

Según la Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo de 2019, para elaborar un decreto supremo que apruebe reglamentos, se debe observar lo siguiente: i) El proyecto es formulado por una entidad competente, adjuntándose su exposición de motivos, informes, estudios y consultas realizadas que sustenten el mismo; ii) El reglamento debe cumplirse con los principios de jerarquía normativa, competencia y transparencia, por lo que no puede transgredir o desnaturalizar la ley que reglamenta; iii) El reglamento es aprobado por decreto supremo, salvo norma en contrario; y iv) La entidad competente deberá publicar el proyecto de reglamento en su portal electrónico, por no menos de cinco (5) días calendario, a fin de garantizar la participación ciudadana, cuando así lo exija la Ley.

Finalmente, para la entrada en vigencia de los decretos supremos resulta necesario que se publique en el Diario Oficial El Peruano, de conformidad con el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS de 2009, en su artículo 4, en concordancia con lo dispuesto en la Constitución Política del Perú de 1993, en sus artículos 51 y 109.

2.5 La tercerización laboral

Con la globalización y el desarrollo de nuevas tecnologías, se ha generado a nivel mundial un ambiente de negocios cada vez más competitivo en el que surge la necesidad de nuevos modos de organización empresarial para atender de forma eficaz y eficiente la demanda del mercado, siendo así que aparece la tendencia de la descentralización productiva.

Al respecto, Sanguineti (citado en Puntriano, 2021), define a la descentralización productiva como:

Un modo de organización de la producción en virtud de la cual se hace un encargo a terceros de determinadas operaciones del proceso productivo. Es decir, implica

un desplazamiento de funciones o actividades que corresponden o podrían corresponder a un conjunto integrado.

En ese orden de ideas, se tiene como una de dichas formas de descentralización a la tercerización laboral.

Al respecto, Horna (2012, p.101) señala, con relación a la tercerización, que “la doctrina le atribuye diversas denominaciones como por ejemplo “OUTSOURCING”, “subcontratación”, “producción descentralizada”, etc. Sin embargo, todos apuntan a la recepción de un “bien” o un “servicio terminado” por parte de un tercero”.

La tercerización es el proceso empresarial mediante el cual una empresa, o lo que es lo mismo la empresa principal, encarga a una tercera empresa –de ahí la denominación de tercerización– una parte de su proceso productivo de bienes o servicios, a efectos de que esta última lo realice de forma integral y autónoma, bajo su cuenta, costo y riesgo (Quiroz, 2016, p. 115). Asimismo, dicha figura da origen a vínculos laborales que rompen el esquema tradicional de una relación bipartita entre empleador y trabajador, dando lugar a relaciones de trabajo multipartitas, siendo así que corresponde a aquellas situaciones en donde no coincide la unidad económica para la que se trabaja con la unidad económica con la que se tiene el acuerdo de trabajo (Brati y Bravo, 2022, p. 2).

Por su parte, Toyama (2015) señala que la tercerización u *outsourcing* es conceptualizada como todo proceso de externalización o desplazamiento hacia actividades empresariales autónomas o independientes, de funciones o actividades de una parte del ciclo productivo, proceso administrativo, área o actividad, que previamente se desarrollaban por una misma empresa o, que desde el inicio de sus operaciones fue delegada a un tercero.

A su vez, Quiroz (2016) agrega que en la tercerización, la empresa principal fragmenta parte de sus etapas productivas para encargárselas a una empresa contratista, siendo que si bien se origina una vinculación empresarial entre ambas empresas, a través de un contrato mercantil o de locación de servicios, la característica fundamental será que tanto los trabajadores de la empresa principal como los de la contratista trabajan para beneficio único y exclusivo de la empresa principal.

Asimismo, Toledo (2015) señala que la tercerización o subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios, o descentralización, supone que la producción o prestación se realice de manera organizada bajo la dirección y el control del contratista,

usualmente la empresa, que cuenta con un patrimonio y una organización propia dedicada a la producción de bienes o servicios, la cual se realiza a favor del contratante dentro del centro de labores de este (*insourcing*) o fuera de él (*outsourcing*), de manera que los trabajadores de la contratista se encuentran bajo las órdenes y el control de éste y no del contratante, y para su realización además se requiere de total independencia administrativa y funcional de la actividad tercerizada de las demás que realiza la empresa contratante de modo que su tercerización no entorpezca su normal desenvolvimiento.

En ese orden de ideas, se puede concluir que la tercerización constituye el proceso por el cual una empresa identifica aquella actividad de su negocio que pueda encargarse y ser desempeñada, por razones de eficiencia, por parte de otra empresa a la que contrate, de manera autónoma y con sus propios recursos (logísticos y humanos). La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema del Perú (Expediente N° 00764-2011-0-5001-SU-DC-01) señala que esta figura jurídica contractual se encuentra orientada a que una empresa pueda enfocarse en la parte o función central de su negocio, de ahí que el *Outsourcing* o Tercerización, sea considerada como una herramienta que le permite a las empresas enfocarse en hacer lo que realmente hacen bien. .

Asimismo, cabe precisar que, la legislación laboral peruana, conforme a lo expresado por Quiroz (2016), en materia de tercerización ha optado por tutelar únicamente a los trabajadores inmersos en un proceso de tercerización interna, es decir, cuando sean desplazados continuamente a las instalaciones de la empresa principal.

Respecto a la implementación de la tercerización laboral, se precisa que tiene ventajas y desventajas, conforme se detalla en la Tabla N° 1:

Tabla N° 1 – Ventajas y desventajas de la Tercerización laboral

VENTAJAS DE LA TERCERIZACIÓN	DESVENTAJAS DE LA TERCERIZACIÓN
Permite a las empresas concentrarse en el desarrollo de las funciones esenciales de su negocio, aumentando su eficiencia y competitividad en el mercado, y cediendo la ejecución de otras labores a otras empresas.	Existe el riesgo de la pérdida de control gerencial por parte de las empresas de las actividades tercerizadas
Permite a las empresas reducir los costos de operación (tanto el costo de	Posibles mayores amenazas a la seguridad y confidencialidad de la información de las empresas que decidieron tercerizar

VENTAJAS DE LA TERCERIZACIÓN	DESVENTAJAS DE LA TERCERIZACIÓN
contratación de personal como el de formación o capacitación del mismo)	
Permite destinar un mayor presupuesto para incrementar la productividad.	Una alta rotación de personal, dado que los trabajadores tercerizados no pertenecen a la empresa principal.
Brinda la posibilidad de la empresa de acceder a nuevas tecnologías y servicios especializados brindados por las empresas tercerizadoras, sin invertir en capacitar a su personal.	En caso no se cumpla con las exigencias legales para la configuración de la tercerización, la empresa principal sería la responsable del cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores de la empresa tercerizadora.
Permite a las empresas que tercerizan una mayor flexibilidad para ajustarse a las exigencias y/o cambios del mercado y del entorno empresarial	Eliminación de puestos de trabajo en la empresa principal.

Fuente: fuente propia

Elaboración: elaboración propia

Respecto a las actividades que pueden ser objeto de tercerización, es de precisarse que hay distintas posiciones al respecto: algunos consideran que se puede tercerizar cualquier actividad; otros, que solo puede ser actividades principales sin algún tipo de distinción; y finalmente, hay quienes señalan que si bien se puede tercerizarse actividades principales de una empresa, no pueden incluir el *core business*, término anglosajón conocido como competencia distintiva, que se refiere a aquella actividad productiva desarrollada por una empresa, que le permite generar valor para poder mantenerse en el mercado (Ludeña, 2021). Cabe indicar que otros términos utilizados para referirse al *core business* de una empresa son actividades nucleares o núcleo del negocio.

Con relación a lo anterior, en doctrina, se tiene por ejemplo la posición de Schneider (2004), quien señala con relación a la tercerización o “outsourcing” que:

Se requiere de una herramienta de gestión a través de la cual una organización pueda optar por concentrarse únicamente en su core business (actividad distintiva) y no tomar parte en procesos importantes pero no inherentes a su actividad distintiva. Para dichos procesos existe la posibilidad de contratar a un proveedor de servicios especializados y eficientes que a la larga se convierta en un valioso socio de negocios. En eso consiste el outsourcing. (p. 31)

En consecuencia, de lo manifestado, se advierte que, para el autor, la figura de tercerización no debería comprender el *core business*, el cual corresponde que esté a cargo de la empresa, al ser esta la actividad distintiva de su negocio en el mercado.

En esa misma línea, Puntriano (2021) señala que:

Si bien la subcontratación se funda en la libertad de empresa, cuyo ejercicio no debe vulnerar los derechos laborales del personal involucrado, y teniendo además en cuenta que esta manera de organización empresarial rompe el tradicional esquema bilateral empleador-trabajador sobre el que se basó el Derecho del Trabajo en forma primigenia, somos de la opinión que la subcontratación puede comprender actividades periféricas o auxiliares a la consecución de la finalidad última (*core business*) del negocio de la empresa contratante así como aquellas indispensables para el mismo pero sin habilitar que aquellas actividades-núcleo sean pasibles de externalización pues ello supondría la sustitución de la empresa principal y por ende su desaparición. A partir de esta premisa podría modificarse nuestra legislación actual, desde la Constitución y en particular desde el Derecho al Trabajo, interpretándolo armónicamente con la libertad de empresa, y sostener que la subcontratación no permite externalizar actividades nucleares. (p. 34)

Por su parte, Jorge W. Peyrano (citado en Toledo, 2015) señala que:

Una posible forma de definir el término *outsourcing* es atendiendo a su etimología. La traducción de la expresión inglesa *outsourcing* hace referencia al recurso a fuentes externas para lograr el fin deseado. En ese sentido, el *outsourcing* se presenta como una oportunidad para incorporar a la empresa una serie de capacidades de las que no se dispone. Así, mediante el *outsourcing* los directivos tratan de configurar un mapa de competencias que les permita mantener y mejorar su posición competitiva. La empresa que comete un proceso de *outsourcing* deja de gestionar internamente la operativa de una serie de funciones o procesos, que no están relacionados con sus competencias nucleares, para adquirirla a un proveedor externo. (p. 24).

2.6 La tercerización laboral en el Perú y sus cuestionamientos

2.6.1 Antecedentes

La tercerización laboral es un mecanismo de organización empresarial de gran impacto laboral en el Perú que se fundamenta en los derechos de libertad de empresa y de contratación, ambos reconocidos en la Constitución Política del Perú de 1993, y que surge ante las nuevas economías de escala y el incremento de la competencia en el mercado, haciendo que las empresas, a fin de obtener mayores beneficios económicos con su negocio, decidan descentralizar parte de las actividades del mismo y encarguen a terceros su realización, bajo su cuenta, riesgo y con trabajadores que estén bajo la exclusiva subordinación de estos últimos.

Dicha figura fue introducida por primera vez al ordenamiento jurídico peruano a través del Decreto Supremo N° 003-2002-TR del 2002, que establecen disposiciones para la aplicación de las Leyes N° 27626 y N° 27696 que regulan la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, en cuyo artículo 4 se indica que uno de los supuestos que no constituyen intermediación laboral es la tercerización de servicios:

Artículo 4.- De la tercerización de servicios

No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al Artículo 193 de 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 de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.

De dicho artículo, no se advierte que se haya efectuado alguna precisión sobre qué actividades podrían ser objeto de tercerización laboral, esto es, si podrían ser principales o no. Asimismo, de la revisión del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, se verifica que su objeto sería la de reglamentar la Ley N° 27626.

Posteriormente, la supuesta indebida aplicación de la figura de la tercerización que habría generado la afectación de derechos laborales, motivó a que se ampliara su reglamentación, a través del Decreto Supremo N° 020-2007-TR, incorporándose los artículos 4A, 4B y 4C al Decreto Supremo N° 003-2002-TR, a fin de tutelar dichos derechos.

En ese orden de ideas, se concluye que la figura de la tercerización laboral fue incorporada por primera vez al ordenamiento jurídico peruano, a través de una norma reglamentaria, esto es, no fue objeto de regulación en la Ley 27626, la cual solo tiene como fin regular la figura de la intermediación laboral, sino a través de la norma que la reglamenta. Asimismo, es de mencionarse que ésta última fue cuestionada vía proceso de acción popular; no obstante, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema del Perú (Exp. N° 1949-2004-Lima) ratificó su validez, señalando que:

Que de lo expuesto, es de concluir que el artículo 4º del Decreto Supremo Número 003-2002-TR, no regula una institución ajena a la Ley Número 27626, sino que por el contrario, el espíritu y sentido de la norma reglamentaria cuestionada al precisar supuestos de tercerización de la mano de obra, ha sido el de establecer criterios de identificación y diferenciación entre ésta y la intermediación laboral, no pretendiendo de ninguna manera regular aquélla, no evidenciándose por tanto la alegada contravención a la jerarquía de la ley. (Fundamento 6).

2.6.2 Ley N° 29245

Posteriormente, es que se aprueba una normativa específica que regula la figura de tercerización laboral, a través de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, cuyos alcances han sido precisados mediante Decreto Legislativo N° 1038.

La Ley N° 29245 de 2008, en su artículo 2, señala que:

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.

Asimismo, su artículo 3 establece que:

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. (el subrayado es agregado)

De los citados artículos, se verifica que la referida Ley no precisa qué actividades pueden ser objeto de tercerización, esto es, si son actividades principales o no, e incluso actividades nucleares o *core business*, sino que solo hace mención a que se tratan de actividades especializadas u obras y enumera una lista de supuestos, la cual no es taxativa.

Por otro lado, cabe indicar que la Ley N° 29245 de 2008, en su artículo 5, referido a los supuestos de desnaturalización, prevé que la tercerización laboral no implica la sola provisión de personal; asimismo, en su artículo 7, se establece que se tutela los derechos laborales de los trabajadores que prestan servicios de tercerización, para lo cual se contempla, en su artículo 9, la responsabilidad solidaria por parte de la empresa principal.

La Ley N°29245 y el Decreto Legislativo 1038 que la precisó, fueron objeto de proceso de inconstitucionalidad, en virtud de la demanda formulada por el Colegio de Abogados del Callao (Exp. N° 0013-2014-PUTC), sustentando que el artículo 3 de la referida Ley vulneraría los artículos 23, 26 y 27 de la Constitución Política del Perú de 1993, así como convenios internacionales en materia laboral, al permitirse con la misma, que se utilice a terceros para desarrollar la misma labor que la empresa principal, a través de sus propios trabajadores, realiza, pero con otras condiciones laborales menos garantistas; asimismo, que al permitirse tercerizar toda una etapa productiva, se estaría desnaturalizando esta figura, dado que ésta sólo debiera recaer en labores complementarias; y finalmente que violaría la dignidad de los trabajadores y el principio de igualdad.

No obstante, mediante sentencia del 10 de setiembre de 2019, la demanda fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional (TC), ratificó la constitucionalidad de las normas cuestionadas y, señaló no se limita los derechos individuales y colectivos de los trabajadores y que las consecuencias de la desnaturalización de dicha figura están legalmente previstas. De los fundamentos del Supremo Intérprete de la Constitución, es de resaltarse los siguientes:

- i. El TC señala que suele confundirse la tercerización con la intermediación laboral, por lo que resulta necesario diferenciarlas, siendo que hizo mención a un cuadro comparativo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el

cual se entiende que el TC lo toma por válido, siendo el mismo el siguiente (parte pertinente):

Tabla N° 2 – Principales diferencias entre intermediación laboral y tercerización

	Intermediación laboral	Tercerización
	(...)	(...)
Actividad	La empresa de servicios destaca personal a la usuaria para labores complementarias temporales o especializadas.	La empresa tercerizadora se hace cargo íntegramente de una clase del proceso productivo y cuenta con una organización empresarial propia.
	(...)	(...)

Fuente: Expediente 0013-2014-PUTC, fundamentos 13 y 14

Elaboración: Tribunal Constitucional

- ii. El Tribunal Constitucional señaló que “en esta modalidad de subcontratación la empresa tercerizadora se encarga de una etapa del proceso productivo de la empresa principal, asumiendo por su cuenta y riesgo la actividad delegada”. (Exp. N° 0013-2014-PUTC, Fundamento 35)
- iii. De configurarse algún supuesto de desnaturalización, el TC señaló que “la consecuencia está legalmente prevista y consiste en entender que existe vínculo laboral entre el trabajador falsamente desplazado y la empresa principal, desde el momento en el que se prestó el servicio o se realizó la obra” (Exp. N° 0013-2014-PUTC, Fundamento 71). Esto es, de verificarse la desnaturalización de la tercerización, corresponderá reconocer que existe una relación laboral entre el trabajador desplazado y la empresa principal que contrató los servicios de tercerización, de manera directa (sin intermediarios), desde el inicio de las labores.

2.6.3 Reglamento a la Ley N° 29245

El Poder Ejecutivo reglamenta la Ley N° 29245, mediante Decreto Supremo N° 006-2008-TR de 2008, y en su artículo 1, define a la tercerización como:

Una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más

empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma.

Asimismo, en su artículo 2, precisa el ámbito de la Ley N° 29245, señalando que:

El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan 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. La tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia. 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. (el subrayado es agregado)

Con dicha reglamentación, se delimitó expresamente el ámbito de la figura de la tercerización laboral, estableciéndose que estaba contemplada para actividades principales y con desplazamiento continuo de los trabajadores, descartándose aquellas vinculaciones que solo implicaban la sola provisión de bienes y servicios sin tercerización y las que se produzcan sin desplazamiento continuo. Al respecto, es pertinente traer a colación que el Decreto Supremo N° 006-2008-TR de 2008, en su artículo 1, señala que: “Constituyen actividades principales aquellas a las que se refiere el artículo 1° del Reglamento de la Ley N° 27626, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-2002-TR y sus normas modificatorias”; a su vez, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR, en su artículo 1, establece que actividad principal de la empresa es “aquella que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo (...) y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa”. Siendo así, se entendería que también están incluidas en dicha definición las actividades nucleares o *core business*, ya que no hay alguna restricción expresa al respecto. Por otro lado, respecto al desplazamiento del personal, el Decreto Supremo N° 006-2008-TR de 2008, en su artículo 1, señala que: “Es el traslado del trabajador o trabajadores de la empresa tercerizadora al centro de trabajo o de operaciones

de la empresa principal, manteniéndose en todo momento bajo la exclusiva subordinación de aquella”.

Asimismo, el Reglamento establece los elementos característicos de la tercerización, los supuestos de desnaturalización, y las obligaciones y la responsabilidad de las partes involucradas en dicha forma de contratación, a fin de garantizar los derechos de los trabajadores; lo cual será explicado con mayor detalle posteriormente.

Respecto al Decreto Supremo N° 006-2008-TR, es de mencionarse que fue objeto de proceso de acción popular; no obstante, mediante Sentencia Popular N° 1607-2012-LIMA, la Corte Suprema ratificó su validez y desestimó la pretensión. Respecto a dicho fallo, es pertinente resaltar que, con relación al cuestionamiento del demandante, Sindicato Único de Trabajadores de Servicios de Mantenimiento de Agua Potable y Alcantarillado de CONCYSA S.A. y otros, que su artículo 2 estaría delimitando la tercerización únicamente a la actividad principal de las empresas usuarias, la Corte Suprema (Exp. N° 1607-2012-LIMA) señaló 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. (Fundamento 4).

Posteriormente, en el año 2022, el Reglamento de la Ley 29645 es modificado por el Poder Ejecutivo, a través del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, publicado el 23 de febrero de 2022, con el cual se dispuso la modificación de los artículos 1, 2, 5, 8 y 9 del Decreto Supremo N° 006-2018-TR, relativos a las definiciones, ámbito de aplicación, los supuestos y consecuencias de la desnaturalización de la tercerización laboral, contenido de los contratos que se suscriben en mérito a dicha figura jurídica y el derecho de informar a los trabajadores que serán sujetos a desplazamiento, así como al contenido del Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras.

Al respecto, es de precisarse que esta modificación nuevamente viene generando gran polémica, ya que se viene señalando que incorporaría nuevas restricciones a la tercerización laboral y nuevos supuestos de desnaturalización de la misma, que no solo irían contra el espíritu de la Ley N° 29245, sino que constituirían una restricción

inconstitucional e ilegal por parte del Poder Ejecutivo del Gobierno en turno, al no contar con el sustento formal y sustancial para su emisión, y que atentaría gravemente contra los derechos a la empresa y de libre contratación de los empresarios, ocasionando en algunos casos que se ponga en peligro la permanencia de muchas empresas en el mercado (dado el alto costo que significaría su adecuación a la misma), y finalmente que incentivarían a que las brechas actuales por un trabajo formal se incrementen.

Al respecto, se precisa que dicho Decreto Supremo introduce las modificaciones que se precisan en la siguiente tabla:

Tabla N° 3 – Tabla comparativa de las modificaciones al Reglamento de la Ley N° 29245, antes y después del Decreto Supremo N° 001-2022-TR

D.S N° N° 006-2008-TR (antes de su modificatoria)	D.S N° N° 006-2008-TR, modificado con el D.S. N° 001-2022-TR
<p>Artículo 1.- Definiciones</p> <p>Para los efectos de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:</p> <p>Actividades especializadas u obras.- Servicios u obras prestados en un contexto de tercerización, cuya ejecución no supone la simple provisión de personal.</p> <p>(Nota: No existía definición ni mención sobre el término “núcleo de negocio”)</p>	<p>Artículo 1.- Definiciones</p> <p>Para los efectos de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:</p> <p>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.</p> <p>Las actividades especializadas u obras, en el marco de la tercerización, no pueden tener por objeto el núcleo del negocio.</p> <p>(...)</p> <p>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:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El objeto social de la empresa. 2. Lo que la identifica a la empresa frente a sus clientes finales.

D.S N° N° 006-2008-TR (antes de su modificatoria)	D.S N° N° 006-2008-TR, modificado con el D.S. N° 001-2022-TR
	<p>3. El elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades.</p> <p>4. La actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes.</p> <p>5. La actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos.</p>
<p>Artículo 2.- Ámbito de la tercerización</p> <p>El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca <u>con</u> desplazamiento <u>continuo</u> de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas. La tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia.</p> <p>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.</p> <p>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. (*)</p>	<p>Artículo 2.- Ámbito de la tercerización</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio.”</p>
<p>Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización</p> <p>Se produce la desnaturalización de la tercerización:</p> <p>a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.</p> <p>b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.</p> <p>c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.</p>	<p>Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización</p> <p>Se produce la desnaturalización de la tercerización:</p> <p>a) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora no tenga por objeto desarrollar actividades principales conforme a las definiciones establecidas en el artículo 1 del presente Reglamento.</p> <p>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.</p> <p>c) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente Reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.</p>

D.S N° N° 006-2008-TR (antes de su modificatoria)	D.S N° N° 006-2008-TR, modificado con el D.S. N° 001-2022-TR
<p>La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma.</p>	<p>d) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.</p> <p>e) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente Reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.</p> <p>La desnaturalización trae como consecuencia que la empresa principal sea el empleador de los trabajadores desplazados desde el inicio el desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto al momento en que se produjo la desnaturalización, sin perjuicio de las sanciones establecidas en las normas correspondientes.</p>
<p>Artículo 8.- Contenido de los contratos y derecho de información de los trabajadores desplazados</p> <p>La información a la que se contrae el artículo 4 de la Ley se encuentra referida a la actividad empresarial a ejecutar y a la unidad productiva o ámbito de la empresa principal en la que la misma será realizada. Dicha información podrá ser incluida en los contratos de trabajo o transmitida a los trabajadores de la empresa tercerizadora mediante comunicación escrita.</p> <p>La obligación de informar de la empresa tercerizadora, a la que hace mención el artículo 6 de la Ley, se efectúa por escrito ante los trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicio, sus representantes y sus organizaciones sindicales, antes del desplazamiento. En el caso de los trabajadores de la empresa principal, dicha obligación se cumple a través del empleador de los mismos.</p> <p>La empresa principal deberá informar a la organización sindical o, en su defecto, a los delegados que representen a sus trabajadores, acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como las actividades que éstos realizarán, dentro de los 5 días siguientes al mes calendario en que se produjo el desplazamiento o dentro de las 24 horas de la solicitud que sea efectuada por parte de la organización sindical.</p>	<p>Artículo 8.- Contenido de los contratos y derecho de información de los trabajadores desplazados</p> <p>La información a la que se contrae el artículo 4 de la Ley se encuentra referida a la actividad empresarial a ejecutar y a la unidad productiva o ámbito de la empresa principal en la que la misma será realizada. Dicha información debe ser incluida en los contratos de trabajo de los trabajadores de la empresa tercerizadora.</p> <p>La obligación de informar de la empresa tercerizadora, a la que hace mención el artículo 6 de la Ley, se efectúa por escrito ante los trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicio, y ante la organización sindical o, en su defecto, ante los delegados que representen a los trabajadores, antes del desplazamiento.</p> <p>Entiéndase que, respecto al lugar, señalado en el numeral 3 del artículo 6 de la Ley, deberá precisarse la unidad productiva o ámbito de la empresa principal donde el trabajador desplazado ejecutará las actividades que son objeto del contrato celebrado con la empresa principal. En el caso de los trabajadores de la empresa principal, la obligación de informar se cumple a través del empleador de los mismos.</p> <p>A tal efecto, al iniciar la ejecución del contrato, la empresa principal debe informar por escrito a la organización sindical o, en su defecto, a los delegados que representen a sus trabajadores, acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como las actividades que éstos realizarán, dentro de los cinco días siguientes al mes calendario en que se produjo el desplazamiento o dentro de las veinticuatro horas</p>

D.S N° N° 006-2008-TR (antes de su modificatoria)	D.S N° N° 006-2008-TR, modificado con el D.S. N° 001-2022-TR
<p>Artículo 9.- Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras</p> <p>Se consideran inscritas en el registro al que hace referencia el artículo 8 de la Ley las empresas tercerizadoras que, durante el período declarado, cumplen con registrar el desplazamiento de su personal a empresas principales, en la planilla electrónica que se encuentra regulada por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR y sus normas modificatorias y complementarias, con independencia de su fecha de constitución.</p> <p>Cuando se verifique alguna de las situaciones descritas en el artículo 5 del presente reglamento, la inspección del trabajo propone la cancelación del registro, además de la imputación de relaciones laborales a la empresa principal, y la Autoridad Administrativa de Trabajo en el procedimiento administrativo sancionador declara la cancelación del registro y las relaciones laborales existentes.</p> <p>El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo elabora una lista pública de empresas tercerizadoras cuyo registro ha sido cancelado. Notificada la cancelación del registro la empresa de tercerización estará impedida de desplazar trabajadores. Publicada la cancelación del registro en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo la empresa principal deberá concluir el contrato con la empresa de tercerización.</p> <p>En caso de cancelación del registro, las empresas principales disponen de un plazo de 30 (treinta) días calendario a fin de efectuar la adecuación correspondiente.</p>	<p>de la solicitud que sea efectuada por parte de la organización sindical.</p> <p>Artículo 9.- Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras</p> <p>Se consideran inscritas en el registro al que hace referencia el artículo 8 de la Ley las empresas tercerizadoras que, durante el período declarado, cumplen con registrar el desplazamiento de su personal a empresas principales, en la planilla electrónica que se encuentra regulada por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR y sus normas modificatorias y complementarias, con independencia de su fecha de constitución.</p> <p>Cuando se verifique alguna de las situaciones descritas en el artículo 5 del presente Reglamento, la inspección del trabajo propone la cancelación del registro, además de la imputación de relaciones laborales a la empresa principal con la determinación del momento desde el cual se considera a la empresa principal como empleador de los trabajadores desplazados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del presente Reglamento. Asimismo, la Autoridad Administrativa de Trabajo en el procedimiento administrativo sancionador declara la cancelación del registro y las relaciones laborales existentes.</p> <p>El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo elabora una lista pública de empresas tercerizadoras cuyo registro ha sido cancelado. Notificada la cancelación del registro la empresa de tercerización estará impedida de desplazar trabajadores. Publicada la cancelación del registro en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo la empresa principal deberá concluir el contrato con la empresa de tercerización.</p> <p>En caso de cancelación del registro, las empresas principales disponen de un plazo de treinta días calendario a fin de efectuar la adecuación correspondiente.”</p>

Fuente: Sistema Peruano de Información Jurídica

Elaboración: Elaboración propia

De la Tabla N° 3, se evidencia que con el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, la tercerización laboral no podría comprender actividades que formen parte del núcleo del negocio (nuevo término introducido), esto es, actividades nucleares o *core business*, pero sí aquellas que formen parte de la actividad principal de una empresa; asimismo, se introduce dos nuevos supuestos de desnaturalización de la tercerización, los cuales están previstos en los literales a) y b) del artículo 5 del Reglamento, reconfirmándose el tenor

de su versión primigenia; siendo que de verificarse la ocurrencia de algún supuesto de desnaturalización, la consecuencia sería que la empresa principal sea considerada la empleadora directa de los trabajadores que fueron sujetos a desplazamiento, desde su inicio - a diferencia del tenor del artículo primigenio que establecía que dicha consecuencia se daba desde ocurrida la desnaturalización – salvo prueba en contrario.

Asimismo, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, en su Única Disposición Complementaria Transitoria, estableció un plazo de adecuación a sus nuevos términos de 180 días calendarios contados desde su publicación, el cual venció el 22 de agosto de 2022; así como estableció que durante ese periodo, no estaba permitido que las empresas tercerizadoras finalicen las relaciones laborales con sus trabajadores desplazados para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio, bajo la causal de adecuación, siendo la única excepción a ello que la empresa principal contratase a dichos trabajadores de manera directa; finalmente, se indicó que vencido el plazo sin haberse adecuado, se configuraría la desnaturalización, sin perjuicio de las sanciones respectivas.

La entrada en vigencia de dicha modificatoria y el corto plazo para su adecuación, sumado al alto costo para ello (reformulación del esquema de contratación) y ante las posibles consecuencias de su no adecuación (principalmente la imposición de multas administrativas por parte de SUNAFIL), han motivado a que las empresas privadas, incluso empresas públicas como SEDAPAL (Acción Popular seguida con Expediente N° 00756-2022-0-1801-SP-DC-03), recurran a distintas acciones legales, a nivel nacional, a fin de evitar su aplicación y cuestionar su validez, como son:

- i. Acciones populares, cuya pretensión es que se declare la inconstitucionalidad de dicha modificatoria
- ii. Procesos de amparo, cuya pretensión es que se inaplique la totalidad de dicha modificatoria en cada caso en particular.
- iii. Denuncias por presuntas barreras burocráticas ante INDECOPI, cuya pretensión es que se inaplique una determinada prohibición y exigencia materializada en la modificatoria, de verificarse su ilegalidad y/o irrazonabilidad.
- iv. Asimismo, se han formulado solicitudes de medidas cautelares dentro de aquellos procesos.

Hasta el mes de enero 2023, de acuerdo a lo informado por la Procuraduría Constitucional ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI (Exp. N° 00070-2022-CEB- INDECOPI), existían un total de ocho procesos de acción popular, siendo que

algunos han sido acumulados y otros a la espera de pronunciamiento sobre la excepción de incompetencia (Tabla N° 4).

Tabla N° 4 – Expedientes judiciales iniciados contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR

N°	Expediente N°	Demandante	Órgano Jurisdiccional	Estado al 31.03.2023
1	756-2022-0-1801-SP-DC-03	Servicio de Agua Potable y Alcantarillado	Tercera Sala Constitucional	Se formularon apelaciones contra la sentencia – Resolución N° 22 del 08.03.2023
2	417-2022-0-1801-SP-DC-02 (acumulado al 756-2022-0-1801-SP-DC-03)	Asociación Civil por la Integridad	Tercera Sala Constitucional	Se formularon apelaciones contra la sentencia – Resolución N° 22 del 08.03.2023
3	420-2022-0-1801-SP-DC-02 (acumulado al 756-2022-0-1801-SP-DC-03)	Mauricio Valdez Villalobos	Tercera Sala Constitucional	Se formularon apelaciones contra la sentencia – Resolución N° 22 del 08.03.2023
4	514-2022-0-1801-SP-DC-02 (acumulado al 756-2022-0-1801-SP-DC-03)	Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas, Asociación de Exportadores. Cámara de Comercio de Lima. Sociedad Nacional de Industrias. Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía	Tercera Sala Constitucional	Se formularon apelaciones contra la sentencia – Resolución N° 22 del 08.03.2023
5	401-2022-0-1801-SP-DC-01	Luis Emilio Ubillas Ramírez	Primera Sala Constitucional	En calificación
6	1170-2022-0-1801-SP-DC-03	Asociación de Clínicas Particulares de Perú	Tercera Sala Constitucional	Se apeló Resolución N° 5 del 13.01.2023, que dispuso suspender el proceso hasta que se resuelva definitivamente el Ex. 756-2022
7	128-2022-0-1801-SP-LA-60	Adriana Lévano Díaz	Séptima Sala Laboral	Con Resolución N° 3 del 11.08.2022, se dispuso suspender el proceso hasta que la Corte Suprema emita pronunciamiento respecto a la legalidad del DS 001-2022-TR
8	96-2022-0-1801-SP-LA-01	Asociación de Empresas de Trabajo Temporal del Perú	Tercera Sala Laboral	Con Resolución N° 5 del 10.09.2022, se dispuso suspender el proceso hasta que la Corte Suprema emita pronunciamiento respecto a la legalidad del DS 001-2022-TR

Fuente: Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI (Exp. N° 00070-2022-CEB, Fundamento 21)

Elaboración: Elaboración propia

Conforme se indica en la Tabla N° 04, en el Exp. N° 756-2022-0-1801-SP-DC-03 ACUM, recayó la Sentencia - Resolución N° 22 del 08.03.2023, a través de la cual la Tercera Sala Constitucional declaró fundada en parte la demanda de acción popular; en consecuencia, nula desde su vigencia la modificatoria del artículo 1 del Reglamento de la Ley N° 29245 del 2008, referida a la definición de núcleo de negocio, y la incorporación de la Única

Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR. Asimismo, la Tercera Sala Constitucional (Exp. N° 756-2022-0-1801-SP-DC-03 ACUM) dispuso la siguiente forma de interpretación de la modificatoria cuestionada:

3. INTERPRETAR que el artículo 2º del Decreto Supremo N° 001-2022-TR en el extremo que establece; “(...) No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio.”, es constitucional siempre que se entienda que esta prohibición debe establecerse ante la acreditación de la utilización indiscriminada y abusiva (fraudulenta) de esa forma de contratación con el consiguiente perjuicio de los derechos de los trabajadores; INTERPRETÁNDOSE y ENTENDIÉNDOSE en igual forma y alcances, el extremo del artículo 5º que establece que: “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 (...) desde el inicio el desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto al momento en”; y el extremo del artículo 9º, que establece que: “...con la determinación del momento desde el cual se considera a la empresa principal como empleador de los trabajadores desplazados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del presente Reglamento (...).

A la fecha, se está a la espera que la Corte Suprema resuelva las apelaciones formuladas contra dicha sentencia.

Respecto a los procesos de amparo, se precisa que se vienen interponiendo a nivel nacional, siendo algunos de ellos, los siguientes:

- i. Proceso de amparo seguido con Exp. N° 00020-2022-51-1607-JM-CI-01, por la empresa demandante Consorcio Minero Horizonte S.A., en cuyo cuaderno cautelar, mediante Resolución N° 6 del 10 de agosto de 2022 (Auto de Vista), la Sala Mixta Especializada de la Corte Superior de Justicia de La Libertad confirmó el fallo de primera instancia que amparó la medida cautelar solicitada y en consecuencia ordena la suspensión provisional de la aplicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR respecto del demandante y de las empresas con las que ésta tenga o tuviera contratos de tercerización, por actividades principales o no, relativas a su línea de producción y negocio, que impliquen o no el desplazamiento del personal; así como dispone que el MTPE y SUNAFIL se abstenga a imponer sanciones o cualquier otra medida con relación a ello.

- ii. Proceso de amparo seguido con Exp. N° 02398-2022-73-1801-JR-DC-02, por la empresa demandante Cosapi Minería SAC, la cual solicitó medida cautelar a fin de que suspenda provisionalmente la aplicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, no obstante, dicha pretensión no fue amparada por el Segundo Juzgado Constitucional de Lima, mediante Resolución N° 01 del 21.11.2022.

Respecto a las Denuncias por presuntas barreras burocráticas ante INDECOPI, es de resaltarse el pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de INDECOPI – Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas, mediante Resolución N° 072-2023-SEL-INDECOPI del 24 de febrero de 2023, recaída en el Expediente N° 00070-2022-CEB, en el procedimiento seguido por Cosapi Minería SAC en contra del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, que dispuso suspender el procedimiento hasta que el Poder Judicial resuelva de manera definitiva el proceso de acción popular seguido con Expediente N° 756-2022-0-1801-SP-DC-03, ya que se concluyó que lo que se resuelva en dicho proceso judicial resulta relevante para resolver el procedimiento, ya que en aquel se determinaría la legalidad de distintas medidas contenidas en el cuestionado Decreto Supremo N° 001-2022-TR, incluidas las que habían sido declaradas barreras burocráticas en primera instancia, por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, mediante la Resolución N° 0289-2022/CEB-INDECOPI del 18 de agosto de 2022. Sin perjuicio de ello, el Tribunal dispuso mantener la vigencia de las medidas cautelares otorgadas a los interesados y terceros afectados con tales medidas.

Advertido lo anterior, se evidencia que corresponde al Poder Judicial determinar si la cuestionada modificatoria, esto es el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, cumple con los parámetros legales de forma y fondo para su emisión y por ende ratificar su validez, de ser el caso.

Por otro lado, cabe agregar que ciertos congresistas han promovido ante el actual Congreso de la República la derogación de dicha modificatoria, a través de los Proyectos de Ley N° 1522/2021-CR, N° 1726/2021-CR y N° 02129/2021-CR; no obstante, dicha propuesta aún está pendiente de someterse a debate (cuarto intermedio), según la consulta efectuada en la página web del Congreso (www.congreso.gob.pe).

No obstante, por su parte, el MTPE y la Sunafil muestran su rechazo a dichas acciones legales que se han formulado contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, a través de sus descargos o contestaciones a las demandas y/o denuncias, así como se evidencia de la respuesta al pedido de opinión del Proyecto de Ley N° 1522/2021-CR, Ley que propone

derogar el referido Decreto Supremo (Oficio N° 0743-2022-MTPE/1 del 01 de julio de 2022), con los cuales se reafirman sobre la legalidad de dicho dispositivo legal, señalando que cumplió con los aspectos formales y sustanciales para su emisión, y alegando que contempla una situación que desde el año 2008 se previó con la Ley N° 29245, la cual es que la figura de la tercerización laboral solo comprende la ejecución de actividades especializadas u obras de una empresa.

En esa misma línea, se pronunció, en su oportunidad, el ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, Alejandro Salas Zegarra, quien señaló que “la citada norma no prohíbe ni limita ilegalmente o inconstitucionalmente la tercerización en el Perú. Solo la regula, en base a lo que determina la Constitución, los tratados internacionales y la propia Ley 29245”, así como enfatiza que “el D.S. N° 001-2022-TR lo único que ha hecho es denominar como “núcleo del negocio” aquellas actividades en las que la propia empresa principal ya es experta o especializada, es decir, la cara opuesta de las “actividades especializadas u obras”, finalmente, indicó que “... la salida no es derogar esta norma sino a partir de ella mejorarla para producir trabajo decente...” (gob.pe, 2022, Párrafos 1 y 9)

Asimismo, convencidos de la legalidad de la cuestionada modificatoria y a fin de hacer posible su aplicación, es que MTPE y SUNAFIL incorporaron al ordenamiento jurídico nacional, el Decreto Supremo N° 015-2022-TR que modifica el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, y la Resolución de Superintendencia N° 428-2022-SUNAFIL, que aprueba el Protocolo 001-2022-SUNAFIL/DNI, denominado Protocolo para la Fiscalización de la Tercerización Laboral, instrumento a través del cual se regula el procedimiento para que SUNAFIL fiscalice y/o sancione a las empresas por incumplimiento de la norma de tercerización laboral vigente.

Frente a dicho escenario y teniendo en cuenta los innumerables cuestionamientos que esta modificatoria, esto es, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, viene trayendo, es que en el siguiente capítulo se analizará ello, efectuando un análisis ex post del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, se verificará: i) si cumplió los parámetros formales y sustanciales para su emisión, reforzando el alcance de la Ley N° 29245; y ii) si la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 001-2022-TR resulta (resultó) ser una medida razonable para disminuir la precariedad laboral, en el marco de la reactivación económica ante problemática de la COVID-19 aún latente.

2.7 Elementos esenciales y características de la tercerización laboral

Para evitar el fraude o simulación de la tercerización laboral, se ha previsto en el artículo 2 de la Ley N° 29245 el cumplimiento de ciertos requisitos, como son:

- i. La empresa tercerizadora debe ejecutar por su cuenta el servicio contratado y asumir el riesgo del mismo.
- ii. Para la ejecución del servicio tercerizado, la empresa tercerizadora debe contar con los recursos financieros, técnicos o materiales que sean necesarios
- iii. Los trabajadores de la empresa tercerizadora que ejecuten el servicio contratado están bajo su exclusiva subordinación.
- iv. La empresa tercerizadora es responsable por la ejecución del servicio contratado.

De acuerdo al artículo 3 del Reglamento de la Ley N° 29245, la inexistencia de alguno de dichos requisitos en el caso en concreto, permitirá desvirtuar una legítima tercerización laboral.

Asimismo, la Ley N° 29245 de 2008, en su artículo 2 segundo párrafo, prevé como elementos característicos de dicha figura “entre otros, la pluralidad de clientes, que se cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal”; los cuales son indicios de la autonomía empresarial que, según el Reglamento de la Ley N° 29245 de 2008, artículo 4, “deben ser evaluados en cada caso concreto, considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora”.

Con relación a la pluralidad de clientes, el Decreto Legislativo 1038, en su artículo 1, señala que las empresas tercerizadoras tenían un año contado desde la vigencia de la Ley N° 29245 para su adecuación, así como prevé que ese mismo plazo tendrán aquellas empresas tercerizadoras que recién se constituyan, lo cual será computable a partir del momento de su constitución, pero ello no les autoriza para solo proveer personal ni carecer de autonomía empresarial.

No obstante, en mérito al Decreto Legislativo 1038, se establecieron casos excepcionales a la exigencia de pluralidad de clientes, con el Reglamento de la Ley N° 29245 de 2008, artículo 4 numeral 4.2, que señala que:

- a) Cuando el servicio objeto del contrato de tercerización sólo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora.
- b) Cuando, en base a la naturaleza del servicio u obra, existan motivos atendibles para el establecimiento de un pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora.
- c) Cuando la empresa tercerizadora se encuentra acogida al régimen de la micro empresa.

Respecto al elemento de contar con equipamiento, se precisa que, conforme ha sido advertido por la Segunda Sala Laboral de Lima, en la Resolución del 29 de diciembre de 2010, en su fundamento 11, recaída en el proceso de acción popular Exp. N° 169-08-AP, la Ley N° 29245 no ha señalado como exigencia que las empresas tercerizadoras sean propietarias del equipamiento que sus trabajadores utilizarán para la prestación del servicio objeto del contrato de tercerización.

Es por ello que el Reglamento de la Ley N° 29245 de 2008, en su artículo 4 numeral 4.3, establece que dicha exigencia de contar con equipamiento se cumple cuando la empresa tercerizadora es propietaria o está bajo su administración y responsabilidad aquellos equipos o herramientas utilizados por sus trabajadores para la prestación del servicio. Un ejemplo de las formas legalmente permitidas para contar con equipamiento es a través del arrendamiento financiero (leasing). Asimismo, permite a que las empresas tercerizadoras puedan usar equipos y hasta locales de propiedad de terceros; no obstante, que estén bajo su administración o integren o se vinculen directamente a la actividad tercerizada o instalación productiva que se le haya entregado (entiéndase entregada por la empresa principal) para su operación integral.

Finalmente, cabe agregar que el Reglamento de la Ley N° 29245 de 2008, en su artículo 4 numeral 4.4, señala que, para acreditar la validez de una tercerización laboral, en un caso en concreto, las intervinientes (empresas tercerizadora y principal) deberán aportar otros elementos de juicio o indicios que permiten acreditar que el servicio u obra contratada ha sido prestado de manera autónoma y que no implica la sola provisión de trabajadores.

2.8 Supuestos de desnaturalización de la tercerización laboral y problemática en el Perú

La tercerización laboral constituye una práctica de gran importancia para las empresas peruanas que viene siendo utilizada en distintos negocios y para hacer frente, con menores costos de operación, a las exigencias del mercado; no obstante, su utilización no puede desconocer la normativa que la regula, en el caso de Perú, la Ley N° 29245 y su Reglamento, ni mucho menos los derechos laborales de los trabajadores y/o constituir una forma de precariedad laboral.

Ante dichas posibles circunstancias negativas, es que el legislador peruano ha previsto supuestos de desnaturalización de la tercerización laboral, los cuales, de configurarse, implicaría que la empresa principal sea considerada la empleadora del trabajador desplazado por la empresa tercerizadora.

Sobre la desnaturalización, la Ley N° 29245 de 2008, en su artículo 5, establece que, de incumplirse con sus artículos 2 y 3 e implicar la sola provisión de trabajadores, se dará por desnaturalizado el contrato de tercerización, por ende: i) los trabajadores desplazados tendrán un vínculo laboral directo e inmediato con la empresa principal, y ii) se cancelará el registro previsto en su artículo 8, sin perjuicio de las otras sanciones legales vigentes.

Por su parte, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en su artículo 5, señala que:

Se produce la desnaturalización de la tercerización laboral:

- a) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora no tenga por objeto desarrollar actividades principales conforme a las definiciones establecidas en el artículo 1 del presente Reglamento.
- 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.
- c) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente Reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.
- d) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.

- e) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente Reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.

Respecto a los supuestos a. y b. antes señalados, incorporados con la referida modificatoria, se precisa que en el siguiente capítulo se verificará si los mismos se encuentran conforme a la Ley N° 29245 y por ende si cumplen con las reglas de jerarquía normativa.

2.9 La tercerización laboral en otros países

2.9.1 La tercerización laboral en Colombia

El Código Sustantivo del Trabajo de Colombia de 1950 y sus modificatorias, en su artículo 34, establece que serán considerados contratistas independientes y en consecuencia, reales empleadores y no intermediarios, a las personas naturales o jurídicas que se encarguen de la ejecución de una a más obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, a cambio de un precio determinado, por sus propios medios y asumiendo riesgos que ello conlleve, con libertad y autonomía técnica y directiva; no obstante, dichos terceros, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por los salarios, prestaciones e indemnizaciones que correspondan a los trabajadores, solidaridad que no obsta para que dichos terceros estipulen con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a los trabajadores; finalmente, se prevé que dicha solidaridad también se da respecto a las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun cuando los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

De lo expuesto anteriormente, se verifica que la legislación laboral colombiana permite el *outsourcing* o la tercerización laboral, aun cuando no se utiliza expresamente dicho término. Asimismo, mediante dicha figura, se permite que las empresas contraten a terceros (personas naturales o jurídicas) para que realicen a su favor la ejecución de obras o prestación de servicios que formen parte de sus actividades normales, esto es, relacionadas a su giro del negocio. Siendo así, no habría impedimento para tercerizar actividades principales ni incluso aquellas vinculadas al *core business*.

Al igual que en la legislación peruana, se establece que la realización de dichas obras o servicios se efectúan por los propios medios del contratista y asumiendo la totalidad de riesgos que ello conlleve y con libertad y autonomía técnica y directiva. A su vez, se prevé, en aras de garantizar los derechos laborales de los trabajadores, que las empresas contratantes (beneficiarias) serán solidarias en el pago de los mismos, incluso en aquellos casos de subcontratación no autorizados, sin perjuicio de su derecho de repetición de lo pagado o garantías acordadas sobre ello.

Cabe resaltar que el legislador colombiano no ha efectuado alguna precisión sobre el desplazamiento de los trabajadores a la empresa beneficiaria, por lo que se entiende que se encuentra permitida.

Respecto a la regulación de dicha figura, se viene señalando en los medios de comunicación que si bien actualmente aquella está permitida en Colombia, existe el interés del Ministerio de Trabajo de limitar su alcance, dada la indebida utilización que se viene efectuando y que viene perjudicando los derechos e intereses de los trabajadores. (Garrigues, 2022)

2.9.2 La tercerización laboral en Chile

El 05 de octubre de 2006, se aprobó en Chile la Ley N° 20123, a través de la cual se dispuso agregar al Libro I del Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código de Trabajo del 2002, el Título VII con el que se regula, entre otros, el trabajo en régimen de subcontratación, el cual, según su artículo 183-A, consiste en el trabajo a cargo de un trabajador para su empleador (contratista o subcontratista), encargado de ejecutar obras o servicios a favor de un tercero, denominado empresa principal, en virtud de un acuerdo contractual, en el que se establece que dicho encargo es por cuenta y riesgo del contratista y con trabajadores bajo su dependencia; asimismo, se prevé que están excluidos de dicha definición la ejecución discontinua o esporádica de obras y servicios, y en caso de no cumplirse los requisitos previstos en la norma o se dé la simple intermediación de trabajadores, la empresa principal será considerada como empleadora, sin perjuicio de otras sanciones que estén previstas legalmente.

De la definición antes señalada, se verifica que el trabajo en régimen de subcontratación es lo que en el caso peruano resulta ser la tercerización laboral, no obstante, el legislador chileno no utiliza dicho término.

Respecto a las actividades que dicho régimen puede comprender, es de precisarse que la Dirección de Trabajo del Gobierno de Chile, el 09 de julio de 2007, indicó que:

Del artículo 183-A del Código de Trabajo se infiere que el legislador no estableció restricciones ni limitaciones respecto a las obras o servicios que la empresa principal puede externalizar, circunstancia que autoriza para afirmar que no existe impedimento jurídico alguno para que ésta subcontrate obras, faenas o servicios propios de su giro. (Dictamen N° 2468/053, Fundamento 3)

Dicha conclusión asimismo guarda correspondencia con el artículo 7 de la Ley N° 20123, mediante el cual se modificó la Ley N° 16744 de 1968, Ley que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, en su artículo 66, que establece que:

Artículo 66 bis.- Los empleadores que contraten o subcontraten con otros la realización de una obra, faena o servicios propios de su giro, deberán vigilar el cumplimiento por parte de dichos contratistas o subcontratistas de la normativa relativa a higiene y seguridad. (Subrayado es agregado).

De lo expuesto, se advierte que la legislación chilena no restringe las actividades que pueden ser externalizados, siendo perfectamente posible que una empresa principal decida externalizar los servicios propios de su giro principal. No obstante, existen opositores a ello como Pérez (2020, p. 1171), que señala: “ otro aspecto problemático de la normativa dice relación con la ausencia de limitaciones respecto de las funciones que pueden ser externalizadas, pudiendo incluir, como es un caso recurrente, las funciones que forman parte de la actividad principal de las empresas.” En esa línea de cuestionamiento asimismo está el actual Presidente de Chile Gabriel Boric, quien asumió funciones el 11 de marzo de 2022, ya que se advierte que planearía en su gestión que se establezca una restricción de las actividades que una empresa principal puede externalizar bajo la figura de la subcontratación, al considerarse que la regulación actual fomentaría la precariedad laboral en Chile.

Por otro lado, se precisa que, a diferencia de la legislación peruana, en el caso chileno, el legislador ha estipulado dos tipos de responsabilidad frente a los derechos de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista:

- i. Responsabilidad solidaria (artículo 183-B del Código de Trabajo)

La empresa principal responderá de manera solidaria por las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a su contratista en favor de su trabajador, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de su vínculo laboral; no obstante, dicha responsabilidad está limitada al tiempo en que el trabajador prestó servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal. Lo mismo sucede al contratista frente al trabajador del subcontratista.

ii. Responsabilidad subsidiaria (artículos 183-C y 183-D del Código de Trabajo)

La responsabilidad será subsidiaria cuando la empresa principal ejerza su derecho a ser informada sobre el estado de cumplimiento por el contratista o subcontratista de las obligaciones laborales y previsionales de dar de la cual es responsable, así como también el derecho de retención en caso de incumplimiento; en cuyo caso la empresa principal podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora. Igual responsabilidad asumirá el contratista respecto a las obligaciones que afecten a sus subcontratistas. No obstante, tal responsabilidad estará limitada al tiempo en que el trabajador del contratista o subcontratista prestó servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

Sin perjuicio de las responsabilidades antes señaladas, el artículo 183-E del Código de Trabajo asimismo prevé el deber de la empresa principal de adoptar las medidas idóneas para cautelar eficazmente la vida y salud de los trabajadores que laboren en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia.

2.9.3 La tercerización laboral en México

Ante las vulneraciones comprobadas de los derechos de los trabajadores, el sector sindical mexicano exigió una regulación integral en materia laboral más rígida, siendo que, después de una intensa negociación entre el Gobierno, empresarios y sindicatos, con fecha 23 de abril de 2021, se produjo una gran reforma al respecto, con la publicación del Decreto que dispuso modificar la Ley Federal del Trabajo, entre otros dispositivos legales.

Entre las modificaciones establecidas está la Ley Federal del Trabajo de 1970, en su artículo 12, en la cual se dispuso que queda prohibida la subcontratación de personal, entendiéndose ésta cuando una persona física o moral proporciona o pone a disposición trabajadores propios en beneficio de otra. Dicha definición corresponde a lo que en el Perú se conoce como intermediación laboral.

Asimismo, se modificó la Ley Federal del Trabajo de 1970, en su artículo 13, estableciéndose que:

Se permite la subcontratación de servicios especializados o de ejecución de obras especializadas que no formen parte del objeto social ni de la actividad económica preponderante de la beneficiaria de estos, siempre que el contratista esté registrado en el padrón público a que se refiere el artículo 15 de esta Ley. Los servicios u obras complementarias o compartidas prestadas entre empresas de un mismo grupo empresarial, también serán considerados como especializados siempre y cuando no formen parte del objeto social ni de la actividad económica preponderante de la empresa que los reciba. Se entenderá por grupo empresarial lo establecido en el artículo 2, fracción X de la Ley del Mercado de Valores.

De lo expuesto se advierte que el legislador mexicano no utiliza el término “tercerización laboral”, a diferencia del caso peruano; asimismo, se verifica que excluye del ámbito de aplicación todo servicio u obra que forme parte del objeto social o actividad preponderante de la empresa principal.

Por otro lado, al igual que el caso de Perú, en sus artículos 14 y 15, se establece la responsabilidad solidaria por parte de la empresa principal frente a los derechos de los trabajadores, el requisito de que los contratistas estén registrados en un padrón público, en este caso ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social de México; no obstante, se agrega que dicho registro deberá ser renovado cada tres años; asimismo, se establece que en el contrato por escrito que se celebre no solo se deberá señalar el objeto de la subcontratación, sino también el número aproximado de trabajadores que participarán en el cumplimiento del contrato.

Asimismo, con la finalidad de poder supervisar constantemente a los contratistas, estos fueron obligados a proporcionar cuatrimestralmente al Instituto Mexicano del Seguro Social y al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores la información de los contratos celebrados en el periodo de que se trate; por otro lado, se establecieron multas

y sanciones elevadas en caso de incumplimiento (van desde los USD1.200 a los USD240.000 dependiendo del caso), no obstante, se otorgó un plazo de tres meses para regularizar las contrataciones laborales, realizándose la migración de personas trabajadoras a las empresas para las que en realidad laboraban, con las consecuencias legales que ello implica.

Finalmente, es de precisarse que, a fin de disminuir el impacto del nuevo esquema de contratación laboral exigido por el Gobierno Mexicano, esta reforma asimismo incluyó la variación de las utilidades de las empresas a favor de los trabajadores, siendo que se estableció que tendrá como límite máximo de tres meses del salario del trabajador o el promedio de la participación recibida en los últimos tres años, aplicándose el monto que resulte más favorable al trabajador (artículo 127 de la Ley Federal del Trabajo); con lo cual se busca hacer frente al posible déficit que generarían las nuevas reglas de subcontratación laboral sin un incremento real de las utilidades para las empresas.

2.9.4 La tercerización laboral en España

El 31 de diciembre de 2021 entró en vigencia el Real Decreto-Ley 32/2021 del 28 de diciembre de 2021, que establece medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo en España. En su parte considerativa, se indicó que la reforma laboral estaba motivada en la necesidad de modernizar las figuras de contratación y subcontratación de las empresas, impidiéndose que se utilice la externalización de servicios, a través de la subcontratación, como mecanismo de reducción de los derechos laborales de los trabajadores de las empresas subcontratistas; asimismo, que la modernización de su regulación aseguraría un uso adecuado en los supuestos que mejoran la actividad productiva, al tiempo que lo desincentive en aquellos en que es un mero instrumento de reducción de costos laborales; así como avanzar hacia la equiparación de condiciones de las personas trabajadoras subcontratadas y reforzar la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas.

El Real Decreto-Ley 32/2021 de 2021 modifica la Ley del Estatuto de los Trabajadores de España de 2015, en su artículo 42, referido a la subcontratación de obras y servicios, estableciendo que:

- i. Las empresas en España están legitimadas para contratar o subcontratar con otras, para la ejecución de obras o servicios propios de sus actividades. Esto es, de la

revisión de dicho artículo 42, se entiende que pueden tercerizar las actividades correspondientes al giro del negocio.

- ii. Las empresas están obligadas a verificar que sus contratistas cumplan con el pago de las cuotas de la Seguridad Social; así como se prevé la responsabilidad solidaria de aquellas, durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia del contrato; además responderán solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo, por aquellas remuneraciones contraídas por los contratistas y subcontratistas con las personas trabajadoras a su servicio. Como excepción a ello, se establece que no habrá responsabilidad por aquellas actividades orientadas exclusivamente a la construcción o reparación de viviendas, o las contratadas por un propietario de obra o industria cuando no exista motivos empresariales.
- iii. Los contratistas o subcontratistas deberán comunicar a sus trabajadores, por escrito, la identidad de la empresa principal en donde realizarán sus servicios, su domicilio y su número de identificación fiscal, siendo que dicha información deberá ser alcanzada antes del inicio de dicha prestación. Dicha identidad también deberá ser comunicada a la Tesorería General de la Seguridad Social.
- iv. Cuando la empresa principal, el contratista o subcontratista tengan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera contará con un libro registro en el que conste información de la subcontratación, siendo que dicho libro estará a disposición de la representación legal de las personas trabajadoras.
- v. Tanto la empresa principal como el contratista o subcontratista, tienen la obligación de informar a la representación legal de sus personas trabajadoras, sobre el inicio de la ejecución de la subcontratación.
- vi. Cuando no exista un representante legal y se comparta el mismo centro laboral, los trabajadores del contratista y subcontratista recurrirán al representante legal de los trabajadores de la empresa principal para formular sus reclamos sobre condiciones de trabajo.
- vii. La representación legal de los trabajadores de la empresa principal con la de las empresas contratistas y subcontratistas, siempre que compartan de forma continuada el mismo centro laboral, podrán coordinar respecto a condiciones de trabajo.

2.10 La diferencia entre tercerización y la intermediación laboral

La tercerización y la intermediación laboral son dos mecanismos de contratación utilizados en el Perú, los cuales permiten a las empresas contar con fuerza laboral para que desarrollen determinadas actividades en sus instalaciones, sin que tengan un vínculo laboral directo con los trabajadores desplazados.

A diferencia de la tercerización, la intermediación laboral consiste solo en la provisión y desplazamiento de mano de obra, generalmente especializada, a una empresa usuaria por parte de una empresa intermediadora (más conocida como *services*). Bajo esta modalidad, no se busca el desarrollo de una actividad, obra o servicio específico, sino que el objetivo último es la cesión de trabajadores para cubrir alguna necesidad temporal o complementaria de la empresa usuaria. En ese caso, es esta última quien dirige y supervisa las tareas de los trabajadores (Instituto Peruano de Economía, 2022).

Por su parte, Puntriano (2021) señala que:

La subcontratación de personas o “intermediación laboral” como se denomina en nuestro país, tiene limitada su procedencia a actividades complementarias o a actividades principales en supuestos temporales de ocasionalidad y suplencia, proscribiendo la contratación indirecta de mano de obra para ejecutar actividades permanentes de la empresa usuaria en línea con la pauta normativa de preferencia de la contratación indeterminada consagrada en nuestro ordenamiento laboral. (p.33)

Asimismo, Toledo (2015, p.26) afirma que “mediante la tercerización la empresa beneficiaria va a contratar con miras a satisfacer el requerimiento de un bien determinado o servicio especializado, no de una prestación personal de los trabajadores de la contratista como sí sucede en la intermediación”.

Partiendo de las citadas definiciones y tomando en cuenta lo expresamente regulado en las leyes correspondientes y sus reglamentos, es que se establece las siguientes diferencias entre la intermediación y la tercerización laboral (Tabla N° 05):

Tabla N° 5 – Diferencias entre la intermediación y la tercerización laboral

DIFERENCIAS ENTRE LA INTERMEDIACIÓN Y LA TERCERIZACIÓN LABORAL		
	INTERMEDIACION LABORAL	TERCERIZACIÓN LABORAL
Norma que regula	Ley 27626 y su Reglamento aprobado mediante D.S.003-2002-TR	Ley 29245, D. Leg. 1038 y su Reglamento aprobado mediante D.S.006-2008-TR, modificado por D.S. 001-2022-TR
Forma de desplazamiento	Destaque de personal para puestos de trabajo en otra empresa	Desplazamiento continuo de personal para un servicio u obra específica en la empresa tercerizadora. Hay continuidad cuando: i) desplazamiento ocurra cuando menos durante más de 1/3 de días laborales pactados. y ii) supere de 420 horas o 52 días laborables efectivos, consecutivos o no, dentro de 6 meses.
Elementos característicos	A cargo de personas jurídicas creadas bajo las formas societarias previstas en la Ley General de Sociedades o como Cooperativas.	Las empresas tercerizadoras se encargan con sus propios medios y/o recursos de la ejecución de las actividades, asumen el riesgo de las mismas, y son responsables de los resultados. Excepcionalmente, podrán utilizar equipos o locales de propiedad de terceros. Contarán con pluralidad de clientes, salvo excepciones previstas en el Reglamento de la Ley N° 29245. Está prohibida la sola provisión de mano de obra. Las tercerizadoras podrán subcontratar.
Actividades	Aplicable para supuestos de temporalidad, complementariedad (actividades accesorias o no vinculadas al giro del negocio) o especialización (servicios de alta especialización). No actividades que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal.	Aplicable para actividades especializadas u obras; asimismo, la Ley N° 29245 del 2008, en su artículo 3, establece entre otros supuestos: “ 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”. Además, el DS N° 001-2022-TR que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en su artículo 1, señala que las actividades especializadas son “aquellas actividades vinculadas a la actividad principal de una empresa, que exigen un nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados”; y respecto de la obra, la define como “la ejecución de un encargo concreto vinculado a la actividad principal, debidamente especificado en el contrato civil”. Finalmente, precisa que los dos supuestos no pueden comprender el núcleo del negocio de una empresa.
Límite de trabajadores desplazados	Bajo la modalidad temporal, máximo 20% del total de la empresa usuaria del servicio, lo cual no es aplicable a servicios complementarios o especializados, siempre y cuando la empresa de servicios asuma plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades.	No existe límite

DIFERENCIAS ENTRE LA INTERMEDIACIÓN Y LA TERCERIZACIÓN LABORAL		
Subordinación, dirección y supervisión	La empleadora será la empresa de intermediación, pero los trabajadores desplazados estarán sujetos a la dirección y supervisión de la empresa usuaria. No aplicable al caso de servicios de alta especialización, en donde la empresa de intermediación mantiene la dirección de las tareas.	Los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo su exclusiva subordinación
Derechos laborales	Los trabajadores desplazados de las empresas de servicios, tienen derecho a las remuneraciones y condiciones de trabajo de alcance general que reciben los trabajadores de la empresa usuaria, durante el periodo de destaque y siempre que desempeñen las mismas labores que estos últimos.	Los trabajadores desplazados al centro laboral de la empresa principal, tienen derecho a exigir todos los derechos laborales individuales y colectivos vigentes, a su empleador.
De la fianza	Para garantizar las obligaciones laborales y pagos de seguridad social de sus trabajadores destacados, su empleador debe conceder una fianza.	No hay disposición al respecto.
Responsabilidad de las obligaciones	Responsabilidad solidaria de la empresa usuaria por los derechos laborales, legales o por convenio colectivo, en caso la fianza no sea suficiente.	Durante el periodo de desplazamiento y hasta un año posterior a su culminación, la empresa tercerizadora será responsable solidario por los pagos de beneficios laborales y seguridad social del trabajador devengados en dicho periodo.
Consecuencia de la desnaturalización	Reconocimiento de relación laboral directa entre la empresa usuaria y el trabajador destacado, desde el inicio de sus labores.	Reconocimiento de relación laboral directa entre la empresa principal y trabajador desplazado desde el inicio del desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto a un momento posterior
Registro	Se prevé un Registro Nacional de Empresas y entidades que realizan actividades de intermediación laboral. Su inscripción es requisito esencial para el inicio y desarrollo de actividades, quedando sujeta la vigencia de su autorización a la subsistencia de su Registro	Se prevé legalmente un Registro Nacional de Empresas tercerizadoras, en el que las empresas tercerizadoras deben inscribirse para el inicio y desarrollo de sus actividades.

Fuente: Propia

Elaboración: Elaboración propia

CAPÍTULO III: DESARROLLO DEL TEMA

El presente capítulo tiene como finalidad desarrollar una evaluación *ex post* del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, Ley que regula la tercerización laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

Respecto a la evaluación *ex post* de las normas, Montalvo (s.f.) señala que se muestra como un tema novedoso en el sistema jurídico que se inserta dentro de las medidas que se han adoptado en los últimos años dentro de la técnica legislativa y que promueven una mejora de la regulación o de la denominada también buena regulación o regulación inteligente, expresiones estas últimas tomadas de la traducción literal de los términos en lengua inglesa que han presidido el movimiento global y europeo (OCDE y UE, fundamentalmente a favor del desarrollo de un ordenamiento jurídico de calidad, *better regulation* y el más reciente de *smart regulation*).

Asimismo, Iválua (2009) afirma que:

En la evaluación *ex post* (ya sea de políticas, de programas finalizados o de programas maduros aún activos), el análisis es retrospectivo y puede centrarse en el proceso de implementación, en los impactos logrados o en la eficiencia económica de la intervención. Esta información permite orientar cambios en el diseño o en la operativa de la intervención, si el programa sigue activo, o inspirar el diseño de intervenciones nuevas. (p.10)

Expuesto ello y teniendo en cuenta el marco teórico expuesto en el capítulo anterior, a continuación se evaluará si el Decreto Supremo N° 001-2022-TR cumplió con los parámetros formales y sustanciales para su emisión, así como si su entrada en vigencia resulta ser una medida razonable para disminuir la precariedad laboral, en el marco de la reactivación económica ante la problemática ocasionada por la emergencia sanitaria por la COVID-19.

3.1. Evaluación de la legalidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR

De acuerdo al principio de legalidad reconocido en el TUO de la Ley N° 27444 de 2019, en su artículo IV del Título Preliminar numeral 1.1., “las autoridades administrativas deben

actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo a los fines para los que les fueron conferidas”. A su vez, respecto a dicho principio, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo de 2007, en su artículo I del Título Preliminar, establece que “las 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 están conferidas”.

De la revisión de la Ley N° 29245 de 2008, en su Segunda Disposición Complementaria y Final, establece que “El Poder Ejecutivo reglamentará la presente Ley dentro de los treinta (30) días hábiles después de la vigencia de la presente ley”. Siendo así, se verifica que el Poder Ejecutivo se encuentra legitimado para aprobar el Reglamento de la referida ley y efectuar modificaciones a este último, lo cual guarda correspondencia con la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 118 numeral 8, que prevé que el Presidente de la República tiene facultad para reglamentar las leyes, siempre que no las contravengan ni desnaturalice; y en consecuencia, aprobar decretos y resoluciones; y con la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo de 2007, en su artículo 6 numeral 6.1, que establece que es función del Poder Ejecutivo reglamentar las leyes, así como su aplicación y supervisión sobre su cumplimiento.

Dicha potestad reglamentaria es ejercida por el Poder Ejecutivo, a través de Decretos Supremos, conforme a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo de 2007, artículos 11 y 13, lo cual se ha cumplido en el presente caso, toda vez que la modificatoria al Reglamento de la Ley N° 29245, ha sido aprobada por el Poder Ejecutivo, mediante el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

Expuesto ello, corresponderá verificar si el Poder Ejecutivo cumplió con los parámetros formales y sustanciales para la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, a fin de garantizar su validez.

3.1.1 Evaluación de cumplimiento de parámetros formales

En la Tabla N° 6, se realiza la evaluación de cumplimiento de parámetros formales por parte del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, en atención a lo establecido en las siguientes normas:

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

- Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, que aprobó el Reglamento de la Ley Marco para la producción y sistematización legislativa (vigente a la fecha de promulgación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR; no obstante, fue derogado por el Decreto Supremo N° 007-2022-JUS, en su Única Disposición Complementaria Derogatoria).
- Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, que aprueba el Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general.
- Resolución Directoral N° 002-2019-JUS/DGDNCR, que aprueba la primera reimpresión de la Cuarta Edición Corregida, Aumentada y Actualizada de la Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo.

Tabla N° 6 – Evaluación de cumplimiento de parámetros formales del D.S N° 001-2022-TR

REQUISITOS DE LOS DECRETOS SUPREMOS	BASE LEGAL	VERIFICACIÓN	CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS POR EL D.S. N° 001-2022-TR
Reglamentar normas con rango de ley o regular la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional.	Ley N° 29158, artículo 11	El D.S. N° 001-2022-TR modifica el D.S. N° 006-2008-TR, que aprobó el Reglamento de la Ley N° 29245, Ley que regula la tercerización laboral	SÍ CUMPLE
Voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según la ley.	Ley N° 29158, artículo 11	La Ley N° 29245 no prevé que su Reglamento cumpla dicha formalidad	SÍ CUMPLE
Rubrica del Presidente de la República y refrendado por uno o más Ministros competentes	Ley N° 29158, artículo 11 La Ley N° 29381 de 2009, Ley de Organización y Funciones del MTPE, en su artículo 5 numeral 5.1, establece que: 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	El D.S. N° 001-2022-TR fue refrendado por el Presidente de la República del Perú y la Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo	SÍ CUMPLE

REQUISITOS DE LOS DECRETOS SUPREMOS	BASE LEGAL	VERIFICACIÓN	CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS POR EL D.S. N° 001-2022-TR
	capacitación para el trabajo, normalización y certificación de competencias laborales, autoempleo, reconversión laboral y migración laboral.		
Vigente al día siguiente de su publicación en el Diario El Peruano, salvo que disponga que se postergue su vigencia	Ley N° 29158, artículo 11 D.S. 001-2009-JUS, artículos 4, 7 y 8	El D.S. N° 001-2022-TR fue publicado el 23.02.2022, en el Diario Oficial El Peruano; asimismo, no existe alguna disposición en el mismo respecto de su entrada en vigencia, por lo que es de aplicación lo dispuesto en la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 109: <u>“La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”</u> (el subrayado es agregado), en concordancia con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo de 2007, artículo 11.	SÍ CUMPLE
Su proyecto debe ser elaborado por la entidad competente, y contener su exposición de motivos, informes, consultas y estudios que lo sustentan; así como un análisis de constitucionalidad, legalidad y coherencia normativa.	Ley N° 29158, artículo 13 Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo de 2019. D.S. 008-2006-JUS, artículo 2 ROF-MTPE, artículo 121.	El DS N° 001-2022-TR fue elaborado por el MTPE, quien es la entidad competente en razón a la materia que se regula, así como cuenta con una exposición de motivos. No obstante, en esta última, no se advierte los informes, estudios y consultas que se hayan efectuado o alguna data que sustenten dicha norma, así como tampoco existe un análisis sobre constitucionalidad o legalidad, así como coherencia normativa.	CUMPLE PARCIALMENTE
Aprobadas mediante decreto supremo, dentro del plazo, salvo disposición expresa con rango de ley.	Ley N° 29158, artículo 13 Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo de 2019	La Ley N° 29245 no prevé un plazo para la aprobación de modificatorias a su Reglamento.	SÍ CUMPLE
Publicación de los proyectos de reglamentos en el Diario Oficial El Peruano, en los Portales Electrónicos de las entidades o mediante cualquier otro medio. No será necesario cumplir dicha formalidad, en los siguientes dos supuestos: i. Se traten de normas y decisiones dadas por los Poderes Legislativo y Judicial, Decretos de Urgencia y Decretos Legislativo; ii. Cuando en el proyecto normativo se consigne los motivos fundamentados que sustenten que su prepublicación resulta impracticable, innecesario o contravenga a la seguridad o al interés público	Ley N° 29158, artículo 13 Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo de 2019 D.S. 001-2009-JUS, artículo 14	El proyecto del D.S. N° 001-2022-TR no fue publicado en el portal electrónico del MTPE, el Diario Oficial El Peruano ni en otro medio. Asimismo, de su exposición de motivos y de la parte considerativa del DS no se verifica que el MTPE haya consignado los motivos fundamentados, por los que se concluyó que su prepublicación resultaba innecesaria o contravenga a la seguridad o el interés público. Finalmente, del Informe N° 032-2022-MTPE/2/14.1 DEL 08.02.22, de la Dirección de Normativa de Trabajo del MTPE, unidad orgánica que se encargó de formular la propuesta normativa, no se verifica alguna evaluación o consideración respecto al cumplimiento de dicho requisito.	NO CUMPLE

REQUISITOS DE LOS DECRETOS SUPREMOS	BASE LEGAL	VERIFICACIÓN	CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS POR EL D.S. N° 001-2022-TR

Fuente: propia

Elaboración: elaboración propia

Conforme consta en la Tabla N° 6, no se verifica que existan informes, estudios y/o consultas que se hayan realizado, o alguna data que sustentasen la aprobación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, así como tampoco un análisis sobre constitucionalidad o legalidad, así como coherencia normativa.

Con relación a ello, es relevante traer a colación lo establecido en el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de 2009, aprobado por Resolución Ministerial N° 308-2019-TR, en sus artículos 119, 120 y 121, que regulan al Concejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, el cual es uno de los mecanismos de diálogo social y concertación laboral, presidido por el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo e integrado por las organizaciones más representativas de los trabajadores y de los empleadores, así como por las organizaciones sociales representativas vinculadas a los Sectores del Ministerio; siendo una de sus funciones:

Artículo 121.- Funciones del Concejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo. Son funciones del Concejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo: (...) b. Emitir opinión sobre los proyectos de normas legales que, en los temas, de su competencia, tramite el Poder Ejecutivo o Poder Legislativo.

No obstante, se verifica que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, quien formuló y rubricó el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, no dio cumplimiento a lo establecido en su ROF, esto es, de someter a opinión del Concejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo el proyecto de modificatoria del Reglamento de la Ley N° 29245, más aun cuando es un tema que generaría controversia y supuestos conflictos de intereses, tal como lo ha manifestado la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Lima (Exp. N°: 00756-2022-0-1801-SP-DC-03 acum), en el marco del proceso de acción popular contra el referido Decreto Supremo, indicando que:

Se advierte que las partes con relación al tema de la prohibición de la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio tienen posiciones muy extremas, por lo que más allá de lo que se resuelva en definitiva en el presente proceso constitucional, esas divergencias van encontrarse subyacentes; en este

sentido, y más aún, si se considera la forma como fue emitida la disposición reglamentaria (por ejemplo sin pre publicación del proyecto), es de vital importancia que tanto al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y las organizaciones más representativas de los trabajadores y empleadores en ese consejo, dialoguen, discutan y que de una vez por todas arriben a una solución concertada sobre el tema (...) (Fundamento 69).

En consecuencia, conforme a lo antes advertido, se evidencia que se ha incumplido las formalidades establecidas en el artículo 2 del D.S. 008-2006-JUS, el artículo 13 de la Ley N° 29158 y la Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo de 2019.

Asimismo, se verifica que dicho Decreto Supremo no cumplió con el requisito de prepublicación de su proyecto a fin de fomentar la participación ciudadana para que presenten sus comentarios, observaciones y/o sugerencias.

Al ser el Decreto Supremo una norma de carácter general que reglamenta normas con rango de ley, conforme a la definición prevista en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo de 2007, artículo 11; resulta obligatoria la publicación de su proyecto, conforme a lo dispuesto en su artículo 13, numeral 3, que establece: “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”; requisito formal que ha sido precisado con el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS (publicado el 15 de enero de 2009), que aprueba el Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general.

Cabe precisar que el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS de 2009, en su Exposición de Motivos, numeral I, establece que su objeto es establecer en un único instrumento todas aquellas disposiciones sobre publicidad y difusión de normas legales generales, y las correspondientes a la publicación de proyectos normativos, a fin de cumplir con el compromiso del Estado Peruano en el marco del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos (APC PERU-EE.UU); asimismo, su numeral 1.2. establece que:

1.2 Publicación de proyectos normativos de carácter general

El principio de publicación no debería ser aplicado únicamente a las normas ya aprobadas, sino que resulta igualmente importante- y complementario-, publicar los proyectos de normas que las entidades públicas estimen adoptar. Ello permitirá otorgar mayor previsibilidad a los operadores jurídicos respecto a las modificaciones normativas, y a su vez otorgará la oportunidad a los administrados de participar en su formulación a través de sus comentarios.

En esta línea el artículo 13° de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, establece que los proyectos de reglamento se publican en el portal electrónico de la entidad competente para recibir aportes de la ciudadanía, cuando así lo requiera la Ley.

Un compromiso más amplio respecto a la publicación de proyectos normativos ha sido asumido por el Perú en el APC Perú – EE.UU., (Artículo 19.2 del Capítulo 19: Transparencia), por el cual las Partes se han obligado a publicar por adelantado y, en la medida de lo posible, cualquier norma de carácter general que se propongan adoptar. Cabe señalar que esta disposición del APC Perú – EE.UU., debe interpretarse en el sentido que la prepublicación constituye la regla y sólo por excepción se puede dejar de publicar por adelantado; es en ese sentido que en el presente proyecto se regulan las excepciones a la regla mencionada. (el subrayado es agregado).

Por lo expuesto, se advierte que el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS **consolida** las disposiciones referidas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales generales, incorporando en las mismas incluso lo dispuesto en la Ley N° 29158; por lo que las entidades públicas tienen el deber de dar cumplimiento a las mismas.

Siendo así, se verifica que el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS de 2009, en su artículo 14, prevé que los proyectos de normas generales serán publicados en el Diario El Peruano, en los portales electrónicos de las entidades públicas o en otros medios que aseguren la participación ciudadana, para la presentación de comentarios, sugerencias u observaciones, por no menor de 30 días antes de su entrada en vigencia. En dicha publicación deberá constar: i) referencia a la entidad pública formuladora del proyecto; ii) proyecto de norma y su exposición de motivos; iii) Plazo para presentar los comentarios, sugerencias u observaciones; y iv) Representante de la entidad que recibirá estos últimos. Asimismo, dicho artículo 14, en su numeral 3, señala que el cumplimiento de dicha regla de prepublicación no será exigible cuando: i) se traten de normas y decisiones de los Poderes Legislativo y Judicial, Decretos de Urgencia y los Decretos Legislativos; y ii)

cuando en el proyecto normativo se consignen los motivos fundamentados que sustenten que la prepublicación de la norma resulta innecesaria, impracticable, o contravenga a la seguridad o al interés público.

Advertido lo anterior, se verifica que no se cumplió con publicar en el Diario El Peruano el proyecto del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, conforme a la revisión de sus publicaciones que ha sido efectuada, así como tampoco fue publicado en el portal institucional del MTPE ni en otro medio, conforme ha sido reconocido por representantes del mismo en sus descargos formulados en el marco de los procesos legales que vienen ventilándose ante INDECOPI y el Poder Judicial.

Si bien el MTPE ha argumentado, en sus descargos contra las acciones legales iniciadas contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR y opiniones contra propuestas del Congreso de su derogatoria, que no se procedió a dicha prepublicación, por cuanto, dicha norma es sectorial, al generar efectos solo a un sector poblacional determinado, esto es, a las empresas principales que tercerizan actividades especializadas u obras que forman parte de su actividad principal (posición advertida en el considerando 6 de la Resolución N° 0298-2022/CEB-INDECOPI y numeral 2.15 del Informe N° 183-2022-MTPE/2/14.1); se precisa que dicho argumento no resulta válido, toda vez que se verifica que el proyecto del Decreto Supremo N° 001-2022-TR no se encontraba exceptuado de dicha publicación, por cuanto no se encuentra en ninguno de los supuestos antes señalados, estos son: i) No es alguna norma o decisión de los Poderes Legislativo y Judicial, ni Decreto de Urgencia ni Decreto Legislativo, sino que es un Decreto Supremo, el cual es una norma de carácter general, conforme al artículo 11 de la Ley 29158; y ii) En su exposición de motivos o los considerandos del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, no consta que el MTPE haya detallado los motivos fundamentados que sustente por qué no se efectuó la prepublicación, o si la misma resultaba innecesaria o contravenía a la seguridad o al interés público.

En consecuencia, advertido el incumplimiento de dicha formalidad, se concluye que se ha trasgredido el artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, y por ende vulnerado los principios de legalidad (reconocido en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y el TUO de la Ley N° 27444); y de participación y transparencia, según el cual todo ciudadano puede estar vigilante y participar en las gestiones de las entidades públicas, conforme a los procedimientos previstos en la ley (reconocido en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo).

Dicha posición asimismo es compartida por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI (Expediente N° 0289-2022/CEB-INDECOPI), quien en el marco

de su procedimiento de declaración de barreras burocráticas contra ciertas disposiciones del D.S. N° 001-2022-TR, concluyó que:

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 de Decreto Supremo N° 00-2009-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 están atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. (Fundamento 100).

Así, como también es una de las razones por las cuales algunos congresistas han propuesto su derogatoria, según constan en los Proyectos de Ley N° 1522/2021-CR, N° 1726/2021-CR y N° 02129/2021-CR.

3.1.2 Evaluación de parámetros sustanciales

Según la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 118 numeral 8, se prevé que el Presidente de la República tiene la facultad de reglamentar las leyes; no obstante, no puede contravenirlas ni desnaturalizarlas; sino que dicha facultad debe ajustarse a los principios de competencia, transparencia y jerarquía normativa, conforme lo establecido en el artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Teniendo en cuenta lo anterior, se precisa que, dentro de los procesos legales que se han iniciado contra la vigencia del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, se viene alegando que ha modificado el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprobó el Reglamento de la Ley N° 29245, limitando el ámbito de aplicación de esta última, modificándola pese a su inferior jerarquía, introduciendo nuevas reglas que limitan injustificadamente las actividades que pueden ser objeto de tercerización, vulnerándose de esta manera los derechos a la libertad de empresa, libertad de contratación y el principio de jerarquía normativa. Asimismo, se ha alega que la Ley N° 29245 no hace ninguna distinción entre actividades nucleares o no nucleares, sino que permite que en general las empresas puedan tercerizar cualquier actividad especializada u obra; no obstante, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR ha incorporado dicho término “núcleo de negocio” y establecido que está prohibido tercerizar actividades que comprendan el mismo, así como incorporado ello como un nuevo supuesto de desnaturalización.

Expuesto ello, corresponderá verificar si el Decreto Supremo N° 001-2022-TR cumple con los parámetros sustanciales para su emisión, y por ende si resultan válidas las alegaciones antes señaladas.

Respeto de la jerarquía normativa

El Decreto Supremo N° 001-2022-TR es una norma de carácter general, que modifica el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29145, Ley que regula la Tercerización Laboral, y el Decreto Legislativo N° 1038 que precisa los alcances de esta última; esto es, ha sido emitido con el propósito de reglamentar la Ley que regula la Tercerización Laboral.

Siendo así, corresponderá evaluar si dicha modificatoria cumple con el principio de jerarquía normativa, reconocido por la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 51, que establece que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”, lo cual guarda concordancia con su artículo 118 numeral 8, que prevé la facultad para reglamentar leyes del Presidente de la República; no obstante, la misma no debe implicar la contravención ni desnaturalización de la ley.

Al respecto, en el marco del proceso de acción popular contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Lima (Exp. N° 00756-2022-0-1801-SP-DC-03 acumulado), indicó que:

En una primera aproximación, según el Diccionario de la Real Academia Española⁴⁸, la palabra “**transgredir**” significa: “**Quebrantar, violar un precepto, ley o estatuto**”; mientras que la palabra “**desnaturalizar**” significa: “**alterar las propiedades o condiciones de algo, desvirtuarlo**”; por lo tanto, de estas definiciones se advierte cuáles son los parámetros de esas limitaciones constitucionales que tiene esa autoridad para ejercer su potestad reglamentaria..., la disposición reglamentaria cuestionada es de los aquellos denominados reglamentos *secundum legem*, de ejecución o reglamentos ejecutivos de las Leyes; es decir, los dictados por las autoridades o entes atribuidos de potestad reglamentaria para establecer las pautas de desarrollo o complemento que hagan posible la aplicación o cumplimiento de las disposiciones legales. Para establecer alguna situación de trasgresión o desnaturalización no basta realizar un análisis comparativo de la literalidad de las palabras o los términos consignados en las

disposiciones (Ley y reglamento); y como bien explica MORON URBINA: “... **el reglamento ejecutivo no necesita reproducir literalmente la Ley que reglamenta, sino que incluso puede apartarse de su estructura gramatical, siempre que se ajuste al espíritu de la misma y sus disposiciones no sean incompatibles con los fines de aquella (...)** cobra trascendental importancia su naturaleza de ser complemento indispensable de la ley a la cual reglamenta **por lo cual le es permitido al reglamento incluir todo lo necesario para asegurar la correcta aplicación y plena efectividad de la ley misma que desarrolla**, pero su vez, tampoco puede incluir a aquello que no se considere razonablemente indispensable para garantizar estos fines y su naturaleza.”(Resaltado y subrayado es nuestro); lo que debe buscarse, incluso de ser el caso, es el interpretar si la disposición reglamentaria va en el mismo sentido de la finalidad de la disposición legal reglamentada; no cabe interpretarla de tal modo que se transgreda o se desnaturalice la finalidad de la misma (...). (Fundamentos 30 y 31)

El Decreto Supremo N° 001-2022-TR modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en sus artículos 1, 2, 5, 8 y 9, referidos a las definiciones, ámbito de aplicación, causales y consecuencias de la desnaturalización de la tercerización laboral, contenido de los contratos a suscribirse en el marco de dicha figura jurídica, el derecho de brindar información a los trabajadores desplazados, y disposiciones sobre el contenido del Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras; así como establece un plazo para su adecuación, en su Única Disposición Complementaria Transitoria. No obstante, se deja constancia que el presente análisis solo versará sobre aquellas disposiciones referidas a lo que puede ser objeto de tercerización y las implicancias de su incumplimiento, lo cual está relacionado al tema de investigación.

Por tanto, a continuación corresponderá evaluar si tales disposiciones se encuentran conforme a la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038.

3.1.2.1 Supuestos de tercerización laboral

La Ley 29245 de 2008, en su artículo 2, señala que la tercerización consiste en contratar empresas para que ejecuten actividades especializadas u obras, con sus propios recursos y trabajadores, los cuales están bajo su exclusiva subordinación, y asumiendo los riesgos y la responsabilidad de los resultados obtenidos; siendo que no se admite la sola provisión de trabajadores.

En tal sentido, implica una prestación de un servicio o realización de una obra que consista en algo más que la dotación de trabajadores, esto es, una prestación de un servicio integral y suficiente por parte de una empresa tercerizadora que cuente con los elementos suficientes que le permitan ejecutar las actividades contratadas, a favor de la empresa principal.

De la definición de la Ley, no se advierte si mediante la figura de la tercerización se puede descentralizar actividades principales, actividades nucleares – *core business*- o actividades complementarias, sino solo se hace mención a “actividades especializadas u obras”.

A su vez, de la revisión del Diario de Debates de aprobación de la Ley del 2008, se advierte que dicha omisión de abordar de manera específica sobre qué actividades pueden ser objeto de tercerización, se debería a que el Congreso que aprobó la Ley N° 29245 no tenía claro ello, según lo expresado en las siguientes intervenciones:

El señor SOUSA HUANAMBAL (GPF).-...Hay algunas modificaciones interesantes que se han hecho, desgraciadamente no tenemos mucho tiempo. Se ha eliminado toda referencia a actividades principales y actividades complementarias y simplemente se ha puesto se ha puesto actividades especializadas u obras, no se sabe si principales o complementarias, no obstante, que en el artículo 4 se hace referencia de alguna manera a empresa y actividades principales. (p. 1176)

(...)

El señor ABUGATTÁS MAJLUF (GPN).-...He pedido esta intervención porque, definitivamente, en el texto que hoy se nos ha traído hay contradicciones gravísimas sobre el artículo 2, que trata sobre la definición de la tercerización, y el artículo 3°, sobre los casos que constituyen tercerización de servicios. Por esta razón y por las que han mencionado los otros congresistas, pido, como cuestión previa, el retorno a comisión de este proyecto de ley para que se profundice la investigación. (p. 1179)

Si bien al día siguiente de la publicación de la Ley N° 29245 se dictó el Decreto Legislativo N° 1038 que precisó algunas de sus disposiciones, tampoco se verifica que éste haya subsanado la omisión antes advertida.

Siendo así, solo se cuenta con dicha definición (contratación de empresas para ejecutar actividades especializadas u obras) y con los siguientes casos que constituyen tercerización de servicios, según la Ley N° 29245 de 2008, en su artículo 3°:

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.

Al respecto, primero, es importante señalar que, del análisis del referido artículo 3, se verifica que la mención “entre otros” permite concluir que dicha lista de casos prevista no es taxativa.

Segundo, respecto a los casos señalados, se precisa que el primero está regulado en la Ley N° 26887 de 1997, Ley General de Sociedades, en su artículo 193°, que establece que:

Artículo 193.- Designación de una persona jurídica .Cuando se designe gerente a una persona jurídica ésta debe nombrar a una persona natural que la represente al efecto, la que estará sujeta a las responsabilidades señaladas en este Capítulo, sin perjuicio de las que correspondan a los directores y gerentes de la entidad gerente y a ésta.

A su vez, en su artículo 188, señala que:

Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones:

1. Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social;

2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil y las facultades previstas en la Ley de Arbitraje;

3. Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones del directorio, salvo que éste acuerde sesionar de manera reservada;

4. Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de la junta general, salvo que ésta decida en contrario;

5. Expedir constancias y certificaciones respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad; y,

6. Actuar como secretario de las juntas de accionistas y del directorio.

(el subrayado es agregado)

De la revisión de dichas atribuciones, se verifica que las mismas están vinculadas con el objeto social de la empresa, entendido como el conjunto de negocios u operaciones lícitos a los que se dedica una empresa, incluidos aquellos actos relacionados que coadyuvan a la realización de sus fines (Ley N° 26887 de 1997, artículo 11), lo cual se subsume en la definición de actividad principal establecida en el Decreto Supremo N° 003-2002-TR de 2002, en su artículo 1:

Actividad principal: Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquélla que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa.(el subrayado es agregado).

En consecuencia, se puede concluir que dicho primer caso de tercerización evidencia que se pueden tercerizar actividades principales de una empresa.

Respecto al segundo caso referido a los contratos de obra, se verifica que se encuentra previsto en el Código Civil de 1984, en su artículo 1771, que establece que: “Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución”; asimismo, su artículo 1774 establece que “los materiales necesarios para la ejecución de la obra deben ser proporcionados por el comitente, salvo costumbre o pacto distinto”. De lo expuesto, se concluye que los contratos de obra tienen por objeto que el contratista realice una prestación de hacer (ejemplo un edificio) y que el producto de la misma, esto es, la obra, sea entregada al comitente, el cual deberá entregar a cambio una contraprestación (retribución). Siendo así, dicho segundo caso permitiría concluir que se podría tercerizar cualquier tipo de obra.

Respecto al tercer caso referido a los procesos de tercerización externa, se precisa que se encuentran referidos a aquellas actividades que una empresa decide encargar a un tercero, las cuales son realizadas fuera de su centro de trabajo o de operaciones, esto es sin desplazamiento de los trabajadores de éste último al local del beneficiario. Dicho

ejemplo no delimita si la tercerización laboral regulada es solo para tercerizar actividades principales o no. No obstante, es de notarse que dicho caso habría sido excluido del ámbito de la tercerización laboral regulado, en virtud del Decreto Legislativo N° 1038 de 2008, en su artículo 2, que establece 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 principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica.

Finalmente, respecto al último caso referido a los contratos para encargarse de una parte integral del proceso productivo, es importante partir definiendo qué se entiende por proceso productivo, siendo que corresponde traer a colación la definición efectuada por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI (Exp. N° 00070-2022/CEB):

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. (Pie de página 29).

Con dicha definición, se concluye que cualquier actividad del proceso productivo son actividades vinculadas al giro de negocio de una empresa, y por ende actividades principales de la misma, conforme a la definición señalada en el Decreto Supremo N° 003-2002-TR, en su artículo 1:

Actividad principal: Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquélla que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración,

comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa.

En consecuencia, dicho caso pone nuevamente en evidencia que sí se puede tercerizar actividades principales, como es una parte integral del proceso productivo, entendida como una determinada etapa o subetapa del proceso que la tercerizadora debe encargarse con sus propios recursos (humano, logístico y técnicos) y riesgo, siendo responsable de los resultados y del desempeño de sus trabajadores quienes se encuentran subordinados exclusivamente a aquella.

En la jurisprudencia peruana, es de resaltarse la Casación Laboral N° 15160-2019 de 05.07.2022, que está en esa misma línea de interpretación, a través de la cual la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema (Exp. N° 15160-2019) confirmó que en un determinado caso se había acreditado la desnaturalización de la tercerización laboral, en atención a lo siguiente:

Analizado el informe se determina que el proceso de cosecha constituye una parte integral del proceso productivo de la caña de azúcar y que, dentro del proceso de cosecha, el subproceso de Alce no es independiente, sino que está necesariamente vinculado al de Corte; por lo que, conforme al artículo 3° de la Ley N° 29245, los contratos de locación de servicios de tercerización suscritos entre las empresas antes mencionadas debieron tener por objeto la tercerización del proceso productivo integral de cosecha o de los subprocesos de Alce y Corte de manera conjunta; sin embargo, se aprecia de autos que Representaciones Agromaster S.A.C. contrató al actor para que realice solo las funciones de repique o limpieza de campo (conforme a la declaración realizada por el apoderado de la empresa Casa Grande S.A.A., en la Audiencia de Juzgamiento, a partir del minuto cincuenta y dos, la función de limpieza de campo consistía en cortar y recoger la caña que quedaba luego de que pasaba la máquina cosechadora o cortadora de caña, para luego cargarlas en un camión y llevarlas a la fábrica; asimismo, quedó acreditado en la citada Audiencia que el actor realizaba dos labores, una de limpieza de campo dentro de los campos de cultivo, y otra distinta, de limpieza de desperdicios en los canales de riego, caminos y de pistas) actividad que forma parte del subproceso de Alce, el mismo que está vinculado al subproceso de Corte; por lo que, se determina que Representaciones Agromaster S.A.C., no se ocupó de una parte integral del proceso productivo, tal como lo prevé el artículo 3° de la anotada Ley; por lo

expuesto, se concluye que la Sala de Vista no ha infringido lo dispuesto en los artículos 2°, 3° y 4° de la Ley N° 29245. (Fundamento 13)

En consecuencia, del análisis de cada uno de los casos previstos en la Ley N° 29245, en su artículo 3, se concluye que sí pueden tercerizarse actividades principales, sin alguna distinción sobre actividades nucleares – *core business*- o no, siendo que corresponderán que sean actividades especializadas u obras, conforme lo indicado su artículo 2.

Dicha conclusión ha sido corroborada por el Tribunal Constitucional (Exp. N° 003-2014-PI/TC), en el marco del proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N°29245 y el Decreto Legislativo 1038. Cabe indicar que, en dicho proceso, el demandante cuestionó que se estaría desnaturalizando la figura de tercerización, dado que ésta sólo debería recaer en labores complementarias; no obstante, dicha demanda fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional, resaltándose los siguientes fundamentos:

- El Tribunal Constitucional señaló que suele confundirse la tercerización con la intermediación laboral, por lo que resulta necesario diferenciarlas, siendo que hizo mención a un cuadro comparativo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el cual se entiende que dicho Tribunal lo toma por válido (ver tabla N° 2), y que señala que mientras en la intermediación laboral, la empresa de servicios destaca personal a la usuaria para labores complementarias temporales o especializadas; por el contrario, en la tercerización, la empresa tercerizadora se hace cargo íntegramente de una clase del proceso productivo y cuenta con una organización empresarial propia (Exp. N° 0013-2014-PUTC, Fundamentos 13 y 14).
- En la tercerización, la empresa tercerizadora es contratada para desarrollar una etapa del proceso productivo de la empresa principal, por su propia cuenta y riesgo la actividad delegada (Exp. N° 0013-2014-PUTC, Fundamento 35).

Al respecto, como se indicó anteriormente, una etapa del proceso productivo de una empresa constituye una actividad principal; por lo que se concluye que para el TC el ámbito de la tercerización son actividades principales.

En esa línea también se encuentra el Decreto Supremo N° 014-92-EM de 1992, que aprueba el TUO de la Ley General de Minería, en su artículo 37, que establece que uno de los atributos de los titulares de concesiones mineras es: “11. A contratar la ejecución de los

trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería”.

Del tenor de dicho atributo, se verifica que las empresas concesionarias mineras están autorizadas para contratar empresas especializadas que ejecuten trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio minero, esto es, etapas de su proceso productivo y por ende actividades principales de las mismas, con lo que se corrobora que la tercerización laboral regulada en el Perú admite que se puede tercerizar estas últimas para que sean ejecutadas por empresas especializadas, entendiéndose por éstas, aquellas que cuentan con los recursos humanos, tecnológicos y logísticos para que puedan asumir por su cuenta y riesgo dicha ejecución y sean los responsables de los resultados, de lo contrario se consideraría que se trataría de una sola provisión de personal, lo cual se encuentra vedado bajo la figura de la tercerización laboral.

Dicho ámbito de aplicación asimismo ha sido reconocido por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI (Exp. N°000070-2022/CEB), al mencionar que el proceso productivo en la minería a gran escala comprende, básicamente, cinco (5) etapas: i) exploración, ii) desarrollo y preparación, iii) producción o explotación, iv) concentración y v) fundición y refinación; las cuales son actividades que se encontrarían dentro del núcleo de negocio de un empresa, esto es, son actividades principales.

Por otro lado, en doctrina, se verifica que dicha posición es asimismo compartida por Toledo (2015) al señalar que:

Al hacer la Ley mención en el sentido de que se entiende por tercerización a la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, podemos concluir que son esas dos únicas las posibilidades de tercerización, esto es, para el cumplimiento de actividades especializadas u obras, lo cual, desde ya, constituye un avance frente a la posibilidad de que se puede contratar trabajadores, vía tercerización, de forma irrestricta. (p. 47)

Por su parte en la legislación comparada, como se ha precisado en el Capítulo II del presente trabajo de investigación, la legislación colombiana, chilena y española establecen que el *outsourcing* o la tercerización laboral, aun cuando no se utiliza expresamente dicho término, sea utilizado como mecanismo para que las empresas contraten a terceros (personas naturales o jurídicas) para que realicen a su favor la ejecución de obras o prestación de servicios que formen parte de sus actividades normales, esto

es, relacionadas a su giro del negocio. Siendo así, no habría impedimento para tercerizar actividades principales ni incluso aquellas vinculadas al *core business*.

Respecto a la posibilidad de tercerizar una actividad complementaria, se precisa que, según el Decreto Supremo N° 003-2002-TR de 2002, en su artículo 1, aquella es definida como “de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial”. En tal sentido, se concluye que, al no tratarse de actividades especializadas cuya ejecución afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa, sino que solo implicarían la simple provisión de trabajadores, como por ejemplo actividades de limpieza, vigilancia, mensajería, entre otros, a favor de empresas cuyo giro de negocio no está vinculado a dichas actividades; las actividades complementarias estarían excluidas del ámbito de aplicación de la Ley N° 29245, ya que vienen siendo reguladas por la Ley N° 27626, conocida como Ley de intermediación laboral, conforme lo indica su artículo 3:

Artículo 3.- Supuestos de procedencia de la intermediación laboral

La intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria sólo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización.

Los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa. (el subrayado es agregado)

A dicha conclusión se arriba asimismo tomándose en cuenta que la Ley N° 29245 fue emitida ante la necesidad de que la figura de tercerización laboral tenga una ley propia que la reglase, ya que se venía cuestionando el hecho de que estuviera contemplada en el Decreto Supremo N° 003-2002-TR de 2002 que reglamenta la Ley N° 27626, a pesar de que se tratan de figuras distintas. Ello se evidencia del fallo emitido en el marco del proceso de Acción Popular contra este último Decreto, en donde la Corte Suprema (Exp. N° 1949-2004) concluyó que:

Es de concluir que el artículo 4° del Decreto Supremo Número 003-2002-TR, no regula una institución ajena a la Ley Número 27626, sino que por el contrario, el espíritu y sentido de la norma reglamentaria cuestionada al precisar supuestos de tercerización de la mano de obra, ha sido el de establecer criterios de identificación y diferenciación entre ésta y la intermediación laboral, no pretendiendo de ninguna

manera regular aquélla, no evidenciándose por tanto la alegada contravención a la jerarquía de la ley. (Fundamento 6)

Así como de la Exposición de Motivos de la Ley N° 29245 (Proyecto de Ley N° 1696/2007-CR), en donde se indicó que “Este Proyecto de Ley, tiene por objeto superar la regulación que se da con el D.S.N°020-2007-TR; publicado el día 20 de setiembre de 2007”. (p.7)

A esa misma conclusión, Rebaza (2017) también ha arribado en su tesis señalando que:

Con respecto a la tercerización de la “actividad principal”, debe destacarse que este punto hace referencia a que mediante la figura de la tercerización únicamente podrían tercerizarse aquellas actividades consideradas como principales para la empresa, entendidas como aquellas que son consustanciales al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el desarrollo del mismo, dejándose por tanto fuera del ámbito de la tercerización a aquellos casos en los cuales se encargue a un tercero la ejecución de actividades complementarias de la empresa. Es preciso destacar en este punto que la diferencia entre el desarrollo de actividades principales y complementarias para efectos del ámbito de la Ley de Tercerización no resulta común en otros ordenamientos comparados. Sin embargo, toda vez que en nuestro país se creó primero la Ley de Intermediación de Servicios, Ley N 27626, la cual ya regulaba la ejecución de servicios complementarios mediante dicha figura, es que se determinó que la Ley de Tercerización no acogería dicho supuesto, limitando por tanto su campo de acción a la tercerización de actividades principales de la Empresa. Debe destacarse que el tratamiento abordado en nuestra normativa ha generado distintos debates y controversia, toda vez que la figura de “intermediación de servicios complementarios” se asemeja más a la descripción de la tercerización (entrega de una unidad productiva de la empresa principal para que la tercerizadora ejecute el servicio con sus propio personal y propias herramientas) que a la de la intermediación (simple cesión de mano de obra). No obstante, hasta la fecha es la forma como se vienen regulando estas figuras en nuestro país, de modo que únicamente se encontrará dentro del ámbito de la Ley la tercerización de actividades principales de la empresa contratante. (p. 31)

Por lo expuesto, queda evidenciado que la tercerización laboral bajo la Ley N° 29245 tiene como objeto permitido aquellas actividades especializadas u obras vinculadas a las actividades principales de una empresa, siempre que exista desplazamiento del personal y no implique una simple provisión de personal.

Siguiendo esa línea, se encontraba el Decreto Supremo N° 006-2008-TR de 2008, que aprobó el Reglamento de la Ley N° 29245, en cuyo artículo 2, se indicaba que:

Artículo 2.- Ámbito de la tercerización. El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan 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 (...) (el subrayado es agregado).

Al respecto, hubieron quienes cuestionaron dicha reglamentación, ya que consideraban que se puede tercerizar cualquier actividad, como es el caso de Quiroz (2016), quien señala que:

La Ley N° 29145 no establece expresamente qué actividades puede tercerizar la empresa principal. Con ello podría ser tanto las actividades principales como las complementarias. Sin embargo, el Decreto Supremo N° 006-2008-TR restringe la tercerización a las actividades principales, lo cual podría llevar a sostener que dicho reglamento es ilegal, pues hace distinción allí donde la ley no lo hace. (pp. 119-120) (el subrayado es agregado).

No obstante, a nivel jurisprudencial, existen fallos como el de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Exp. N°00764-2011-0-5001-SU-DC-01), en el proceso de Acción Popular contra diversos artículos del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que estableció que no era posible tercerizar cualquier actividad:

De tal manera 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 normativa ajena a la Ley N° 29245. (Fundamento 5).

Posteriormente, dicho ámbito de la tercerización ha sido modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, siendo que autores como Elmer G. Arce Ortiz (2022) ha señalado que:

El Decreto Supremo 001-2022-TR, publicado el 23 de febrero de 2022, ha resuelto la controversia señalando que no es posible utilizar la tercerización en actividades nucleares. Creo que esta línea interpretativa es la correcta, tanto desde una visión económica comercial como desde un plano jurídico... El nuevo Decreto Supremo 001-2022-TR ayudará a que las empresas principales asuman por sí mismas las actividades de sus respectivos objetos sociales, mejorando de esta manera su funcionamiento en el mercado...cuando el artículo 2 del Decreto Supremo 006-2008-TR, aprobado hace 14 años, se señala que la tercerización abarca a todas las actividades principales, estaba claramente trasgrediendo la Ley 29245. No se olvide que la Ley se refiere sólo a actividades especializadas u obras. Quiere decir que el Decreto Supremo que se acaba de modificar, era un Decreto Supremo ilegal. En consecuencia, cuando el nuevo Decreto Supremo 001-2022-TR, publicado ayer, prohíbe la tercerización en actividades principales que no involucran actividades especializadas, no está trasgrediendo la Ley. Simplemente, está desarrollando la Ley dentro del marco jurídico impuesto por ella misma. Es por eso, que las actividades que integran el objeto social del negocio (médicos de un hospital, por ejemplo), al no ser actividades especializadas ni obras concretas, están excluidas del ámbito de aplicación de la Ley. (Párrafos 2, 5, 7 y 8) (el subrayado es agregado).

De la revisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, se verifica que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en sus artículos 1 y 2, referidos a las definiciones y ámbito de la tercerización, en los siguientes términos:

- i. Incorpora un nuevo término a las definiciones ya establecidas, esto es, “núcleo de negocio”, a pesar que en el articulado de la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 no existe alusión al mismo. Es así que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en su artículo 1, lo define como:

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.

De la revisión de dicha definición, se advierte que no existe certeza de lo que debe entenderse bajo el término de “núcleo de negocio”, ya que si bien queda claro que son actividades que forman parte de la actividad principal, no hay indicación expresa de cuáles serían las particulares características por las que tales actividades no corresponden a las actividades especializadas u obras materia de tercerización, conforme a la Ley N° 29245. Asimismo, si bien se ha indicado de forma enunciativa algunos elementos que supuestamente permitirían identificar lo que se debe entender por núcleo de negocio, se advierte que no se ha previsto un orden de prelación para su aplicación, así como los mismos constituyen conceptos amplios, susceptibles a interpretación y controversia, conforme al siguiente detalle:

Respecto al elemento “objeto social de la empresa”, se precisa que, tomando en cuenta la definición de la Ley N° 26887, en su artículo 11, aquel puede comprender una variedad de negocios u operaciones lícitas que una empresa puede realizar, a lo cual se suma los actos que coadyuvan a la realización de sus fines.

Respecto al elemento identificador por parte de los clientes finales, no se precisa en la modificatoria cómo se determinará dicha identificación.

Respecto al elemento diferenciador de la empresa, sucede lo mismo que el anterior elemento.

Respecto al elemento que genera valor añadido para sus clientes, no se ha indicado en la modificatoria qué debe entenderse por valor añadido.

Respecto al elemento generativo de mayores ingresos, se considera que este sería el único elemento determinable o identificable.

Asimismo, la mención “entre otros” da pie a incorporar nuevos elementos, lo que a su vez generaría discusión sobre su procedencia o no, por parte de los agentes económicos.

En ese orden de ideas, se concluye que dicha nueva disposición reglamentaria no cumple su finalidad de precisar, pormenorizar, desarrollar, y asegurar la aplicación correcta de la Ley (Morón, 2017), sino que, además de introducir un nuevo término (núcleo de negocio) no contemplado en la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038, esto es, no sujetándose a estos últimos, dicho término es definido de forma confusa, dando pie a que se genere posibles controversias con relación a lo que se debe entender bajo el mismo.

Al respecto, es de resalarse lo señalado por Morón (2013):

A este respecto cobra trascendental importancia su naturaleza de ser el “complemento indispensable” de la ley a la cual reglamenta por lo cual, le es permitido al reglamento incluir todo lo necesario para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley misma que desarrolla, pero a su vez, tampoco puede incluir aquello que no se considere razonablemente indispensable para garantizar estos fines y su naturaleza. (p.89)

Cabe indicar que en esa misma línea, se ha pronunciado la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. N° 00756-2022-0-1801-SP-DC-03 acumulado), al señalar que:

Esta fórmula adoptada, más que esclarecer el concepto del núcleo del negocio, genera más interrogantes: ¿cuál de las actividades consignadas como objeto social constituye el núcleo del negocio?; ¿cómo y de qué forma los clientes finales identifican a la empresa?; ¿cómo se identifica el elemento diferenciador de la empresa dentro del mercado que desarrolla sus actividades?; ¿qué se entiende por valor añadido, y de qué forma se determina?; ¿cuál es la prelación en la aplicación de esos criterios?; ¿quién o quienes deben realizar la identificación bajo esos criterios?; **¿cuáles son los otros criterios?**; y así se pueden plantear más y más interrogantes.

TRIGESIMO NOVENO: Que, sin duda, todo aquello conlleva a que se adopten interpretaciones amplias o determinaciones arbitrarias y contradictorias sobre el núcleo del negocio, así como también que otros terceros u operadores del derecho, lo realicen bajo propio criterio o libre albedrío (de manera ajena y exógena), no necesariamente coincidentes, generando más incertidumbre sobre cuál es la identificación o determinación del núcleo del negocio (objeto de la prohibición) que realmente corresponde (...)

CUADRAGESIMO PRIMERO: Que, entonces, resulta pues, que la indeterminación observada en los extremos de la disposición reglamentaria cuestionada denota un alto grado de incertidumbre que no permite con suficiente seguridad concretizar y garantizar el principio constitucional de la tipicidad o taxatividad, acarreado también a una falta de previsibilidad o predictibilidad en su aplicación; por lo que es evidente que bajo estos supuestos al prohibirse la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio, se vulnera ese principio constitucional y el principio constitucional de la seguridad jurídica. (Fundamentos 38, 39 y 41)

- ii. Modifica la definición de “actividades especializadas u obras”, siendo que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en su artículo 1, señala que:

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.

Así como modifica su artículo 2, referido al ámbito de la tercerización, señalando que:

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 (...) No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio.(el subrayado es agregado)

Al respecto, con el tenor de dichas disposiciones reglamentarias, queda claro que las actividades especializadas u obras, que son objeto de tercerización según la Ley N° 29245, deben ser actividades vinculadas a la actividad principal de la empresa principal, lo cual guarda concordancia con lo expresado en la versión primigenia del artículo 2 del Reglamento de la Ley N° 29245. Si bien dicha precisión de “actividad principal” no ha sido prevista en la Ley N° 29245 o el Decreto Legislativo N° 1038; dicho ámbito es el que

corresponde, conforme se advirtió anteriormente y es la posición que sigue la Corte Suprema (Exp. N° 1607-2012-LIMA), conforme a lo siguiente:

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” (Fundamento 4).

Con ello, se concluye que asimismo para la Corte Suprema el ámbito de la tercerización son únicamente actividades principales.

Por otro lado, respecto a lo señalado en las referidas modificatorias que, en el marco de la tercerización, las actividades especializadas u obras no pueden comprender el núcleo del negocio (nuevo artículo 1 del Reglamento de la Ley N° 29245) y que está prohibido la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio (nuevo artículo 2 del Reglamento de la Ley N° 29245); es de reiterarse lo expuesto en el punto i, en los siguientes términos:

- a) Que el término núcleo de negocio no está contemplado en la Ley N° 29245 ni el Decreto Legislativo N° 1038, por lo que se concluye que las restricciones que se pretende hacer con su uso respecto al ámbito de la tercerización no está acorde con la Ley N° 29245, por lo que se infringe los principios de jerarquía normativa y de legalidad;
- b) Que dicho término incorporado es definido de forma confusa, dando pie a que se genere posibles controversias con relación a lo que se debe entender bajo el mismo, lo que atenta contra el principio de seguridad jurídica, reconocido implícitamente en la Constitución Política del Perú, y respecto del cual el Tribunal Constitucional (Exp. N° 00016-2002-AI/TC) ha señalado que:

La seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2°, inciso 24, parágrafo a) ("Nadie está obligado a hacer

lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe"), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2°, inciso 24, parágrafo d) ("Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley") y 139°, inciso 3, ("Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación). (Fundamento 4)

- c) Dicha limitación del ámbito de la tercerización respecto a que no puede comprender actividades vinculadas al núcleo del negocio, tampoco estaría acorde con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29245) y la Corte Suprema (proceso de acción popular contra el Reglamento de la Ley N° 29245) antes señalados, toda vez que en los mismos se concluye que las actividades especializadas u obras son cualquier actividad vinculada a la actividad principal de la empresa principal, sin algún tipo de restricción.

A modo de conclusión, se precisa que, respecto a la interrogante sobre ¿qué puede ser objeto de tercerización laboral bajo el alcance de la Ley N° 29245, e incluso el TUO de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM y modificatoria?, la respuesta es que se puede tercerizar:

1. Actividades especializadas vinculadas a la actividad principal de la empresa principal, cuya ejecución requiere cierto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados; y
2. Obras vinculadas a la actividad principal de la empresa principal, las cuales comprenden la ejecución de un encargo concreto debidamente determinado en el contrato civil suscrito entre la empresa principal y la empresa tercerizadora.

Para tales fines, se entenderá que actividad principal es aquella que es propia del giro del negocio, como son las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios y en general toda actividad que de no ejecutarse se afectaría y/o interrumpiría el normal funcionamiento y desarrollo de una empresa.

Asimismo, en ambos supuestos, pueden incluir el núcleo del negocio, o llamado también *core business* o actividades nucleares.

Dichas actividades u obras deben necesariamente implicar que las empresas tercerizadoras procedan a desplazar de manera continua a sus trabajadores a los centros laborales o de operaciones de las empresas principales.

Asimismo, se concluye están excluidas del alcance de la Ley N° 29245:

1. Aquellas actividades u obras contratadas sin desplazamiento continuo del personal.
2. Actividades complementarias, esto es, todas aquellas que no son actividades principales de una empresa; y
3. Actividades especializadas no vinculadas a la actividad principal.

Precisándose que estos dos últimos supuestos se encuentran regulados bajo la Ley N° 27626.

Expuesto lo anterior, queda evidenciado que las modificaciones del Decreto Supremo N° 001-2022-TR al Reglamento de la Ley N° 29245, en sus artículos 1 y 2, referidas a definiciones y ámbito de la tercerización laboral, no cumple con reglamentar válidamente a la Ley N° 29245, al no respetar la jerarquía normativa (no desnaturalización o contravención de la ley); por lo que no cumple con los parámetros sustanciales para su emisión.

3.1.2.2 Supuestos de desnaturalización de la tercerización e implicancias

La Ley N° 29245 de 2008, en su artículo 5, establece de no cumplirse con los requisitos previstos en sus artículos 2 y 3 y consistir en la sola provisión de trabajadores, se considerará desnaturalizado el contrato de tercerización; por lo que se concluirá que exista una relación laboral directa entre los trabajadores desplazados y la empresa principal, asimismo, deberá efectuarse la cancelación en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, sin perjuicio de las otras sanciones que ameriten.

Por su parte, de la revisión del Decreto Legislativo N° 1038 que precisa la referida Ley, no se verifica que haya previsto alguna disposición que complemente la regulación de la desnaturalización de la tercerización.

Ante dicha situación, se encuentra sustentada la necesidad de que, vía reglamentaria y amparándose en la Segunda Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29245, se estableciera disposiciones que aseguren la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley.

Siendo así, el Decreto Supremo N° 006-2008-TR de 2008, que aprobó el Reglamento de la Ley N° 29245, en su artículo 5, desarrolló tres supuestos de desnaturalización de la tercerización, así como señalaba que, de configurarse la misma, se procediera a reconocer una relación laboral directa entre el trabajador desplazado y la empresa principal, con efectos desde el momento en que se ocurre la misma. No obstante, dicha reglamentación fue modificada con el Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2002, conforme se detalla en la siguiente Tabla N° 07 :

Tabla N°07 - Cuadro Comparativo sobre Reglamentación de la Desnaturalización de la Tercerización, antes y después con el DS N° 001-2022-TR

Reglamento de la Ley N° 29245, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR	Reglamento de la Ley N° 29245, modificado por Decreto Supremo N° 001-2022-TR
<p>Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización</p> <p>Se produce la desnaturalización de la tercerización:</p> <p>a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.</p> <p>b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.</p> <p>c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.</p> <p>La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma.</p>	<p>Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización</p> <p>Se produce la desnaturalización de la tercerización:</p> <p>a) <u>Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora no tenga por objeto desarrollar actividades principales conforme a las definiciones establecidas en el artículo 1 del presente Reglamento.</u></p> <p>b) <u>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.</u></p> <p>c) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente Reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.</p> <p>d) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.</p> <p>e) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente Reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.</p>

Reglamento de la Ley N° 29245, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR	Reglamento de la Ley N° 29245, modificado por Decreto Supremo N° 001-2022-TR
	<p><u>La desnaturalización trae como consecuencia que la empresa principal sea el empleador de los trabajadores desplazados desde el inicio el desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto al momento en que se produjo la desnaturalización, sin perjuicio de las sanciones establecidas en las normas correspondientes.</u></p> <p>(el subrayado es agregado)</p>

Fuente: Sistema Peruano de Información Jurídica

Elaboración: elaboración propia.

De la Tabla N° 07, se verifica que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR incorpora dos nuevos supuestos (literales a) y b) del artículo 5 del Reglamento de la Ley N° 29245).

Respecto al primer nuevo supuesto, se verifica que guarda correspondencia con lo antes señalado, esto es, que la tercerización laboral bajo la Ley N° 29245 tiene como objeto actividades principales de una empresa, sin distinción alguna; por lo que siendo así, cualquier desplazamiento de trabajadores que tenga por objeto desarrollar actividades especializadas u obras no vinculadas a las actividades principales, se considerará que su vínculo laboral se encuentra desnaturalizado. En consecuencia, dicho supuesto cumple con las reglas de jerarquía normativa y por ende con los parámetros sustanciales para su emisión.

Respecto al segundo nuevo supuesto, se verifica que no guarda correspondencia con la Ley N° 29245, ya que como se indicó anteriormente, esta última no hace distinción entre actividades nucleares – *core business*- o no; por lo que se concluye que dicho supuesto de desnaturalización contraviene la ley y por ende no se ajusta a las reglas de jerarquía normativa, y más aún cuando se ha definido el concepto núcleo de negocio de forma confusa, vulnerándose el principio de seguridad jurídica. En consecuencia, no cumple con los parámetros sustanciales para su emisión.

Por otro lado, se verifica que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR establece un nuevo momento en que se configuraría la desnaturalización laboral, esto es, desde el inicio del desplazamiento, salvo que se acredite lo contrario. Al respecto, es de mencionarse que ni la Ley N° 29245 ni el Decreto Legislativo N° 1038 estipularon alguna precisión al respecto; sino que la Ley N° 29245 de 2008, en su artículo 5, solo estableció que los supuestos de

desnaturalización “originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal”. De su lectura, se concluye que la referencia a “directa” haría alusión a que la desnaturalización generaría el reconocimiento de un vínculo laboral entre el trabajador desplazado y la empresa principal, sin intermediarios; e “inmediata” se referiría a que esta última relación se generaría a penas se demuestre la desnaturalización, sin que medie algún intervalo de tiempo, toda vez que se busca garantizar y reconocer los derechos laborales del trabajador que venían siendo menoscabados.

Siendo así, existe un vacío normativo por parte de la Ley N° 29245 sobre el momento en que se considera que se produce los efectos de la desnaturalización, lo cual válidamente ha sido complementado vía reglamentaria. Si bien en la versión primigenia del Reglamento de la Ley N° 29245, en su artículo 5, se estableció un momento distinto al de su modificatoria, esto es, que se reconozca la relación laboral directa entre el trabajador desplazado y la empresa principal, desde el momento en que ocurre la desnaturalización; la modificación de dicho momento efectuada por el Poder Ejecutivo, con el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, resulta válida, más aún cuando se ha verificado que recoge la posición del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia peruana, conforme consta a continuación:

- En el marco del proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29245 y el DL N° 1038, el Tribunal Constitucional señaló que: “se produce la desnaturalización, teniendo como consecuencia que se considere la existencia de la relación laboral directa entre el trabajador y la empresa principal desde el inicio de la prestación de servicios” (Exp. N° 0013-2014-PI/TC, Fundamento 63); asimismo, indicó que, de configurarse un supuesto de desnaturalización, “la consecuencia está legalmente prevista y consiste en entender que existe un vínculo laboral entre el trabajador falsamente desplazado y la empresa principal, desde el momento en el que se prestó el servicio o se realizó la obra” (Exp. N° 0013-2014-PI/TC, Fundamento 71).
- En un proceso de desnaturalización de tercerización, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema (Exp. N° 15160-2019-LA LIBERTAD) declaró infundado el recurso de casación de la demandada; por consiguiente, no casaron la sentencia de vista que confirmó la sentencia apelada, por considerar, entre otros argumentos, que durante el periodo que iba desde el inicio de labores del demandante, éste ha mantenido una relación laboral de naturaleza indeterminada con la demandada, porque las labores para las cuales fue

contratado (limpieza de campo-repique) no son factibles de tercerizar por no constituir un proceso productivo o un área vinculada accesoriamente a uno de los ciclos productivos de la demandada; además, de los contratos de locación de servicios de tercerización se advierte la injerencia por parte de la demandada sobre el personal de la empresa tercerizadora; en consecuencia, se determinó la invalidez de la tercerización.

De lo antes mencionado, es que se evidencia que la jurisprudencia peruana ha venido reconociendo que la desnaturalización trae como consecuencia que se reconozca una relación laboral directa entre el trabajador desplazado y la empresa principal desde el inicio del desplazamiento, principalmente porque se ha advertido que los contratos de tercerizaciones eran simulados y era una sola provisión de personal, lo que venía menoscabando los derechos de los trabajadores. No obstante, de no ser así y conforme válidamente lo ha dispuesto el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en su artículo 5, corresponderá a la empresa principal demostrar que la desnaturalización se produjo en un momento posterior, esto es, durante la ejecución del contrato de tercerización, más aun tomándose en cuenta que el Derecho Laboral es tuitivo de los derechos de los trabajadores, parte menos favorecida en una relación laboral.

Finalmente, se verifica que el D.S. 001-2022-TR incorpora la obligación que se precisen en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras que, en caso de cancelación por desnaturalización laboral, se deberá señalar el momento en que surge dicha nueva relación laboral entre la empresa principal y el trabajador desplazado y surte sus efectos; disposición reglamentaria que se ajusta a las reglas de jerarquía normativa y que cumple su finalidad de complementar la Ley N° 29245 de 2008, en su artículo 8, referido a dicho Registro.

3.1.2.3 Adecuación a la modificatoria.

El Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, en su Única Disposición Complementaria Transitoria, establece que:

ÚNICA. Plazo de adecuación

Los contratos y figuras empresariales que se encuentren vigentes a la fecha de emisión del presente Decreto Supremo y se sujeten a lo regulado en el artículo 3

de la Ley, deben adecuarse a las modificaciones establecidas en la presente norma, en un plazo que no deberá exceder de ciento ochenta días calendario contados a partir de su publicación.

Durante el plazo de adecuación a que se refiere el párrafo anterior, las empresas tercerizadoras no pueden extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores que hubieran sido desplazados para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio, por causas vinculadas con la adecuación a que se refiere la presente disposición, salvo que la empresa principal contrate directamente a dichos trabajadores.

Vencido el plazo a que se refiere el primer párrafo de la presente disposición, si los contratos y figuras empresariales que se encuentran regulados en el artículo 3 de la Ley no se hubieran adecuados a las modificaciones establecidas por la presente norma, se produce la desnaturalización prevista en el artículo 5 del Reglamento, sin perjuicio de las sanciones establecidas en las normas correspondientes.

Al respecto, es importante partir precisándose que dicha norma es de naturaleza autoplicativa, en la medida en que, tomando en cuenta los alcances dados por el Tribunal Constitucional (Exp N° 2670-2002-AA/TC), se verifica que la disposición establece un plazo determinado para que las empresas procedan a adecuarse a los alcances del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, generando, en caso de incumplimiento, efectos jurídicos específicos, así como sanciones, por lo que queda claro que, por sus alcances, no requiere de actos concretos de aplicación, ya que desde su sola entrada en vigencia genera una serie de obligaciones a sus destinatarios.

Por otro lado, se indica que el establecer un plazo de adecuación a la nueva normativa que entra en vigencia resultaría, en principio, una disposición válida, por cuanto guarda correspondencia con lo establecido en la Ley N° 29158 de 2007, artículo 11, en concordancia con la Constitución Política del Perú de 1993, artículo 109, que establecen que la Ley, y en este caso el Decreto Supremo, es obligatorio a partir del día siguiente de su publicación en el Diario El Peruano, salvo que dicha norma disponga lo contrario, así como con lo establecido en la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 103, que señala que: “la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en ambo supuestos, en materia penal cuando favorece al reo”.

Siendo así, se concluye inicialmente que el establecerse un plazo de adecuación a una norma no constituiría una afectación a la libertad de contratación, toda vez que como se indicó en el capítulo II de la presente investigación (marco teórico), este no es un derecho constitucional absoluto, sino que admite limitaciones en aras de garantizar otros derechos fundamentales y el respeto al orden público.

En esa misma línea, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (Exp. N.º 2670-2002-AA/TC), en el marco del proceso de amparo que tenía por objeto que se inaplique a ciertas empresas la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N.º 27626, Ley de Intermediación Laboral, que disponía que los contratos de intermediación celebrados antes de su entrada en vigencia debían adecuarse a las disposiciones de dicha Ley; ya que los demandantes alegaron que ello supuestamente afectaba la libertad de contratación de aquellos que tenían un contrato de intermediación ya celebrado, contraviniendo de esta manera supuestamente lo establecido en la Constitución Política del Perú de 1993, artículo 62. No obstante, el Tribunal Constitucional (Exp. N.º 2670-2002-AA/TC) no amparó dicha pretensión, argumentando que:

La norma cuestionada pretende revertir el uso indiscriminado que se ha venido haciendo de determinadas modalidades contractuales en desmedro de lo que deben representar verdaderos contratos de trabajo. De las abundantes instrumentales obrantes en el expediente, se puede apreciar que lo que han hecho las cooperativas recurrentes y las empresas usuarias, no es precisamente facilitar, so pretexto de la existencia de contratos, el establecimiento de relaciones jurídicas en las que al trabajador se le garantizan todos y cada uno de los derechos laborales, sino incorporar modalidades sustitutorias (típicos contratos de naturaleza civil) en las que no quedan explícitas las condiciones en las que estos van a prestar sus servicios, ni mucho menos la garantía de que todos sus derechos van a ser reconocidos; **g)** si como se ha precisado con anterioridad, el contrato se transforma en un mecanismo que distorsiona derechos laborales o no permite garantizarlos del modo más adecuado, no cabe la menor duda de que el objetivo de licitud predicado por la norma fundamental se ve vulnerado, a lo que se suma el hecho de facilitar que derechos que se consideran constitucionalmente adquiridos e irrenunciables, puedan verse vaciados de contenido. Ya que ello se ha venido observando a raíz del proceder de las cooperativas recurrentes y las empresas usuarias, el Estado no sólo tenía la facultad, sino el deber de intervenir creando una normativa que resultara compatible con los derechos laborales del trabajador. Por consiguiente y desde la perspectiva anteriormente descrita, no cabe considerar que la adecuación

acorde con los alcances de la norma impugnada vulnere derechos constitucionales como los invocados en la demanda; h) debe quedar establecido, en todo caso, que cuando este Colegiado considera que la norma cuestionada es compatible con la Constitución y particularmente con el derecho de contratación, no está diciendo que todas las intervenciones del Estado sean constitucionalmente válidas, sino solamente puntualizando que, en el caso concreto, no se observa un proceder irrazonable, sino plenamente justificado (...). (el subrayado es agregado) (Fundamento 2).

No obstante, yendo al análisis del fondo (los supuestos y efectos jurídicos que se prevé), se verifica que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, en su Única Disposición Complementaria Transitoria, establece que los contratos y figuras empresariales regulados bajo el alcance del artículo 3 de la Ley N° 29245, deberán adecuarse a las modificaciones establecidas por el referido Decreto Supremo, dentro del plazo de ciento ochenta días calendario contados a partir de su publicación, que vencía el 22 de agosto de 2022; caso contrario, se produciría la desnaturalización de la tercerización laboral, sin perjuicio de las otras sanciones que ameriten.

Al respecto, es de señalarse que dichos términos sí contravienen las libertades de empresa y de contratación de las empresas, en atención a lo siguiente:

- a. Como se indicó anteriormente, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR establece ilegalmente la prohibición de tercerizar actividades vinculadas al núcleo del negocio, incorporándose este término de manera confusa y que vulnera el principio de seguridad jurídica; por lo que siendo así, constituye una limitación a dichos derechos constitucionales que no resulta legal, al contravenir el espíritu de la Ley N° 29245 y por ende tratar de desnaturalizarla o contravenirla, vulnerándose de esta manera el principio de jerarquía normativa. Sumado a ello, está el hecho de que se ha evidenciado que el referido Decreto no cumplió con los parámetros formales para su emisión.
- b. Asimismo, con su aplicación, se afectaría a las empresas tercerizadoras, las empresas principales e incluso a los trabajadores :
 - Dicha disposición obligaría a que las empresas asuman altos costos para la adecuación al cuestionado Decreto Supremo pese a ser ilegal, como son la evaluación y reestructuración de sus contratos, cumplir con incorporar a los trabajadores

desplazados en la planilla de la empresa principal, la imposición de multas por parte de SUNAFIL en caso de no verificarse dicha adecuación y determinarse supuestas desnaturalizaciones de tercerizaciones;

- Dicha adecuación obligatoria, generaría la reducción de los ingresos de las empresas tercerizadoras e incluso su disolución y extinción, al no poder ofrecer sus servicios especializados a terceros (empresas principales), lo cual a su vez generaría el desempleo de sus trabajadores o que en su defecto estos acepten a mantener vínculos laborales informales a fin de no perder su fuente de ingresos.

En ese sentido, también se ha pronunciado la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Lima (Exp. N° 00756-2022-0-1801-SP-DC-03), en primera instancia, en el proceso acción popular contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR:

Esa afectación también se extiende a las empresas tercerizadoras, sobre todo a las micro y pequeñas empresas, por cuanto la disposición reglamentaria cuestionada al no otórgales certeza sobre el núcleo del negocio, así como tampoco las formas de identificarlo y determinarlo, les restringirían el acceso al mercado, ya que no podrían establecer sus propios objetivos, y menos dirigir y planificar sus actividades en función de sus posibilidades de recursos y condiciones del propio mercado, forzando incluso a la toma de decisiones de cierre o fin de actividades (liquidación), conllevando a graves situaciones de desempleo o informalidad de trabajadores altamente especializados (Fundamento 49)

Por lo expuesto, se concluye que la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR resulta ilegal y afectaría las libertades de empresa y de contratación.

3.2. Evaluación de la razonabilidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR en el marco de la reactivación económica ante la problemática de la COVID-19

3.2.1. Sustento de la norma

Toda norma reglamentaria debe contribuir a una mejor comprensión de la ley, no pudiendo transgredirla o desnaturalizarla. Para su elaboración, de acuerdo con el artículo 13 de Ley N° 29158, en concordancia con la Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo de 2019, la norma debe contar con una exposición de motivos, informes, estudios y consultas realizadas. Asimismo, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 008-2006-JUS (vigente a la fecha de emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR) agregaba que debe existir un análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional, y un análisis de costo beneficio, solo en el caso de Decreto Supremos que versen sobre materias económicas financieras.

Por su parte, el Decreto Supremo N° 008-2006-JUS de 2006, en su artículo 2, establecía que la exposición de motivos consistía en consignar los fundamentos jurídicos de la necesidad de la propuesta normativa, que debía incluir un análisis sobre la constitucionalidad o legalidad de la propuesta y coherencia con el ordenamiento jurídico vigente; así como una explicación de los aspectos más relevantes y un resumen de sus antecedentes. Además, su artículo 10 agregaba que debía citarse los informes técnicos, consultas a especialistas, y conforme a lo previsto en leyes especiales, debían citarse las audiencias públicas realizadas con la finalidad de garantizar la efectiva participación ciudadana y las opiniones de otros niveles de gobierno.

Expuesto lo anterior, se verifica que, en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, en su Exposición de Motivos, se indicó, como justificación de la norma, que: “la utilización indiscriminada de dicha figura convierte a este mecanismo en una de las principales causas de abaratamiento de los costos laborales afectando los derechos de los trabajadores”. Sin embargo, es de resaltarse que no se citó o consignó alguna data o estadística que evidencie dicha problemática, así como jurisprudencia nacional o informes de los cuales se advierte dicho uso indiscriminado y su vinculación con la precariedad laboral.

Asimismo, en dicha Exposición de Motivos, se señaló que resultaba necesario modificar el Reglamento de la Ley N° 29245, a fin de delimitar el tipo de actividades que podía ser objeto de tercerización laboral, ya que, el Reglamento en ese entonces no brindaba una definición clara de qué se entiende por actividades especializadas y obras, así como se

tenía un concepto amplio de actividad principal que incluía actividades que forman parte del núcleo del negocio, lo cual conllevaría a desnaturalizar la tercerización, dando supuestamente pie a casos de empresas fraudulentas; por lo que, en ese orden de ideas, se señaló que se identificaba la necesidad de incorporar una definición de núcleo de negocio, a efectos de brindar criterios generales para su identificación.

De lo señalado anteriormente, se evidencia que en la misma exposición de motivos se reconoce que se iba a incorporar un nuevo término no previsto en la Ley N° 29245 ni en la versión primigenia del Reglamento (Decreto Supremo N° 006-2008-TR), esto es, “núcleo de negocio”, con lo cual se concluye que la modificatoria se apartaría del espíritu de la Ley, toda vez que ésta no tiene alguna disposición que prohíba que se puede tercerizar actividades vinculadas al núcleo del negocio; por lo que las disposiciones modificatorias previstas en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en su artículo 1, que señala que: “Las actividades especializadas u obras, en el marco de la tercerización, no pueden tener por objeto el núcleo del negocio”, y en su artículo 2, que señala que: “No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio”, no garantizan los fines y el alcance de la Ley N° 29245.

Sumado a ello, se advierte que se indicó que lo que se brindaría, a través de la modificatoria, serían criterios generales para definir qué se entiende por núcleo de negocio, es decir, no contenía un concepto claro, sino uno sujeto a interpretación por los agentes económicos, lo cual generaría inseguridad jurídica en estos últimos.

Asimismo, es de evidenciarse que no existe alguna mención que el sustento de la modificatoria sea jurisprudencial o doctrinario, así como tampoco se señaló casos acreditados que demostrasen que la tercerización de actividades nucleares daba origen o provenían de empresas fraudulentas.

Por otro lado, en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, en su Exposición de Motivos, se indicó que se modifica el artículo 5 del Reglamento de la Ley N° 29245, ya que la desnaturalización generaría como consecuencia la relación laboral directa entre el trabajador desplazado y la empresa principal, con efectos desde el inicio del desplazamiento, salvo prueba en contrario, con la finalidad de dar mayor tutela a los derechos de aquel; asimismo, que se incorpora dos nuevas causales de desnaturalización, a fin de restringir el empleo de la tercerización para la realización de actividades accesorias

de una empresa, así como la realización de actividades que formen parte del núcleo del negocio.

Al respecto, se precisó que la primera modificación antes mencionada tuvo como sustento la aplicación del principio de la realidad, trayéndose a colación la definición de Pía Rodríguez (citado en Rodríguez, 1998), quien señala que:

Es aquel por el cual en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica, con este principio se establece la existencia o no de una relación laboral y con ello se procede a la protección que corresponde como tal. (p.10)

Siendo así, se concluye que dicha modificación, así como la correspondiente al Reglamento de la Ley N° 29245, en su artículo 9, referido al momento en que opera la desnaturalización que debe consignarse como parte de la información del Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, si bien se sustenta en la aplicación del citado principio, se considera pertinente que debió agregarse como parte del sustento, que guarda correspondencia con el criterio que se viene adoptando en la jurisprudencia nacional, conforme fue citada en el capítulo anterior (Sentencia del Tribunal Constitucional del 10 de setiembre de 2009, recaída en el Expediente N° 0013-2014-PI/TC, y Casación Laboral N° 15160-2019-LA LIBERTAD de la Corte Suprema del Perú), y que debió haberse citado de forma enunciativa, así como con el rol tuitivo del Estado en materia laboral, en donde se busca proteger los derechos de los trabajadores, al considerarse que en principio ellos se encuentran en una posición de desventaja en la relación laboral.

Asimismo, es de considerarse que dicha modificatoria agrega que dicho momento en que opera la desnaturalización, admite prueba en contrario, lo que significa que corresponderá a la empresa principal que contrató los servicios de tercerización, la cual se presume que está en una mejor posición en la relación laboral, demostrar ello, como parte de sus descargos, ante la instancia correspondiente.

Respecto a las dos nuevas causales de desnaturalización incorporadas por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en su artículo 5 literales a y b, se precisa que la primera tiene como sustento válido citado en que la tercerización es solo para desarrollar actividades principales, lo cual guarda correspondencia con el espíritu de la Ley N° 29245 de 2008; no obstante, no ocurre lo mismo con la segunda, ya que como se señaló anteriormente, el término núcleo de negocio

no está contemplado en la Ley N° 29245 de 2008 ni el Decreto Legislativo N° 1038 de 2008, por lo que se concluye que las restricciones que se pretende hacer con su uso respecto al ámbito de la tercerización no está acorde con la Ley N° 29245 de 2008, por lo que se infringe los principios de jerarquía normativa y de legalidad; a lo cual cabe agregar que dicho término incorporado es definido de forma confusa, dando pie a que se genere posibles controversias con relación a lo que se debe entender bajo el mismo, lo que atenta contra el principio de seguridad jurídica, reconocido implícitamente en la Constitución Política del Perú de 1993.

Finalmente, respecto del Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, en su Única Disposición Complementaria Transitoria, que establece un plazo de adecuación a los alcances de dicha modificatoria; se verifica que en su exposición de motivos, se señala que el mismo obedece a un criterio de progresividad y a fin de evitar un impacto negativo en la situación actual de las empresas que se sujetan a lo regulado en la ley. No obstante, es de precisarse que verdaderamente no se tuvo en cuenta el real impacto de dicha modificatoria, ya que si bien en la exposición de motivos se prevé un rubro de análisis de impacto de la vigencia de la norma (punto iv), no existe propiamente tal análisis, así como tampoco un análisis costo beneficio, ya que solo se limitó a señalar que no supondría afectación alguna ni gastos adicionales al Tesoro Público, y que la modificatoria coadyuvaría a reducir el uso indiscriminado de dicha figura jurídica, la afectación de los derechos de los trabajadores, entre otros supuestos problemas identificados; no obstante, no se señaló estadísticas o reportes que sustentasen esa problemática descrita ni mucho menos alguna data de SUNAFIL, órgano adscrito al MTPE (formulador de dicha norma), que se supone debería evidenciar ello, dadas sus funciones de fiscalizador del cumplimiento de la normativa laboral.

Con relación a esto último, es de evidenciarse que aun cuando se hubiera consignado data de SUNAFIL, ello no podría ser un sustento idóneo para justificar la aprobación de la controvertida modificatoria y por ende la existencia de la problemática descrita, sino que habría puesto en manifiesto que no se estarían dando inspecciones laborales en materia de tercerización laboral, conforme se advierte de la siguiente información publicada en los Boletines Estadísticos I Semestre 2021 y 2022, del MTPE, en su página web.

Tabla N° 8 – Ordenes de Inspección por mes, según acciones I Semestre 2021

PERÚ							
ORDENES DE INSPECCIÓN POR MES, SEGÚN ACCIONES I SEMESTRE 2021							
ACCIONES ORDENES DE INSPECCIÓN	MES						
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	TOTAL

(...)							
EMPLEO							
-Capacitación, modalidades formativas	5	7	2	4	7	5	30
-Empresas de Intermediación	4	21	11	15	12	75	138
-Tercerización	2	57	16	15	19	20	129

Fuente: Sistema Informático de Inspección del Trabajo – SIIT del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Boletín Estadístico I Semestre 2021, p. 111)

Elaboración: MTPE - OGETIC - Oficina de Estadística

Tabla N° 9 – Ordenes de Inspección por mes, según acciones I Semestre 2022

PERÚ							
ORDENES DE INSPECCIÓN POR MES, SEGÚN ACCIONES I SEMESTRE 2022							
ACCIONES ORDENES DE INSPECCIÓN	MES						
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	TOTAL
(...)							
EMPLEO							
-Capacitación, modalidades formativas	4	7	2	3	7	4	-
-Empresas de Intermediación	3	21	11	14	12	74	-
-Tercerización	2	47	16	14	19	20	-

Fuente: Sistema Informático de Inspección del Trabajo – SIIT del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Boletín Estadístico I Semestre 2022, p. 123)

Elaboración: MTPE - OGETIC - Oficina de Estadística

Conforme consta a las Tablas N° 08 y 09, existió un reducido número de inspecciones laborales por parte de SUNAFIL, sobre cumplimiento de la normativa de tercerización laboral en el periodo comprendido de enero 2021 a febrero de 2022, mes en que se publicó el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, evidenciándose que incluso en un mes (enero) solo existió 2 inspecciones a nivel nacional.

A ello, hay que agregar que tampoco habrían existido ordenes de orientación por parte de SUNAFIL en dicha materia, conforme se evidencia de los Boletines Estadísticos del I Semestre de los años 2021 y 2022, publicado por el MTPE (Tablas N° 10 y 11)

Tabla N° 10 – Ordenes de Orientación por mes, según acciones I Semestre 2021

PERÚ							
ORDENES DE ORIENTACION POR MES, SEGÚN ACCIONES I SEMESTRE 2021							
ACCIONES ORDENES DE ORIENTACION	MES						
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	TOTAL
(...)							
EMPLEO							
-Capacitación, modalidades formativas	-	-	-	2	-	4	6
-Empresas de Intermediación	-	-	-	-	-	9	9
-Tercerización	-	-	-	-	-	-	-

Fuente: Sistema Informático de Inspección del Trabajo – SIIT del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Boletín Estadístico I Semestre 2021, p. 113)

Elaboración: MTPE - OGETIC - Oficina de Estadística

Tabla N° 11 – Ordenes de Orientación por mes, según acciones I Semestre 2022

PERÚ							
ORDENES DE ORIENTACIÓN POR MES, SEGÚN ACCIONES I SEMESTRE 2022							
ACCIONES	MES						

ORDENES DE ORIENTACION	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	TOTAL
(...)							
EMPLEO							
-Capacitación, modalidades formativas	-	-	-	2	-	3	5
-Empresas de Intermediación	-	-	-	-	-	9	9
-Tercerización	-	-	-	-	-	-	-

Fuente: Sistema Informático de Inspección del Trabajo – SIIT del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Boletín Estadístico I Semestre 2022, p. 125)

Elaboración: MTPE - OGETIC - Oficina de Estadística

En conclusión, se evidencia que el MTPE no sustentó con informes, consultas, estadísticas, con doctrina ni jurisprudencia, su propuesta de modificación del Reglamento de la Ley N° 29245, esto es , el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, la cual se formuló y aprobó sin efectuarse un real análisis del impacto que generaría en los agentes económicos, y más aún se ha verificado que la mayoría de sus disposiciones contravienen los principios de jerarquía normativa y seguridad jurídica, conforme consta en el análisis efectuado en el punto 3.1.

Asimismo, tampoco se sustentó las razones por las cuales la formulación de dicha propuesta normativa no cumplió con los principios de participación y publicidad, como se advirtió del análisis efectuado en el punto 3.1., toda vez que la misma no fue sometida a opinión del Concejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo, conforme al Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de 2009, en sus artículos 119, 120 y 121, los cuales establecen que dicho Concejo está presidido por el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo y que tiene como una de sus funciones:

Artículo 121.- Funciones del Concejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo. Son funciones del Concejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo: (...) b. Emitir opinión sobre los proyectos de normas legales que, en los temas, de su competencia, tramite el Poder Ejecutivo o Poder Legislativo.

Finalmente, tampoco se cumplió con su prepublicación conforme al procedimiento previsto en el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS de 2009, pese a que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR es una norma general.

3.2.2. Identificación de los obligados a su cumplimiento

Antes de proceder al análisis del impacto, costo beneficio y razonabilidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, es necesario identificar quiénes son los sujetos obligados a su cumplimiento. De la revisión de la norma, se verifica que dichos sujetos son:

- Empresas principales que contratan los servicios de tercerización laboral
- Empresas tercerizadoras que son contratadas para realizar los servicios de tercerización laboral a favor de un tercero. Ellas comprenden a las contratistas y subcontratistas.

Dichas empresas pueden ser públicas como SEDAPAL. No obstante, la normativa está prevista para regular la tercerización de servicios para el sector privado.

3.2.3. Consecuencias del incumplimiento de la norma

La primera consecuencia ante su incumplimiento, prevista en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR del 2022, que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en su artículo 5, es la configuración de la desnaturalización de la tercerización, trayendo como consecuencia que se reconozca una relación laboral directa entre el trabajador desplazado y la empresa principal y que ésta tenga que incorporarlo en su planilla, surtiendo los efectos desde el inicio del desplazamiento, salvo prueba en contrario que demuestre alguna de dichas empresas.

Por su parte, con las modificaciones reglamentarias introducidas con el Decreto Supremo N° 001-2022-TR del 2022, SUNAFIL incorporó al ordenamiento jurídico nacional, el Decreto Supremo N° 015-2022-TR de 2022, que modifica el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR, en sus artículos 33 y 34, referidos a nuevas infracciones, e incorpora la Undécima Disposición Final y Transitoria, que contempla una nueva infracción muy grave en el marco de la vigencia de la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR (**VER ANEXO N° 2**).

De verificarse la comisión de alguna de las nuevas infracciones, SUNAFIL se encuentra legitimada para imponer las siguientes multas administrativas, expresadas en UIT, previstas en las siguientes tablas del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, en su artículo 48.1 (Tabla N° 12).

Tabla N° 12 – Calculo del monto de las sanciones

Microempresa

Gravedad de la infracción	Número de trabajadores afectados									
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10 y más
Leve	0.045	0.05	0.07	0.08	0.09	0.11	0.14	0.16	0.18	0.23
Grave	0.11	0.14	0.16	0.18	0.20	0.25	0.29	0.34	0.38	0.45
Muy grave	0.23	0.25	0.29	0.32	0.36	0.41	0.47	0.54	0.61	0.68
Pequeña empresa										
Gravedad de la infracción	Número de trabajadores afectados									
	1 a 5	6 a 10	11 a 20	21 a 30	31 a 40	41 a 50	51 a 60	61 a 70	71 a 99	100 y más
Leve	0.09	0.14	0.18	0.23	0.32	0.45	0.61	0.83	1.01	2.25
Grave	0.45	0.59	0.77	0.97	1.26	1.62	2.09	2.43	2.81	4.50
Muy grave	0.77	0.99	1.28	1.64	2.14	2.75	3.56	4.32	4.95	7.65
No MYPE										
Gravedad de la infracción	Número de trabajadores afectados									
	1 a 10	11 a 25	26 a 50	51 a 100	101 a 200	201 a 300	301 a 400	401 a 500	501 a 999	1 000 y más
Leve	0.26	0.89	1.26	2.33	3.10	3.73	5.30	7.61	10.87	15.52
Grave	1.57	3.92	5.22	6.53	7.83	10.45	13.06	18.28	20.89	26.12
Muy grave	2.63	5.25	7.88	11.56	14.18	18.39	23.64	31.52	42.03	52.53

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo

Elaboración: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

Asimismo, el del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, en su numeral 48.1-A, establece que, para aplicar las referidas multas a microempresas y pequeñas empresas, la fiscalizada interesada deberá acreditarse como tal, hasta antes de la resolución de segunda instancia, con la constancia de inscripción en el Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa - REMYPE; siendo que en tales casos las multas no serán superiores, en un mismo procedimiento sancionador, al 1% del total de sus ingresos netos del ejercicio fiscal anterior al de la generación de la orden de inspección, previa acreditación de dichos ingresos.

Finalmente, cabe precisar que de configurarse las infracciones muy graves, están son consideradas insubsanables, correspondiendo que se aplique las multas respectivas tanto a la empresa principal como a la tercerizadora, conforme a lo establecido en el Protocolo 001-2022-SUNAFIL/DNI, denominado Protocolo para la Fiscalización de la Tercerización Laboral, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 428-2022-SUNAFIL, instrumento a través del cual se regula el procedimiento para que SUNAFIL fiscalice y/o sancione a las empresas por incumplimiento de la norma de tercerización laboral vigente.

3.2.4. Análisis del Impacto y costo beneficio de la norma

El Decreto Supremo N° 008-2006-JUS de 2006, en su artículo 1, establece que en toda norma reglamentaria debe existir un análisis de impacto normativo con la legislación nacional, y un análisis de costo beneficio, solo en el caso de Decreto Supremos que versen sobre materias económicas financieras; no obstante, de no encontrarse en dichos supuestos, su artículo 3 establece que se sustentarán los alcances, las implicancias y sus consecuencias, identificando a los potenciales beneficiarios y afectados en forma clara y sencilla.

3.2.4.1 Análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional

Al respecto, el Decreto Supremo N° 008-2006-JUS de 2006, en su artículo 4, señalaba que debía precisarse si con la propuesta normativa se trataba de suplir vacíos en el ordenamiento jurídico o modificar o derogar normas vigentes; asimismo, el análisis debía comprender una referencia a los antecedentes, diagnóstico de la situación actual y objetivos de la propuesta; y finalmente, si se modificaba o derogaba una norma vigente, debía analizarse su idoneidad o efectividad precisando falencias, vacíos o defectos a superarse.

De la revisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, en su Exposición de Motivos, se verifica que sí incluye una referencia a los antecedentes del mismo y hace mención a la regulación actual de la tercerización laboral, Ley N° 29245 y su Reglamento; asimismo, si bien contempla en su rubro IV, el análisis de impacto normativo en la legislación nacional, en éste solo se limita a señalar que la propuesta normativa modifica artículos del Reglamento de la Ley N° 29245 del 2008 y se agrega un cuadro comparativo del antes y después de dicha modificación.

No obstante, se evidencia que no se incluyó un real diagnóstico de la situación que sustentase dicha normativa, es decir, no se hizo una descripción de la realidad que se pretendía corregir con la regulación propuesta (sustentada en data), que permitiese generar información validada sobre las razones por las que surge la necesidad de proceder a dicha modificación y en los términos propuestos. Si bien el Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, en su Exposición de Motivos, indicó que se vendría llevando a cabo un uso indiscriminado de la tercerización, lo que causaría la afectación de los derechos de los trabajadores; es de destacarse que no existe descripción o alusión a estadísticas, reportes, informes u otros elementos que permitan concluir y por ende acreditar y/o corroborar dicha afirmación, lo cual a su vez habría sido el sustento para concluir en la necesidad de

proceder a una modificatoria como la propuesta, esto es, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

Asimismo, no existe un análisis de idoneidad de la propuesta normativa. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española (2023), idoneidad es: “cualidad de idóneo, adecuado o apropiado para algo”. Teniendo en cuenta dicha definición, para poder concluir que algo es idóneo, se debe saber primero cuál es el real problema, lo cual debe estar sustentado, ya que con la información generada se podrá tomar decisiones o adoptar medidas que busquen solucionar dicho problema.

La premisa antes señalada referida al supuesto uso indiscriminado de la figura de la tercerización como principal causa de afectación de derechos laborales, no constituye elemento que permita concluir que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, era la medida que resultaba idónea para el problema, en atención a lo siguiente:

- i. El MTPE no acreditó que las empresas estén utilizando indiscriminadamente la figura de la tercerización.
- ii. El MTPE no acreditó que la tercerización sea la principal causa de menoscabo de los derechos de los trabajadores.
- iii. EL MTPE no acreditó que las empresas estén tercerizando sus actividades principales, incluidas las correspondientes al núcleo del negocio, a fin de afectar los derechos de los trabajadores.
- iv. Conforme se indicó anteriormente, de los Boletines Estadísticos del I Semestre de los años 2021 y 2022, publicado por el MTPE, se evidencia que en el periodo comprendido de enero 2021 hasta febrero de 2022, mes en que se publicó el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, habría existido un reducido número de inspecciones laborales por parte de SUNAFIL, sobre cumplimiento de la normativa de tercerización laboral, evidenciándose que incluso en un mes (enero) solo existió 2 inspecciones a nivel nacional; a lo que se suma que tampoco habrían existido ordenes de orientación por parte de SUNAFIL en dicha materia; lo que permite concluir que la propuesta normativa no habría tenido como sustento la data obtenida por actividades por parte de SUNAFIL, órgano administrativo a cabo de velar por el real cumplimiento de la normativa en materia laboral.
- v. La nueva reglamentación introducida con la propuesta formulada por MTPE vulnera el principio de jerarquía normativa, toda vez que contraviene la Ley N° 29245, a la

cual reglamenta, así como los principios de legalidad, seguridad jurídica, publicidad y participación.

- vi. La propuesta formulada por MTPE prevé disposiciones que afectan el principio de seguridad jurídica, como es la definición de “núcleo de negocio”, conforme se concluyó anteriormente.
- vii. El MTPE no acreditó que las disposiciones introducidas con la norma propuesta sea la medida idónea para darle solución al supuesto problema que planteó, aunque sin sustento que permita verificar su existencia.

Por lo expuesto, se concluye que no existe evidencia que permita concluir que el problema planteado sería superado mediante la acción normativa propuesta, esto es, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

Asimismo, si bien el Decreto Supremo 001-2022-TR de 2022, modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en sus artículos 5 y 9, respecto al momento desde el cual se considera a la empresa principal como empleador de los trabajadores desplazados, en caso de desnaturalización, así como se establece que ello debe consignarse en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras; las cuales constituyen disposiciones reglamentarias que sí se ajustarían a las reglas de jerarquía normativa y cumplirían su finalidad de complementar la Ley N° 29245 de 2008, conforme se indicó en el punto 3.1.2.; es de advertirse que las disposiciones carecerían de impacto positivo en la legislación nacional, no solo por cuanto el referido Decreto no cumplió con las reglas de la publicación del proyecto normativo previstas en el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS del 2009, en su artículo 14, por el plazo no menor de treinta (30) días a su entrada en vigencia, sino también por cuanto, hasta la fecha, no se encuentra implementado dicho Registro, ya que ni en la Plataforma gov.pe ni en la página del MTPE hay información al respecto; asimismo, ante las consultas efectuadas al MTPE, mediante Solicitud N° 075373-2023 del 07.05.2023 y consulta con código N° 120528 del 23.05.2023, la respuesta brindada por su Dirección de Promoción de la Formalización Laboral y Capacitación en la Normativa Laboral fue:

No existe un registro para empresas tercerizadoras, dado que, el artículo 9 del D.S. N° 006-2008-TR establece que se consideran inscritas en el registro al que hace referencia el artículo 8 de la Ley las empresas tercerizadoras que, **durante el período declarado, cumplen con registrar el desplazamiento de su personal a empresas principales, en la planilla electrónica** que se encuentra regulada por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR y sus normas modificatorias y complementarias, con independencia de su fecha de constitución.

Dicha respuesta que guarda concordancia con el Protocolo N° 001-2022-SUNAFIL/DINI denominado Protocolo para la Fiscalización de la Tercerización Laboral de 2022, en su numeral 7.3.13.1.1, que establece que si bien la empresa de tercerización está obligada a inscribirse en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, no existe alusión a la inscripción a dicho registro, sino que precisa que:

Se consideran inscritas en el registro las empresas tercerizadoras que, durante el período declarado, cumplen con registrar el desplazamiento de su personal a empresas principales, en la planilla electrónica que se encuentra regulada por el Decreto Supremo N.° 018-2007-TR y sus normas modificatorias y complementarias, con independencia de su fecha de constitución. (el subrayado es agregado)

Esto es, solo se hace mención a la obligación de registro en la planilla electrónica, y no al Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras.

3.2.4.2 Análisis costo beneficio de la norma

En el Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, en su Exposición de motivos, punto III, se limitaron a indicar, como análisis costo beneficio, que el mismo tiene por objeto modificar el Reglamento de la Ley N° 29245, lo cual no implica alguna alteración ni otros gastos al Tesoro Público.

Al respecto, se precisa que el referido análisis constituye una mala práctica que lamentablemente viene siendo usada por quienes proponen normas en el Perú. Por su parte, Hernández (s/f) señala que el establecer, como análisis costo-beneficio, que los proyectos de ley no irrogan gasto público, es posiblemente porque consideran que aquel es una técnica complicada y laboriosa, constituyen proyectos normativos de coyuntura y elaborados con carácter de urgente, o porque no existiría una cultura para efectuar dicho análisis o por falta de especialistas para tales fines.

Asimismo, en la referida Exposición de motivos, se agregó, como parte del análisis costo-beneficio, que la propuesta normativa comprendería una relación de medidas que coadyuvarían a disminuir el uso indiscriminado de la tercerización y la afectación de los derechos laborales de los trabajadores, entre otros problemas identificados.

Advertido ello, conviene precisar que si bien no existe una obligación de efectuar un análisis costo beneficio para aquellas normas que no incidan en aspectos económicos, financieros, productivos o tributarios, como en el presente caso en el cual el Decreto Supremo N° 001-2022-TR está referido a la materia laboral; sí se establece que las propuestas deben sustentar los alcances, las implicancias y sus consecuencias, identificando a los potenciales beneficiarios y afectados en forma clara y sencilla (artículo 3 del Decreto Supremo N° 008-2006-JUS). No obstante, como se evidenció anteriormente, el MTPE no cumplió con efectuar dicho análisis.

Respecto a ello, es importante partir definiendo que se entiende por análisis costo-beneficio. Cuando uno habla del mencionado análisis, no está hablando de dinero necesariamente, sino de los motores de la conducta humana, y estos son bienestar y malestar (Bullard, 2018).

Por su parte, Fernández- Baca (2008) señala que:

Bajo el concepto económico de comportamiento racional, el individuo siempre elige, a pesar de que su decisión tiene un costo. Esto significa que la satisfacción que obtiene la persona con esta decisión es por lo menos tan alta como el costo que ésta le significa. Si a esta satisfacción le damos el nombre de beneficio y la medimos en las mismas unidades que el costo de oportunidad, ya sea en dinero o en bienes, diremos que cuando una persona elige una cosa es porque le reporta un beneficio que es, por lo menos igual a lo que le cuesta. Este es el famoso principio del costo-beneficio que utilizan los economistas para hacer sus análisis y recomendaciones. (p.46)

Asimismo, Hernández (s/f, p.65) define el análisis costo beneficio, como “una técnica, un método, una herramienta, una metodología, un marco conceptual y un concepto que se utiliza para tomar decisiones teniendo en cuenta los costos y los beneficios de las acciones propuestas”; asimismo, como su utilidad, señala que permite:

La utilidad de un ACB en las propuestas legislativas consiste en que es importante para tomar decisiones en el debate parlamentario. Por ello nos permite: a) Obtener información cuantitativa o cualitativa y aplicarla al análisis de la propuesta, b) Identificar a los beneficiarios directos e indirectos de la propuesta y a quiénes perjudica, c) Identificar el costo directo e indirecto de la propuesta y si es posible calcular su proyección para el mediano y largo plazo cuando sea necesario, d)

Definir la magnitud de los beneficios o costos no cuantificables, y e) Evaluar ganadores y perdedores con la propuesta y cuál es un impacto en la población. (pp. 65-66)

Teniendo en cuenta dichos alcances sobre análisis costo-beneficio, conviene precisar que lo que necesita la sociedad es un derecho eficiente, siendo que, como bien Bullard (2018) señala:

La eficiencia tiene que ver con evitar el desperdicio y así mejorar el bienestar de las personas. Lo que se busca es, por tanto, un derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un derecho eficiente, es decir un derecho que evite el desperdicio creando incentivos de conducta adecuados para lograr sus fines. Lo que se persigue es evitar que los sistemas jurídicos generen desperdicios. (pp. 34-35)

En ese orden de ideas, es que se procede a efectuar el análisis costo-beneficio del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, a fin de verificar cuáles son los costos y beneficios del mismo, y si estos superan aquellos y por ende si constituye una norma legal eficiente en la sociedad peruana. Para ello, se tomará en cuenta los sujetos obligados a su cumplimiento identificados en el punto 3.2.2. de la presente investigación, así como otros beneficiados o afectados con la misma.

Para las empresas principales que tercerizan sus actividades

- Costo de la adecuación de dicha norma

Antes que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR entrara en vigencia, cualquiera empresa podía tercerizar sus actividades principales, incluida aquellas que involucraban el núcleo de su negocio; no obstante, a la fecha, en teoría dicha posibilidad estaría restringida por dicho Decreto Supremo; no obstante, es de advertirse que por las medidas cautelares obtenidas ante INDECOPI y Poder Judicial, su aplicación está suspendida hasta que se defina la validez de la referida norma en el proceso de acción popular (Exp. N° 00756-2022-0-1801-SP-DC).

El referido Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en sus artículos 1, 2 y 5, prohíbe tercerizar aquellas actividades vinculadas al núcleo del negocio,

siendo que de darse ello se configuraría un supuesto de desnaturalización de la tercerización laboral, así como establece que solo se puede tercerizar actividades especializadas u obras vinculadas a la actividad principal de la empresa; asimismo, de producirse la desnaturalización, el momento en que surte los efectos legales, esto es, que se reconozca una relación laboral directa entre el trabajador desplazado y la empresa principal y que ésta proceda a la inclusión de aquel en su planilla, será desde el momento del desplazamiento, salvo prueba en contrario; finalmente, en su Única Disposición Complementaria Transitoria, establece la obligación de las empresas de adecuar sus contratos y figuras empresariales a los alcances del Decreto Supremo y establece que no pueden dar por concluido los contratos laborales con los trabajadores desplazados, sino contratarlos directamente, y en caso de no adecuación, será considerado desnaturalizado la tercerización laboral, sin perjuicio de las sanciones que ameriten.

Por lo que siendo así, el referido Decreto Supremo implica los siguientes costos para las empresas principales:

- i. La empresa principal ya no podría tercerizar actividades vinculadas a su núcleo de negocio, concepto que legalmente tampoco está bien definido, toda vez que mediante el referido Decreto Supremo se efectuó una definición confusa, sujeta a interpretación, lo que no le da seguridad jurídica de la forma en que debe proceder a contratar. En consecuencia, para la realización de tales actividades, la empresa principal deberá aumentar sus costos de operación (tanto el costo de contratar personal como el de formación o capacitación del mismo). En consecuencia, la empresa principal tendrá dos opciones: i) tendrá que contratar nuevo personal e incluirlo a su planilla para el desempeño de tales actividades, lo cual implica asumir no solo el pago de remuneraciones, sino también beneficios laborales y aquellos derivados de negociaciones colectivas, así como el pago de seguros de trabajo, entre otros conceptos; o ii) de no optar por contratar nuevo personal, deberá capacitar al personal con el que cuenta para el desempeño de tales actividades, lo cual podría significar una baja en la producción de la empresa, en su eficiencia y competitividad en el mercado, mientras que se da ese periodo de capacitación o como consecuencia de la sobrecarga laboral. A ello se agrega, que la empresa principal deberá contar con recursos técnicos y materiales que sean necesarios para la realización de tales actividades.
- ii. La empresa principal se vería limitada a acceder a nuevas tecnologías y servicios especializados brindados por las empresas tercerizadoras, salvo que decida invertir

en capacitar a su personal y adquirir tecnología actualizada, lo cual corresponderá hacerse de forma periódica, dado los avances constantes en tecnología.

- iii. La empresa principal podría reducir su presupuesto para incrementar su productividad, ante los nuevos costos de operación que le correspondería asumir, lo que podría ser un obstáculo para su mayor flexibilidad para ajustarse a las exigencias y/o cambios del mercado y del entorno empresarial.
- iv. La empresa principal podría ser sujeta a frecuentes fiscalizaciones laborales por parte de SUNAFIL, que tengan como objeto la adecuación al Decreto Supremo N° 001-2022-TR, esto es, que no se esté tercerizando actividades vinculadas al núcleo del negocio, lo cual a su vez generaría controversia, por cuanto no se encuentra definido de forma clara lo que se entiende por dicho concepto y más aún cuando no está previsto en la Ley N° 29245, generándose que la empresa principal debiera asumir gastos por asesoría, de no contarse con especialistas dentro de su personal, para cuestionar los resultados de las inspecciones por las materias antes señaladas y/o por las multas que se impongan.
- v. La empresa principal podría ser sujeta a la imposición de multas, por no cumplir con la obligación de adecuación a los términos del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, aun cuando éste vulnera principios constitucionales, lo que afectaría su liquidez y presupuesto para aumentar su productividad y dificultaría su reactivación económica ante las consecuencias de la emergencia sanitaria por la Covid-19, por la cual muchas empresas estuvieron paralizadas, no obstante, debían seguir pagando a sus trabajadores.
- vi. La empresa principal tiene la carga de probar cuando ocurre la desnaturalización de la tercerización laboral, de lo contrario se presume que es desde el desplazamiento de los trabajadores.

Dichos costos también han sido advertidos por el Banco Central de Reserva del Perú, quien ante la consulta sobre la viabilidad técnica del referido Decreto Supremo, mediante Oficio N° 0067-2022-BCRP, indicó que:

Consideramos que prohibir o restringir la tercerización laboral podría tener implicancias económicas y laborales en varios sectores de la economía, sobre todo en aquellos que tienen una alta proporción de subcontratación, como por ejemplo, el sector minero. Al restringirse la posibilidad de tercerizar, las empresas con uso

intensivo de dicho mecanismo tendrían que ampliar su planilla en nómina o acelerar sus procesos de tecnificación o automatización. Sin embargo, al margen de cuanto terceriza un sector determinado, restringir esta actividad, incidiría negativamente sobre la productividad agregada porque elevaría los costos, y se abandonarían ganancias por especialización y, en consecuencia, le restaría competitividad a la economía peruana. Como resultado, la norma generaría una asignación ineficiente de los recursos de la economía, lo cual reduciría la tasa de crecimiento económico a futuro y afectaría el potencial para crear empleo adecuado. (p. 2)

- Beneficios de la vigencia de la norma

No se verifica que la norma contemple algún beneficio para la empresa principal; salvo que le permite probar ante la instancia correspondiente cuándo ocurrió la desnaturalización de la tercerización laboral, a fin que no sea considerada necesariamente desde el desplazamiento del trabajador.

Para las empresas tercerizadoras

- Costo de la adecuación a dicha norma

De acuerdo a la información alcanzada por el MTPE, mediante Carta N° 2267-2023-MTPE/4.3.99, con la que se da atención al pedido de acceso a la información pública formulado con Solicitud N° 075373-2023 del 07.05.2023, al mes de enero de 2023, se registraron un total de 1 209 empresas tercerizadoras, siendo las tres principales actividades económicas que declararon realizar son: i) actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler, ii) de transporte, almacenamiento y comunicaciones, iii) otras actividades de servicios comunitarios, sociales y personales.

Tabla N° 13 – Perú: Empresas tercerizadoras en el sector formal privado, según actividad económica, enero 2023

PERÚ: EMPRESAS TERCERIZADORAS EN EL SECTOR FORMAL PRIVADO, SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA, ENERO 2023 (Absoluto)	
Actividad económica	ene-23
Agricultura, ganadería, caza y silvicultura	10
Pesca	6
Explotación de minas y canteras	45
Industrias manufactureras	103
Suministro de electricidad gas y agua	9
Construcción	84
Comercio al por mayor y al por menor, rep. vehíc. autom.	98
Restaurantes y hoteles	9
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	152
Intermediación financiera	1
Actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler	520
Administración pública y defensa	1
Enseñanza	1
Servicios sociales y de salud	22
Otras activ. serv. comunitarios, sociales y personales	139
No determinado	9
Total	1,209

Nota: Se consideran empresas que reportaron contratar al menos un trabajador en condición de tercerización.
Datos actualizados al 26 de marzo de 2023.
Fuente: MTPE-Planilla Electrónica (T-Registro – PLAME).
Elaboración: MTPE - DGPE - Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISEL).
Obtenida del MINTRA mediante Solicitud T-075373-2023

Cabe indicar que se solicitó información actualizada al mes de mayo de 2023; no obstante, el MTPE indicó solo contar con dicha información, la cual correspondería a datos de la planilla electrónica (T-REGISTRO-PLAME) al 26.03.2023.

Dicho total de empresas tercerizadoras (1 209) representa un 0.35% del total de empresas del sector privado en el Perú registradas en dicho mes en la planilla electrónica (345 116), según el Boletín Mensual de Leyendo Números de Trabajo y Promoción del Empleo Marzo 2023 (p.7), publicada en la plataforma [gob.pe\(https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4567612/ Boletin_LN_Mar_2023.pdf?v=1684270438\)](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4567612/Boletin_LN_Mar_2023.pdf?v=1684270438)

Asimismo, conviene precisarse que dicha cifra representa un ligero incremento en comparación con el total de empresas tercerizadoras registradas en ese mismo mes del año pasado, conforma consta en la siguiente tabla:

Tabla N° 14 – Perú: Empresas tercerizadoras por mes, según actividad económica I Semestre - 2022

PERÚ						
EMPRESAS DE TERCERIZACIÓN POR MES, SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA						
I SEMESTRE - 2022						
ACTIVIDAD ECONÓMICA	MES					
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO
AGRICULTURA, GANADERÍA, CAZA Y SILVICULTURA	11	10	9	8	8	8
PESCA	5	5	5	5	5	5
EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS	46	46	46	46	46	44
INDUSTRIAS MANUFACTURERAS	102	104	107	101	103	101
SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD, GAS Y AGUA	9	9	10	8	10	10
CONSTRUCCIÓN	84	85	79	81	80	83
COMERCIO AL POR MAYOR Y AL POR MENOR, REP. VEHÍC. AUTOM.	92	93	94	93	95	98
HOTELES Y RESTAURANTES	7	8	8	8	9	9
TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO Y COMUNICACIONES	142	138	139	140	140	148
INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	1	1	1	1	1	1
ACTIVIDADES INMOBILIARIAS, EMPRESARIALES Y DE ALQUILER	508	520	515	514	522	521
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEFENSA	-	-	-	-	-	-
ENSEÑANZA	1	1	1	1	1	1
SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	24	24	24	23	23	22
OTRAS ACTIV. SERV. COMUNITARIOS, SOCIALES Y PERSONALES	145	142	142	141	145	147
HOGARES PRIVADOS CON SERVICIO DOMÉSTICO	-	-	-	-	-	-
ORGANIZACIONES Y ÓRGANOS EXTRA TERRITORIALES	-	-	-	-	-	-
NO DETERMINADO	7	9	10	10	11	11
TOTAL	1,184	1,195	1,190	1,180	1,199	1,209

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO-MTPE
PLANILLA ELECTRÓNICA / T-Registro y PLAME
ELABORACIÓN : MTPE - OGETIC - OFICINA DE ESTADÍSTICA

En tal sentido, la Tabla N° 14 pone en evidencia que la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 001-2022-TR no fue un óbice para la eventual constitución, formalización y/o continuación de funciones de las empresas tercerizadoras, toda vez que se advierte que existió en el primer semestre de 2022 un incremento en el número de estas, lo cual principalmente se considera que se debe a que varias empresas presentaron acciones de amparo, denuncias por barreras burocráticas, acciones populares y medidas cautelares en los procesos a fin de suspender la aplicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en sus artículos 1, 2, 5, 8 y 9, e incluye una única disposición de adecuación, con lo cual finalmente se logró que, con la Resolución N° 0179-2022/CEB-INDECOPI del 20 de mayo de 2022 de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de Indecopi, confirmada con la Resolución N° 0355-2022/SEL-INECOPI del 30 de setiembre de 2022 del Tribunal de Indecopi, se otorgue una medida cautelar de oficio que ordena a SUNAFIL abstenerse de aplicar las medidas controvertidas a cualquier administrado, hasta que exista pronunciamiento definitivo con relación al procedimiento que se sigue por la presunta existencia de barreras burocráticas.

No obstante, de no existir dicha suspensión, las empresas tercerizadoras se encontrarían obligadas a dar cumplimiento al Decreto Supremo N° 001-2022-TR, referido a que ya no

podrían encargarse de las actividades vinculadas al núcleo del negocio de la empresa principal, ya que de darse ello se configuraría un supuesto de desnaturalización de la tercerización laboral, por lo que su trabajador desplazado pasaría a ser incluido a la planilla de esta última, sin perjuicio de la imposición de multas administrativas que le correspondería asumir, de acuerdo a lo indicado en el Protocolo 001-2022-SUNAFIL/DNI, denominado Protocolo para la Fiscalización de la Tercerización Laboral, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 428-2022-SUNAFIL.

En ese escenario, se identifica los siguientes costos que las empresas tercerizadoras tendrían que asumir con la entrada en vigencia y obligación de adecuación de la referida norma:

- i. La empresa tercerizadora ya no podría prestar sus servicios especializados para hacerse cargo, bajo su propio riesgo y costo, de actividades principales vinculadas al núcleo del negocio de la empresa principal; por lo que correspondería que se resuelvan los contratos que haya celebrado con ésta, a fin que pueda dar cumplimiento a la obligación de adecuación prevista en la Única Deposition Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR.
- ii. De no cumplirse con dicha obligación de adecuación y seguir desplazando a su personal para la realización de actividades principales vinculadas al núcleo del negocio de la empresa principal, la empresa tercerizadora puede incurrir en alguna de las nuevas infracciones en materia laboral y sujeta a la imposición de multas administrativas, conforme al Decreto Supremo N° 015-2022-TR de 2022, que modifica el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR de 2006, en sus artículos 33, 34 y 48.1, y que incorpora la Undécima Disposición Final y Transitoria; en concordancia con la Resolución de Superintendencia N° 428-2022-SUNAFIL de 2022, que aprueba el Protocolo 001-2022-SUNAFIL/DNI, denominado Protocolo para la Fiscalización de la Tercerización Laboral, en sus numeral 7.3.13.
- iii. La empresa tercerizadora tendría que asumir el costo de reinventarse, optando entre cambiar de giro de negocio ante la imposibilidad de ser contratada por la empresa principal, o desempeñarse en el mismo giro de la empresa principal, al tener cierto *know how* de como operaría esta última, compitiendo con ella en el mercado. Siendo que en ambos casos, podría aprovechar los recursos técnicos, logísticos y humanos con que contaba para realizar las actividades tercerizadas o en su defecto transferir

los recursos que ya no le sean necesarios, incluso asumiendo una pérdida por el precio de transferencia, a fin reemplazarlos por otros que sirvan para sus nuevas actividades económicas.

- iv. De no optarse por reinventarse y de ser imposible mantener el negocio por cuanto ya no puede ser contratada, mediante la figura de la tercerización laboral para prestar servicios especializados, corresponderá la salida del mercado de la empresa tercerizadora, lo que generaría eventuales pérdidas para quienes invirtieron en ella y posible afectación al pago de los compromisos con sus acreedores. Esto a su vez podría representar un retroceso a la reactivación económica ante las consecuencias por la emergencia sanitaria de la Covid 19, no solo porque se pierde una fuente de trabajo como es la empresa tercerizadora, sino porque habría acreedores impagos y por ende afectaría la cadena de pagos de este.

Dichos costos asimismo han sido advertidos en el proceso de acción popular contra el referido Decreto Supremo (en primera instancia), por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Lima (Exp. N° 00756-2022-0-1801-SP-DC-03) que señaló que:

Esa afectación también se extiende a las empresas tercerizadoras, sobre todo a las micro y pequeñas empresas, por cuanto la disposición reglamentaria cuestionada al no otórgales certeza sobre el núcleo del negocio, así como tampoco las formas de identificarlo y determinarlo, les restringirían el acceso al mercado, ya que no podrían establecer sus propios objetivos, y menos dirigir y planificar sus actividades en función de sus posibilidades de recursos y condiciones del propio mercado, forzando incluso a la toma de decisiones de cierre o fin de actividades (liquidación), conllevando a graves situaciones de desempleo o informalidad de trabajadores altamente especializados. (Fundamento 49)

- Beneficios de la vigencia de la norma

No se verifica que la norma contemple algún beneficio para la empresa tercerizadora, sino como se indicó anteriormente, aquella la obligará a reinventarse (nuevo giro de negocio), competir con la empresa principal o en última ratio a su salida del mercado.

Para los trabajadores de las empresas principales

- Costos de la adecuación de dicha norma

Ante la prohibición de que las empresas principales puedan tercerizar actividades vinculadas a su núcleo del negocio, prevista en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en sus artículos 1, 2 y 5; aquellas pueden optar por reasignar las funciones de sus trabajadores o incrementar las mismas a fin que se hagan cargo de aquellas actividades que ya no pueden ser materia de tercerización; lo cual podría conllevar a que exista una sobrecarga laboral o el incremento de las exigencias del empleador a fin que aumente la productividad.

Por otro lado, de optar por contratar nuevo personal para que se haga cargo de tales funciones, lo cual implicaría su inclusión en la planilla de la empresa principal, podría representar una reducción de la repartición de las utilidades de la empresa para los trabajadores antiguos, ya que en esta repartición se deberá incluir a los trabajadores nuevos. Asimismo, los trabajadores antiguos tendrían mayor competencia para acceder a mejores puestos de trabajo y por ende a mejores remuneraciones.

- Beneficios de la norma

Ante la referida prohibición, y de optarse por encargar las mismas a los trabajadores de la empresa, le permitirá a estos, acceder a capacitaciones para la realización eficiente de las mismas, e incluso la posibilidad de acceder a mejoras económicas.

Para los trabajadores de las empresas tercerizadoras

- Costos de adecuación a la norma

De acuerdo a la información alcanzada por el MTPE, mediante Carta N° 2267-2023-MTPE/4.3.99, con la que se da atención al pedido de acceso a la información pública formulado con Solicitud N° 075373-2023 del 07.05.2023, al mes de enero de 2023, se registraron un total de 141 991 trabajadores registrados en empresas tercerizadoras en el sector formal privado, desempeñando principalmente funciones y/o tareas en actividades económicas como: i) actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler (82 955), ii) explotación de minas y canteras (16 687), y iii) transporte, almacenamiento y comunicaciones (14 708), conforme consta en la Tabla N° 15.

Tabla N° 15 – Perú: Trabajadores registrados en empresas tercerizadoras en el sector formal privado, según actividad económica, enero 2023

PERÚ: TRABAJADORES REGISTRADOS EN EMPRESAS TERCERIZADORAS EN EL SECTOR FORMAL PRIVADO, SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA, ENERO 2023	
(Absoluto)	
Actividad económica	ene-23
Agricultura, ganadería, caza y silvicultura	897
Pesca	573
Explotación de minas y canteras	16,687
Industrias manufactureras	5,038
Suministro de electricidad gas y agua	791
Construcción	2,891
Comercio al por mayor y al por menor, rep. vehíc. autom.	6,057
Restaurantes y hoteles	384
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	14,708
Intermediación financiera	76
Actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler	82,955
Administración pública y defensa	4
Enseñanza	2
Servicios sociales y de salud	1,553
Otras activ. serv. comunitarios, sociales y personales	9,087
No determinado	288
Total	141,991
<p>Nota: Se refiere al total de trabajadores en empresas que reportaron contratar al menos un trabajador en condición de tercerización, debido a que no es posible distinguir condición de tercerización para cada trabajador. Datos actualizados al 26 de marzo de 2023. Fuente: MTPE-Planilla Electrónica (T-Registro – PLAME). Elaboración: MTPE - DGPE - Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISEL).</p>	

Cabe indicar que se solicitó información actualizada al mes de mayo de 2023; no obstante, el MTPE indicó solo contar con dicha información, la cual correspondería a datos de la planilla electrónica (T-REGISTRO-PLAME) al 26.03.2023.

Dicha cantidad supera lo registrado en el mismo mes del 2022 (122 957 trabajadores) y siguientes meses, conforme se verifica en la Tabla N° 16, con lo cual se concluye que ha existido un aumento en la cantidad de trabajadores que fueron desplazados a empresas principales, en el marco de contratos de tercerización laboral, aun cuando ya había entrado en vigencia el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

Tabla N° 16 – Perú: Trabajadores en empresas de intermediación laboral y tercerización en el sector privado por mes, según actividad económica I Semestre - 2022

PERÚ												
TRABAJADORES EN EMPRESAS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y TERCERIZACIÓN EN EL SECTOR PRIVADO POR MES, SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA												
I SEMESTRE - 2022												
ACTIVIDAD ECONÓMICA	MES											
	ENERO		FEBRERO		MARZO		ABRIL		MAYO		JUNIO	
	Inter.	Terc.	Inter.	Terc.	Inter.	Terc.	Inter.	Terc.	Inter.	Terc.	Inter.	Terc.
AGRICULTURA, GANADERÍA, CAZA Y SILVICULTURA	131	827	131	838	151	880	161	885	183	800	155	779
PESCA	15	611	14	714	13	670	51	591	79	604	53	518
EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS	31	9,061	28	9,358	26	9,348	27	9,570	22	9,739	25	9,873
INDUSTRIAS MANUFACTURERAS	1,353	3,989	942	4,071	828	3,957	1,034	3,965	839	3,784	719	3,446
SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD, GAS Y AGUA	-	693	-	692	-	714	-	645	-	678	-	727
CONSTRUCCIÓN	386	2,872	410	2,945	396	3,149	385	3,145	361	2,883	403	2,813
COMERCIO AL POR MAYOR Y AL POR MENOR, REP. VEHÍC. AUTOM.	326	5,080	320	5,074	320	5,153	318	5,077	316	5,058	330	5,102
HOTELES Y RESTAURANTES	2	289	2	305	2	294	6	295	5	362	5	361
TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO Y COMUNICACIONES	978	11,876	976	12,049	987	12,254	1,031	12,086	1,071	12,233	1,052	12,048
INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	5,813	24	5,849	25	5,931	24	6,021	24	6,054	24	6,134	26
ACTIVIDADES INMOBILIARIAS, EMPRESARIALES Y DE ALQUILER	129,716	78,210	129,355	79,699	130,091	78,757	129,390	77,081	131,153	76,347	127,763	75,717
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEFENSA	289	-	290	-	279	-	309	-	312	-	314	-
ENSEÑANZA	-	2	-	3	-	3	-	3	-	3	-	3
SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	17	1,703	17	1,757	16	1,778	19	1,666	18	1,616	18	1,600
OTRAS ACTIV. SERV. COMUNITARIOS, SOCIALES Y PERSONALES	1,173	7,456	1,083	7,639	1,063	7,745	1,054	7,882	1,038	7,981	1,010	7,561
HOGARES PRIVADOS CON SERVICIO DOMÉSTICO	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
ORGANIZACIONES Y ORGANOS EXTRATERRITORIALES	-	-	-	-	-	-	3	-	4	-	-	-
NO DETERMINADO	88	264	155	314	151	336	155	315	64	324	65	321
TOTAL	140,318	122,957	139,572	125,483	140,254	125,062	139,964	123,230	141,519	122,436	138,046	120,895
FUENTE	: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO-MTPE PLANILLA ELECTRÓNICA / T-Registro y PLAME											
ELABORACIÓN	: MTPE - OGETIC - OFICINA DE ESTADÍSTICA											
NOTA	: Inter.=Intermediación / Terc.=Tercerización											

Asimismo, conviene precisar que dicha cantidad de trabajadores registrados en empresas tercerizadoras al mes de enero 2023 (141 991) representa un 0.35% del total de trabajadores del sector privado en el Perú registrados en dicho mes en la planilla electrónica (3 947 637), según el Boletín Mensual de Leyendo Números de Trabajo y Promoción del Empleo Marzo 2023 (p.9), publicada en la plataforma gov.pe https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4567612/Boletin_LN_Mar_2023.pdf?v=1684270438)

Advertido lo anterior se identifica los siguientes costos que los trabajadores de las empresas tercerizadoras tendrían que asumir con la entrada en vigencia y obligación de adecuación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR:

- i. En caso que la empresa tercerizadora no estuviera prestando sus servicios para la realización de actividades vinculadas al núcleo del negocio de la empresa principal, a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, sus trabajadores continuarán incluidos en su planilla electrónica y no resulta de aplicación su Única Disposición Complementaria Transitoria; no obstante, ante la imposibilidad de celebrar nuevos contratos para tales servicios (una vez que se ratifique su validez en el proceso de acción popular que se viene siguiente ante el Poder Judicial), la empresa tercerizadora deberá reinventarse, ya sea cambiando el giro de su negocio,

dedicándose a otras actividades que sí pueden ser objeto de tercerización laboral permitida, realizando otras actividades económicas u optando por dedicarse a las mismas actividades o similares de la empresa principal, al tener cierto *know how* de cómo ésta opera; siendo que en tales escenarios puede surgir una posible reducción del número de sus trabajadores, pasando éstos a un estado de desempleo, una posible reducción de las remuneraciones o demoras en el pago de las remuneraciones, los cuales podrían ocurrir ante la falta de liquidez de las empresas mientras se adaptan a los nuevos cambios y captan clientes en el mercado.

- ii. Asimismo, en un posible peor escenario generado por la vigencia del Decreto Supremo N° 001-2022-TR y la obligación a su cumplimiento, las empresas tercerizadoras podrían decidir por su salida del mercado, ante la imposibilidad de continuar sus actividades económicas, al ya no contar con clientes y/o no tener liquidez; en cuyo contexto, se procedería a la extinción de los vínculos laborales con sus trabajadores, pasando a estos a un estado de desempleo que podría en algunos casos durar meses, ante la escasa demanda laboral en condiciones formales y garantizando los derechos laborales.

De acuerdo a la información reportada por el OIT (2023), el déficit mundial de empleo ascendió a 473 millones de personas en 2022, lo que corresponde a una tasa de incidencia de déficit de empleo 12,3 por ciento (el déficit mundial de empleo es una nueva medida de la necesidad insatisfecha de empleo en el mundo); asimismo, en 2022, unos 2000 millones de trabajadores tenían un empleo informal en el mundo. Asimismo, dicho organismo agrega que la incidencia del empleo informal se redujo en 5 puntos porcentuales ente 2004 y 2019, y que la recuperación del empleo tras la crisis de la Covid-19 se ha dado principalmente por el empleo informal, lo que ha provocado un ligero aumento de la incidencia de la informalidad. Finalmente, el OIT señala que:

Más allá de la magnitud del déficit de empleo, la calidad de los puestos de trabajo sigue siendo una preocupación fundamental. Muchas personas no pueden permitirse estar sin empleo, debido a su pobreza y a la falta de acceso a mecanismos de protección social. En esos casos suelen emprender cualquier tipo de actividad, a menudo muy mal remunerada y, en ocasiones, con horas de trabajo insuficientes. La escasez de oportunidades de empleo mejores, en el contexto de la desaceleración prevista, obligará a los trabajadores a aceptar empleos de peor calidad. Además, como los precios suben más deprisa que las rentas nominales del trabajo, muchos trabajadores no podrán mantener sus ingresos reales. Ambos

factores auguran un deterioro de las condiciones del mercado de trabajo en dimensiones distintas del empleo. (p.40)

En dicho contexto, es que medidas que puedan ocasionar el aumento de desempleo, como el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, conforme al análisis antes realizado, no podría constituir una opción idónea en el marco de la reactivación económica post pandemia de la Covid-19.

- Beneficios de la vigencia de la norma
 - i. En caso que la empresa tercerizadora estuviera prestando sus servicios para la realización de actividades vinculadas al núcleo del negocio de la empresa principal, a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 001-2022-TR; de ratificarse su validez en el proceso de acción popular que se viene siguiendo, los trabajadores de la empresa tercerizadora que fueron desplazados para prestar dicho servicio deberán pasar a la planilla de la empresa principal; por lo que su nuevo empleador será esta última, pudiendo obtener mejores condiciones laborales y ser considerados en el reparto de utilidades de la empresa.
 - ii. De no encontrarse en el anterior supuesto, los trabajadores de la empresa tercerizadora pueden ser captados por la empresa principal para que trabajen directamente con esta última, ante la imposibilidad de tercerizar aquellas actividades vinculadas a su núcleo de negocio; con lo cual aquellos pueden obtener estabilidad laboral – en caso de no haberla tenido con su anterior empleador – así como mejores condiciones laborales y ser considerados en el reparto de utilidades de la empresa.

Para la sociedad y el mercado nacional

- Costo de la norma

A la fecha, la eficacia del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en sus artículos 1, 2, 5, 8 y 9, e incorpora una Única Disposición Complementaria Transitoria que dispone una obligación de adecuación, se encuentra suspendida en atención a lo dispuesto mediante Resolución N° 0355-2022/SEL-INECOPI del 30 de setiembre de 2022; no obstante, en caso de que se determinase su plena validez, en el proceso de acción popular que viene ventilándose en instancia judicial (Expediente

N° 00756-2022-0-1801-SP-DC), se considera que los costos para la sociedad serían los siguientes:

- i. Incremento del desempleo, en caso se produzca la salida del mercado de las empresas tercerizadoras.
- ii. La posible salida del mercado de empresas especializadas, al no poder celebrar contratos para prestar servicios especializados a favor de empresas principales, bajo la figura de la tercerización laboral.
- iii. Constituir un retroceso a la reactivación económica ante las consecuencias por la emergencia sanitaria de la Covid 19, no solo porque se pierden fuentes de trabajo como es la empresa tercerizadora, sino porque, ante su salida del mercado, habría acreedores impagos y por ende afectaría la cadena de pagos de este.
- iv. Incremento del empleo informal, a fin de evitar pagar derechos laborales o pago de utilidades a trabajadores. Al respecto, es conveniente precisar que la OIT (2023) ha señalado que:

La recuperación de la pandemia está impulsada por el empleo informal. Cuando se inició la recuperación de las economías, después de que los países levantaran las medidas de confinamiento y demás restricciones sanitarias, los empleos informales repuntaron más rápido que los formales, de ahí que se haya detenido la lenta pero constante reducción de la informalidad, sostenida durante más de un decenio. Unos dos tercios de los puestos de trabajo creados entre 2020 y 2022 se inscribían en la economía informal; por lo tanto, la incidencia de la informalidad fue ligeramente mayor en 2022 que en 2019. El crecimiento del empleo informal ha sido especialmente drástico en el caso de las mujeres (OIT 2022c). La escasez de datos, sobre todo durante la crisis de la COVID-19 y la posterior recuperación, obliga a interpretar con cautela estas tendencias; no obstante, la evolución resulta preocupante, ya que indica un deterioro en un ámbito que registraba avances palpables. Además, si el entorno económico se deteriorara más de lo previsto actualmente, la tendencia al alza de la informalidad podría prolongarse a medio plazo. (p. 43)

- Beneficio de la norma

Del Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, en su exposición de motivos, se advierte que señala como justificación el garantizar los derechos laborales de los trabajadores, ya que existiría un supuesto uso indiscriminado de la figura de tercerización laboral por parte de las empresas que buscan reducir los costos laborales, sin importar que ello menoscaba los derechos laborales de los trabajadores; no obstante, no hay evidencia cierta de dicha problemática, toda vez que, como se indicó anteriormente, no hay mención en dicha norma o en su Exposición de Motivos, ni incluso en el Informe N° 032-2022-MTPE/2/14.1 del 08 de febrero de 2022, de la Dirección de Normativa de Trabajo del MTPE, unidad orgánica que se encargó de formular la propuesta normativa, de sustento en informes, estadísticas, reportes, ni jurisprudencia que acrediten ello. En consecuencia, no es posible concluir que la solución más idónea para hacer frente a ese problema era modificar el Reglamento de la Ley N° 29245, como se hizo a través del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, a fin de supuestamente garantizar los derechos laborales de los trabajadores.

En esa línea, se opina que dicha norma no resultaría beneficiosa para la sociedad ni el mercado peruano, no solo por cuanto para su emisión se ha incumplido con principios constitucionales como el de jerarquía normativa, legalidad, publicidad, participación ciudadana y seguridad jurídica, sino también por cuanto no se ha efectuado un real análisis del impacto de la misma y su costo-beneficio, lo cual resultaba necesario a fin de concluir que constituía una medida idónea contra el problema propuesto como es la precariedad laboral, en una sociedad y mercado que principalmente es informal. Asimismo, conforme lo indicado el Banco Central de Reserva del Perú, en su antes citado Oficio N° 0067-2022-BCRP, señalando que, ante el supuesto tema de abusos e incumplimientos a la legislación vigente, tendría que ser enfrentado a través de una adecuada gestión pública, y no a través de normas que terminan perjudicando el crecimiento económico y el empleo.

Para el Estado Peruano

- Costo de la norma

La vigencia del Decreto Supremo N° 001-2022-TR y su Única Disposición Complementaria Transitoria que dispone la adecuación al mismo, estarían generando los siguientes costos:

- i. Que el Gobierno, a través de la Procuraduría Pública Nacional, tenga que hacer frente a una serie de procesos de acción popular, amparos y denuncias por barreras

burocráticas que viene siendo iniciadas por el empresariado, ante la vigencia de la referida norma, debiendo asumir los costos que dicha defensa jurídica a favor del Estado implica.

- ii. Asimismo, la vigencia de dicha norma ha implicado el incremento de la carga laboral en el Poder Judicial e Indecopi ante las sendas demandas o denuncias, así como solicitudes de medidas cautelares, que se han presentado en sus jurisdicciones para cuestionar la norma.
- iii. De declararse la plena validez de la norma ante el Poder Judicial, traería como consecuencia que cierto número de empresas tercerizadoras ya no operarían en el mercado, con lo cual el Estado dejaría de percibir los impuestos, principalmente el Impuesto a la Renta, por parte de aquellas. Como se indicó anteriormente, al mes de enero 2023, el total de empresas tercerizadoras asciende a 1 209, lo que representa un 0.35% del total de empresas del sector privado en el Perú registradas en dicho mes en la planilla electrónica (345 116); por lo que de extinguirse las mismas, SUNAT ya no podría cobrar el impuesto a la renta de tercera categoría a las mismas del año corriente e incluso de años anteriores, perjudicándose así a una de las principales fuentes de recursos para satisfacer las necesidades públicas (obras y servicios) de la población.
- iv. De declararse la plena validez de la norma ante el Poder Judicial, es altamente probable que se cuestione en instancias administrativa y judicial las eventuales multas interpuestas por SUNAFIL por supuesta comisión de infracciones administrativas referidas a la normativa de tercerización laboral, toda vez que sería discutible tener un criterio uniforme de qué se entiende por núcleo de negocio, toda vez que lo normado en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR no resulta claro sino que es sujeto a interpretación. Por lo que en tal supuesto, nuevamente el Gobierno, a través de la Procuraduría Pública Nacional, tendrá que hacer frente a una serie de procesos y los costos de los mismos.
- v. Esta medida no coadyuvaría a uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible como es el Trabajo decente y crecimiento económico (objetivo 8) y las metas previstas. Dicho objetivo fue determinado el 25 de setiembre de 2015, fecha en la que los líderes a nivel mundial, luego de un debate, acordaron adoptar una relación de objetivos globales a alcanzarse en los próximos 15 años, sobre erradicación de la pobreza, protección del planeta Tierra y afirmar la prosperidad para todos como parte de una

nueva agenda de desarrollo sostenible. Las Naciones Unidas (2015) estableció, entre las metas de dicho objetivo, las siguientes:

8.3 Promover políticas orientadas al desarrollo que apoyen las actividades productivas, la creación de puestos de trabajo decentes, el emprendimiento, la creatividad y la innovación, y fomentar la formalización y el crecimiento de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, incluso mediante el acceso a servicios financieros;

(...)

8.5 De aquí a 2030, lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor. (un.org, 2015)

- Beneficio de la norma

De acuerdo al Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, en su Exposición de Motivos, se entendería que, para el Estado, dicha norma serviría para garantizar los derechos laborales de los trabajadores y concluir con el abaratamiento de los costos laborales; no obstante, no hay garantía de ello, ya que en el Perú impera la informalidad, frente a la cual, en materia laboral, el Estado Peruano tendría una posición de inacción, toda vez que, como se indicó anteriormente, de los Boletines Estadísticos publicados por el MTPE, se verifica que existe una reducida cifra de inspecciones laborales a cargo de SUNAFIL, esto es, no se estarían haciendo inspecciones que permitan identificar los casos en donde se estarían afectando los derechos de los trabajadores y adoptar medidas contra ello, no solo imponiendo multas sino exigiendo que se reconozca los derechos de esta última. Por lo que se considera que con este Decreto Supremo, se incrementaría dicha informalidad, al representar esta la salida para reducir los costos de contratar personal en planilla y con todos los derechos laborales, frente a lo cual muchas personas accederían a dichas condiciones, a fin de contar con un empleo.

En conclusión: El análisis costo-beneficio antes realizado, permite concluir que los costos son superiores a los beneficios del Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

3.2.5. La vigencia y adecuación a la norma, en el contexto de reactivación económica producto de la Covid-19

El 11 de marzo de 2020, considerando los alarmantes niveles de propagación de la COVID-19 a nivel mundial, la Organización Mundial de la Salud (OMS) determinó que ésta puede considerarse una pandemia, por lo que su Director General instó a los países que adopten medidas urgentes y agresivas, reconociendo que no era solo una crisis de salud pública, sino que afectaría a todos los sectores, haciendo un llamado para que las naciones activasen y ampliaran sus mecanismos de respuesta. Es así, que en el caso del Perú, mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM del 15 de marzo de 2020, que entró en vigencia el 16 de marzo de 2020, el Gobierno declaró el Estado de Emergencia Nacional por 15 días calendario y dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena), periodo que se amplió en varias ocasiones, hasta el 30 de junio de 2020, así como se estableció restricciones y/o suspensiones a las actividades comerciales, culturales, recreativas, entre otros, permitiéndose y/o garantizándose solo la provisión de servicios públicos básicos, productos y bienes de primera necesidad y acceso a medicamentos.

Dichas restricciones y/o suspensiones afectaron, entre otros, al sector empresarial, quienes sufrieron grandes pérdidas económicas, debido a la suspensión de sus actividades y/o la reducción de la demanda, lo cual incluso implicó que ciertas empresas procedieran a su salida del mercado, afectando así a la cadena de pagos y generando desempleo e incrementando la informalidad. Siendo así, las consecuencias de la emergencia sanitaria por la Covid 19 causaron el surgimiento de una severa recesión.

Al respecto, el Banco Mundial (2020) indicó que la recesión ocasionada por la emergencia sanitaria por la COVID-19 es singular en varios aspectos, y es probable que sea la más profunda para las economías avanzadas desde la Segunda Guerra Mundial y la primera contracción del producto en las economías emergentes y en desarrollo en al menos los últimos seis decenios.

Frente a dicha situación y a fin de reactivar la economía, el Gobierno Peruano creó el Programa Reactiva Perú, mediante el Decreto Legislativo N° 1455 del 06 de abril de 2020, el cual constituyó un instrumento de política macroeconómica que tuvo como objeto inyectar masivamente dinero a la economía a través de préstamos a las empresas. Nivin (2020, p. 5) señala que este programa consistía en que el gobierno otorgaba garantías a los créditos del sistema financiero a las empresas, a la vez que estos créditos eran entregados por las entidades financieras al Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) en

operaciones de reporte para obtener liquidez; con lo cual se logró el objetivo de mantener operativo al sector productivo durante el estado de emergencia y se evitó un rompimiento de la cadena de pagos que hubiera tenido consecuencias significativas para la estabilidad del sistema financiero y de la economía, en general.

A la fecha, dicha emergencia sanitaria ya fue superada; no obstante, sus consecuencias aún no, ya que por ejemplo las empresas siguen haciendo frente a sus compromisos económicos producto de la crisis económica ocasionada por aquella y como parte de su reactivación económica, en un mercado muy competitivo y en donde existe el problema de la informalidad, lo que hace que ser formal signifique un alto costo que pocos quieren asumir, más aun cuando advierten que el Estado no tendría una política de lucha contra la informalidad.

Frente a dicha situación y a fin de promover la formalidad, es que resulta necesario que el Gobierno, a través de sus autoridades, adopte medidas inmediatas que no solo sean conformes con el ordenamiento jurídico (principio de legalidad), sino también que hayan pasado por una evaluación del impacto de las mismas (social y económico), en la cual se determine que sus beneficios son mayores que sus costos, y por lo tanto, idóneas para su objetivo (lucha contra la informalidad) y a fin de no afectar los derechos e intereses de los agentes económicos.

En dicho contexto, es que se considera que medidas como la entrada en vigencia del Decreto Supremo N°001-2022-TR que modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en sus artículos 1 , 2 y 5, principalmente, trasgrediendo el espíritu de la Ley N° 29245, que prohíbe la tercerización de actividades especializadas u obras que involucren el núcleo de negocio de una empresa y que establezca ello como un supuesto de desnaturalización de la tercerización laboral, no constituye una política laboral que haya sido evaluada desde un punto de vista legal, social y económico, ya que como se indicó durante el presente capítulo no solo ha sido emitida trasgrediendo principios constitucionales como el de jerarquía normativa (por cuanto algunas disposiciones transgreden la Ley N° 29245), publicidad (por cuanto su proyecto no fue publicado en el diario El Peruano a fin de recabar las opiniones y/o observaciones de la sociedad), participación ciudadana (porque no se dio la oportunidad para recibir opiniones o comentarios, ni incluso del Concejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo) y seguridad jurídica (por cuanto incorpora el término “núcleo de negocio” de forma confusa, dando pie a distintas interpretaciones), sino también sin una evaluación contextualizada, esto es, sin meritarse que sus costos de aplicación e implementación resultan superiores a sus posibles beneficios, lo que finalmente no solo

afecta a las empresas que tercerizan sus actividades y empresas tercerizadoras, las cuales vienen recuperándose por las pérdidas económicas ocasionadas por la paralización de sus actividades y/o compromisos asumidos a raíz de la emergencia sanitaria por la Covid-19, sino también a los trabajadores de éstas, los cuales podrían perder su empleo en caso que las empresas tercerizadoras opten por su salida del mercado o decidan someterse a condiciones de informalidad laboral o menores derechos laborales a fin de contar con un empleo, y finalmente impactaría en la sociedad y el Estado Peruano, ya que de confirmarse la plena validez de dicha propuesta normativa, se incrementaría la informalidad laboral, la precariedad laboral y el desempleo en el país.

Es conveniente precisarse que, en enero de 2023, el empleo en el sector formal privado aumentó en 4,7% en relación con enero del 2022; siendo que con este resultado, se registran 22 meses consecutivos de avance positivo, luego de las contracciones del empleo formal a raíz de la crisis sanitaria por la Covi-19. En términos absolutos, se registraron 3 millones 948 mil trabajadores, lo cual significó un aumento de 177 mil puestos de trabajo, respecto al mismo mes del año anterior; asimismo, al compararlo con enero de 2021, cuando ya había iniciado la crisis sanitaria, se registraron 558 mil puestos de trabajo más en enero de 2023; y 235 mil puestos de trabajo adicionales a los registrados en enero de 2020 (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2023).

Siendo así, lo que el Gobierno Peruano debe promover es que dichas cifras aumenten, para lo cual debe adoptar medidas que incentiven al sector privado a permanecer o sumarse a la formalidad laboral, y no medidas como la aprobación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR que impactan negativamente al sector empresarial, haciendo peligrar su permanencia en el mercado e incluso que ocasionan que éste tenga que asumir gastos para contradecir su vigencia en instancia administrativa y judicial.

3.2.6. Análisis de razonabilidad de la norma

Teniendo en cuenta los resultados obtenidos de las evaluaciones antes señaladas, corresponde determinar si el Decreto Supremo N° 001-2022-TR resulta o no una medida razonable, para ello es importante partir definiendo que es razonabilidad.

El principio de razonabilidad, reconocido en el TUO de la Ley N° 27444 de 2019, en su artículo IV del Título Preliminar, numeral 1.4, consiste en:

Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Para verificar si una medida cumple con dicho principio, es conveniente traer a colación lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, en su artículo 18, que prevé que un análisis de razonabilidad comprende lo siguiente:

- i. Verificar que la medida no es arbitraria, lo que implica que esté acreditado la existencia del interés público que sustentó la medida cuestionada y que esté dentro del ámbito de las atribuciones legales de la entidad; la existencia del problema que se pretendía solucionar con la medida cuestionada; y que la medida cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida.
- ii. Verificar que la medida es proporcional a sus fines, lo que implica que se acredite que, de un análisis de los beneficios y/o el impacto positivo de la medida y de sus costos y/o el impacto negativo para los agentes económicos obligados a cumplirla, así como para otros agentes afectados y/o para la competencia en el mercado, se concluya que los beneficios son mayores a los costos; y finalmente que no exista otras medidas alternativas menos costosas o igualmente efectivas.

De no superar dicha evaluación, se concluirá que la medida es carente de razonabilidad y por ende que la medida no resulta idónea, necesaria y proporcional al fin u objetivo que supuestamente justifica su existencia.

Del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, en su Exposición de Motivos, se advierte que lo que se busca con dicha norma es frenar el supuesto uso indiscriminado de la figura de la tercerización laboral que estaría permitiendo a las empresas reducir los costos laborales y menoscabando los derechos laborales de los trabajadores. Siendo así, se colige que la finalidad pública buscada con dicha norma es tutelar los derechos de los trabajadores que ejecutan los servicios de tercerización laboral.

En ese orden de ideas, la pregunta que corresponde hacerse es: ¿la modificación al Reglamento de la Ley N° 29245, efectuada con el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, constituye una medida razonable para tutelar los derechos laborales de los trabajadores que ejecutan los servicios de tercerización laboral?

Para responder dicha pregunta, corresponde hacer el análisis de razonabilidad respectivo:

- a. Verificar si el *Decreto Supremo N° 001-2022-TR* es una medida arbitraria:

El Decreto Supremo N° 001-2022-TR es una modificatoria del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245, el cual es una propuesta formulada y rubricada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en el ámbito de sus atribuciones legales, conforme se verifica de la Ley N° 29381 de 2009, Ley de Organización y Funciones del MTPE, que en su artículo 5, numeral 5.1, establece que:

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.

De la revisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, en su Exposición de Motivos, se advierte que el interés público que sustenta dicha norma es tutelar los derechos laborales de los trabajadores que ejecutan los servicios de tercerización laboral, toda vez que se señala como justificación de la norma que las empresas estarían efectuando un uso indiscriminado de dicha figura jurídica, a fin de reducir los costos laborales sin importar que ello implique menoscabar los derechos laborales de los trabajadores; por lo que concluye que resulta necesario que se modifique el Reglamento de la Ley N° 29245, en sus artículos 1, 2 y 5, referidos al tipo de actividades que la empresa principal podría encargar a la empresa tercerizadora, el ámbito de la tercerización y las casuales de desnaturalización de la tercerización; así como se estipule un plazo para la adecuación de los contratos y figuras empresariales vigentes a dichas modificaciones.

La existencia de dicho interés público que sustentó dicha medida asimismo ha sido ratificado por el MTPE (2022) en su Informe N° 183-2022-MTPE/2/14.1 – emitido para brindar opinión técnica sobre un proyecto de ley del Congreso de derogar el Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022 - , en donde señala que “conviene enfatizar que el propósito de la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, no es otro si no corregir la distorsión que creaba el primigenio Decreto Supremo N° 006-2008-TR”. (Punto 2.17)

No obstante, se verifica que no está acreditado la existencia del supuesto problema que se pretende solucionar con dicha modificatoria, esto es, el supuesto uso indiscriminado de la figura de la tercerización laboral que permitiría a las empresas reducir los costos laborales sin importar que ello menoscaba los derechos de los trabajadores, toda vez que, como se ha indicado en el desarrollo del presente capítulo, en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR de 2022, ni en su parte expositiva ni en su Exposición de Motivos, se ha citado informes, reportes, estadísticas jurisprudencia u otra evidencia que demuestre la existencia de dicho problema y por ende que sustenten la referida modificatoria en los términos que han sido aprobados.

Respecto si dicha medida resulta idónea o adecuada para lograr la solución del referido problema u objetivo propuesto, es preciso señalar que el Tribunal Constitucional ha señalado que la idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador; se trata del análisis de una relación medio-fin (Expediente 00045-2004-AI, fundamento 38)

Después del análisis efectuado en el presente capítulo, se concluye que el modificar el Reglamento de la Ley N° 29245, a través del Decreto Supremo N° 001-2022-TR (medio utilizado), no causará que frene la afectación de los derechos de los trabajadores por el supuesto uso indiscriminado de la tercerización laboral (objetivo) y/o satisfacer el interés público que sustentaría dicha norma como es el tutelar los derechos laborales de los trabajadores que ejecutan los servicios de tercerización laboral (fin), ya que, como se indicó anteriormente, el MTPE no brindó evidencias de la existencia del supuesto problema, a través de informes, reportes, estadísticas, casos jurisprudenciales u otros; por lo que resulta imposible efectuar dicho análisis de relación medio-fin.

Asimismo, en el hipotético caso que el MTPE hubiera acreditado con evidencias el referido problema y que éste está vinculado con la normativa que regula los servicios de tercerización laboral, se precisa que el modificar el Reglamento de la Ley N° 29245 no resulta un medio idóneo para el objetivo, ya que se ha comprobado que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR transgredió principios constitucionales como son los de jerarquía normativa (al transgredir la Ley N° 29245), de publicidad y participación ciudadana (por no cumplir con lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS) y de seguridad jurídica (por incorporar el término “núcleo de negocio” sin establecer una definición clara, sino de forma confusa y dando pie a interpretaciones para los agentes jurídicos) y por ende afecta los derechos de libertad de empresa y libertad de contratación, reconocidos en la Constitución Política del Perú de 1993, los artículos 59 y 2° numeral 14 y 62, ya que dicha norma estipula una obligación de adecuación a la misma, por parte de las empresas, pese a que a la norma resulta ilegal.

Por lo expuesto, se concluye que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR resulta una medida arbitraria.

- b. Verificar si el Decreto Supremo N° 001-2022-TR es una medida proporcional a sus fines:

Como se indicó anteriormente, lo que se busca con el Decreto Supremo N° 001-2022-TR es tutelar los derechos laborales de los trabajadores que ejecutan los servicios de tercerización laboral; no obstante, el MTPE no acreditó la existencia del problema (afectación de los derechos laborales de los trabajadores por el uso de la tercerización laboral) ni se ha verificado que la norma cumpla con los parámetros legales y sustanciales para su emisión.

Asimismo, del análisis costo –beneficio de la norma, realizada al inicio del presente capítulo, se ha podido concluir que la medida resulta costosa, ya que los costos y/o el impacto negativo de la misma son superiores a sus beneficios y/o su impacto positivo, no solo para los agentes económicos obligados a cumplirla, como son las empresas tercerizadoras y las empresas que contratan los servicios de tercerización, sino también para otros agentes afectados como son los trabajadores de ambas empresas, la sociedad y finalmente para el mercado, ya que de aplicarse dicha medida, podría ocasionar la salida del mercado de muchas empresas tercerizadoras y por ende la pérdida de puestos de trabajo y afectación de cadena de pagos, lo que perjudicaría el proceso de reactivación económica que se viene dando en el país a raíz de las consecuencias generales por la Covid -19.

Respecto a si existen otras medidas alternativas que resultarían menos costosas o igualmente efectivas, es de precisar que, atendiendo a que el interés público que se persigue es tutelar los derechos laborales de los trabajadores que ejecutan los servicios de tercerización laboral, se concluye que sí existirían otras medidas alternativas y que resultan legales, como son:

- i. Incrementar las inspecciones laborales a cargo de SUNAFIL
- ii. Una reforma integral de la Ley que regula los servicios de tercerización laboral, incorporando las mejoras introducidas en la legislación comparada a fin de garantizar los derechos laborales de los trabajadores.

La primera medida alternativa resultaría menos costosa y efectiva, por cuanto, a la fecha, se encuentra regulada mediante la Ley N° 29981, a través de la cual se crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), en cuyo artículo 4, literales a) y e), se establece que son funciones de dicha entidad: “a) Supervisar el cumplimiento de la normativa sociolaboral, ejecutando las funciones de fiscalización” y “e) Imponer las sanciones legalmente establecidas por el incumplimiento de las normas sociolaborales”. No obstante, existen evidencias que demostrarían que dicha entidad no estarían ejerciendo tales funciones a cabalidad con relación al uso de la figura de la tercerización laboral, ya que como se ha indicado en el presente capítulo, los reportes de órdenes de inspecciones laborales y orientaciones laborales publicitados en los Boletines Estadísticos del I Semestre 2021 y 2022, publicados por el MINTRA, en su página web, ponen en manifiesto un reducido número de intervenciones por parte de SUNAFIL, con lo que se concluye que no se estaría ejerciendo una supervisión y/o exigiendo el pleno cumplimiento de la

normativa vigente que regula la tercerización laboral y por ende alertar y tomar medidas inmediatas ante aquellos casos en donde se estarían afectando los derechos laborales de los trabajadores ante el incumplimiento de la dicha normativa.

En tal sentido, incrementar las inspecciones laborales a cargo de SUNAFIL resulta ser una medida más beneficiosa y permitida legamente que la aprobación y aplicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR. Y resultará más efectiva para el interés público perseguido en la medida que SUNAFIL disponga mayores intervenciones para fiscalizar el cumplimiento de la normativa laboral, implicando como único costo el correspondiente a los gastos para tales intervenciones.

En esa misma línea, el Banco Central de Reserva del Perú se ha pronunciado, a través del Oficio N° 0067-2022-BCRP, señalando que, ante el supuesto tema de abusos e incumplimientos a la legislación vigente, tendría que ser enfrentado a través de una adecuada gestión pública, y no a través de normas que terminan perjudicando el crecimiento económico y el empleo.

La segunda medida alternativa también resulta menos costosa y beneficiosa, por cuanto si el MTPE consideró que la normativa que regulaba los servicios de tercerización laboral – antes de la modificación dispuesta con el Decreto Supremo N° 001-2022-TR- permitía abaratar los costos laborales afectando los derechos de los trabajadores, la salida no era modificar dicha normativa vía reglamentaria, ya que ello implicó vulnerar el principio constitucional de jerarquía normativa, entre otros principios y derechos constitucionales, sino lo que correspondía era proponer una modificación de la Ley N° 29245.

Siendo así, una reforma integral de la Ley que regula los servicios de tercerización laboral, resultaría menos costosa y legal, en la medida que cuenten con las opiniones de los sectores involucrados como es el MTPE por el tema laboral, el MEF por el impacto económico, y por el gremio empresarial y defensores de los derechos de trabajadores.

Asimismo, ello permitirá dar la posibilidad de evaluar e incorporar a dicha reforma las mejoras introducidas en la legislación comparada a fin de garantizar los derechos laborales de los trabajadores, sin que se afecte desproporcionalmente otros derechos constitucionales como son los derechos a la libertad de empresas y la libertad de contratación.

Por lo expuesto, se concluye que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR tampoco constituye una medida que sea proporcional a su fin.

En conclusión: Efectuado el análisis, se concluye que Decreto Supremo N° 001-2022-TR constituye una medida no solo ilegal, sino carente de razonabilidad y por ende que la medida no resulta idónea, necesaria y proporcional al fin u objetivo que supuestamente justifica su existencia.

3.2.7 Análisis de la Sentencia de Primera Instancia recaída en el Proceso de Acción Popular contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR

Como se ha mencionado anteriormente, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR viene siendo objeto de distintas acciones legales a fin de evitar su aplicación y las consecuencias de su no implementación, siendo una de ellas los procesos de acción popular.

En tal sentido, se precisa que, mediante el Expediente N° 756-2022-0-1801-SP-DC-03 ACUM, se sigue los procesos de acción popular (que fueron acumulados), iniciados por SEDAPAL y otros, contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, siendo que, con Resolución N° 22 del 08 de marzo de 2023, la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. N° 756-2022-0-1801-SP-DC-03 ACUM) declaró fundada en parte la demanda; en consecuencia, nula desde su vigencia la modificatoria del artículo 1 del Reglamento de la Ley N° 29245 del 2008, referida a la definición de núcleo de negocio, y la incorporación de la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR. Asimismo, la Tercera Sala Constitucional (Exp. N° 756-2022-0-1801-SP-DC-03 ACUM) dispuso la siguiente forma de interpretación de la modificatoria cuestionada:

3. INTERPRETAR que el artículo 2º del Decreto Supremo N° 001-2022-TR en el extremo que establece; “(...) No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio.”, es constitucional siempre que se entienda que esta prohibición debe establecerse ante la acreditación de la utilización indiscriminada y abusiva (fraudulenta) de esa forma de contratación con el consiguiente perjuicio de los derechos de los trabajadores; INTERPRETÁNDOSE y ENTENDIÉNDOSE en igual forma y alcances, el extremo del artículo 5º que establece que: “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 (...) desde el inicio el desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto al momento en”; y el extremo del artículo 9º, que establece que:“...con la determinación del momento desde el cual se considera a la empresa principal como empleador de los trabajadores desplazados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del presente Reglamento (...).

Los principales fundamentos que sustentaron dicha decisión, fueron los siguientes:

- i. El Decreto Supremo N° 001-2022-TR no cumplió con la prepublicación de su proyecto, conforme a lo previsto en el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS. No obstante, la Sala concluyó que no correspondía a dicho proceso realizar el control formal que se pretende del cumplimiento de una norma reglamentaria; por lo que desestimó dicho extremo, dejando a salvo el derecho de los demandantes para que lo hagan valer en el modo y forma correspondiente (Fundamento vigésimo sétimo de la resolución comentada).
- ii. La modificatoria cuestionada no ha modificado el concepto de actividad principal consignado en el anterior reglamento; sino más bien desde este punto de vista formal ha introducido un término específico para definir las actividades especializadas y obras, como aquellas relacionadas a la actividad principal, pero que no pueden tener por objeto el núcleo del negocio; considerando dicha Sala que se ha aclarado o precisado lo que significa la actividad principal en el marco del esquema de la tercerización, entendiéndose como la que colabora a la realización del giro del negocio, al funcionamiento y el desarrollo del proceso productivo, a excepción del núcleo del negocio; por lo que concluye que no existe transgresión al principio constitucional de jerarquía normativa (Fundamento trigésimo cuarto de la resolución comentada).
- iii. El concepto del núcleo del negocio previsto en la modificatoria cuestionada genera muchas interrogantes, lo que conlleva a que se adopten interpretaciones amplias o determinaciones arbitrarias y contradictorias, así como también que otros terceros u operadores del derecho, lo realicen bajo propio criterio o libre albedrío (de manera ajena y exógena), no necesariamente coincidentes, generando más incertidumbre sobre cuál es la identificación o determinación del núcleo del negocio (objeto de la prohibición) que realmente corresponde (Fundamento trigésimo noveno de la resolución comentada).

- iv. Siendo así, ante dicha incertidumbre, que no permite con suficiente seguridad concretizar y garantizar el principio constitucional de la tipicidad o taxatividad, acarreando también a una falta de previsibilidad o predictibilidad en su aplicación; por lo que, bajo estos supuestos, al prohibirse la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio, se vulnera ese principio constitucional y el principio constitucional de la seguridad jurídica. En esa misma línea también está la causal de desnaturalización vinculada a ella, las consecuencias sobre su inicio y las sanciones que pueden imponerse, así como la Única Disposición Complementaria Transitoria (Fundamentos cuadragésimo primero y tercero). Por lo que siendo así, se vulnera también el derecho a la libertad de empresa (Fundamento cuadragésimo octavo de la resolución comentada).
- v. La Sala concluyó que la cuestionada modificatoria resulta una medida idónea para su fin como es evitar que se afecten los derechos laborales de los trabajadores (Fundamento quincuagésimo quinto); no obstante, no supera el análisis de necesidad, al existir otras medidas alternativas para dicho fin como inspecciones laborales (Fundamento sexagésimo tercero de la resolución comentada).
- vi. La Sala señaló que si bien la norma contraviene derechos y principios constitucionales, por lo que en principio deberían ser declarados nulos, conforme lo dispone el artículo 80° del Código Procesal Constitucional; señaló que de actuarse de esa manera, se podría generar un vacío normativo y sobre lo que pudiera quedar a salvo de la mencionada disposición reglamentaria se realicen interpretaciones o aplicaciones antojadizas respecto a la tercerización, afectando casualmente lo que también se quiere evitar, como es la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores; es decir, con aquella actuación formal se podrían generar consecuencias más gravosas y perniciosas; por lo que procedió a efectuar una sentencia interpretativa-manipulativa (Fundamentos sexagésimo cuarto y sexagésimo sexto de la resolución comentada).

Antes de proceder al análisis de dicha sentencia y emitir opinión si se está de acuerdo o no con las conclusiones arribadas en la misma, es importante precisar que un proceso de acción popular procede por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen (Constitución Política del Perú de 1993, artículo 200° numeral 5), así como tiene por finalidad la defensa de la Constitución y, en su caso, de la ley, frente a infracciones contra su jerarquía normativa, siendo que la infracción puede ser, directa o

indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo (Código Procesal Constitucional de 2021, artículo 74°). Asimismo, según el Código Procesal Constitucional de 2021, en su artículo 75, establece que:

La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso. (el subrayado es agregado).

Habiéndose efectuado dichas precisiones y revisados los fundamentos y las conclusiones expresadas en la referida Resolución N° 22, se precisa que no se comparte la posición de lo resuelto en la misma, en atención a lo siguiente:

- i. El Decreto Supremo N°001-2022-TR resulta ser una norma ilegal e inconstitucional, que corresponde ser declarada así en dicho proceso de acción popular, toda vez que no se ha cumplido con la prepublicación del proyecto respectivo, incumpliendo una exigencia prevista en una ley como es la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, específicamente en su artículo 13, la cual si bien ha sido consolidada con una norma reglamentaria como es el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, ello no resta su vigencia y por ende la obligación por parte de las autoridades públicas sobre su cumplimiento, en tanto que garantiza el derecho constitucional de participación ciudadana. Por lo que siendo así y habiéndose invocado dicha contravención por parte de los demandantes en dicho proceso, no puede mantenerse vigente dicha norma, máxime si se ha verificado que no cumple con otras exigencias previstos en dicho artículo 13 como son que el proyecto tenía que estar acompañado de informes, estudios y consultas realizados.
- ii. El Decreto Supremo N°001-2022-TR trasgrede el principio de jerarquía normativa, al incorporar la prohibición de tercerizar actividades vinculadas al núcleo de negocio, lo cual no solo no está previsto en la Ley N° 29245 sino tampoco en el espíritu de la misma; posición que si bien la Sala en sus considerandos no comparte, de la parte resolutive (artículo tercero) se advierte que revocaría dicha postura al establecer un disposición de interpretación del artículo 2° del Decreto Supremo N° 001-2022-TR. En tal sentido, si hubiera sido una prohibición legal, es de advertirse que la Sala no habría establecido dicha condicionante.

- iii. No correspondía en dicho caso efectuar una sentencia interpretativa manipulativa, entendida como aquella en la que se procede a una modificación de las disposiciones sometidas a su examen, de manera que estas emergen del control constitucional con un alcance normativo y un contenido diferente (Fundamento sexagésimo quinto de la referida Resolución), toda vez que como se indicó anteriormente el Decreto Supremo N°001-2022-TR es una norma ilegal e inconstitucional que vulneró los principios constitucionales antes señalados, así como los derechos constitucionales a la libertad de empresa y a la libertad de contratación; motivo por el cual no solo resulta no idónea, sino también no supera el análisis de necesidad, al existir otras medidas menos costosas como el incremento de las inspecciones laborales a cargo del MTPE. Sin perjuicio de ello, es de advertirse que no se advierte en la sentencia en comentario un real e ilustrativo análisis de razonabilidad de la norma, lo cual hubiera permitido corroborar que la misma no supera un análisis de costo-beneficio e impacto normativo, menos aún resulta ser una norma pertinente en un contexto de reactivación económica ante las consecuencias que dejó la Covid 19 en el Perú. Finalmente, es de advertirse que la Sala tampoco previó que se debía entender por núcleo de negocio, dejando asimismo en incertidumbre e inseguridad jurídica.

Por lo expuesto, se concluye que la Sala debió declarar fundada la acción popular y por ende declarar inconstitucional e ilegal el Decreto Supremo N°001-2022-TR, disponiendo que el Poder Ejecutivo proceda a emitir una norma reglamentaria que garantice los principios y derechos constitucionales antes señalados, o en su defecto recomendando al Poder Legislativo a efectuar una reforma de la regulación de la tercerización laboral ante los vacíos legales advertidos, a fin de garantizar la seguridad jurídica.

Se espera que dicho fallo sea superado en apelación por la Corte Suprema, en aras de que se garantice los principios y derechos constitucionales antes señalados.

3.2.8 Análisis del pronunciamiento de INDECOPI que declara barreras burocráticas a algunas disposiciones del Decreto Supremo N° 001-2022-TR

Otra de las acciones legales de las que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR viene siendo objeto y que han sido mencionadas en la presente investigación, a fin de evitar su aplicación y las consecuencias de su no implementación, son las denuncias por presuntas barreras burocráticas formuladas por el sector empresarial ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

Según el Decreto Legislativo N° 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, en su artículo 3°, se establece que una barrera burocrática es:

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 pueden afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa.

Asimismo, de conformidad con sus artículos 6° y 7°, los procedimientos por presuntas barreras burocráticas pueden iniciarse a pedido de parte o de oficio, siendo conocidas, en primera instancia, por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, y en segunda instancia, por la Sala competente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. Dichas instancias, de ser el caso, evalúan la legalidad y/o razonabilidad de las barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas.

Según el Decreto Legislativo N° 1256 de 2016, en su artículo 14 numeral 14.1, el análisis de legalidad implica lo siguiente:

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.
- b. Si la entidad siguió los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación de la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática.

- c. Si a través de la imposición y/o aplicación de la barrera burocrática se contravienen normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier dispositivo legal.

De determinarse la ilegalidad de la barrera burocrática por la primera causal, de acuerdo a su artículo 14 numeral 14.2, ya no se será necesario evaluar los demás aspectos, correspondiendo que se declare dicha ilegalidad en el procedimiento seguido. Asimismo, según su artículo 14 numeral 14.3, de determinarse la ilegalidad por alguno de los aspectos antes señalados, ya no será necesario continuar con el análisis de razonabilidad.

Del mismo modo, de no determinarse la ilegalidad, corresponderá efectuar el análisis de razonabilidad, siendo indicios sobre la carencia de razonabilidad, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1256, artículo 16, los siguientes:

- a. Medida arbitraria: es una medida que carece de fundamentos y/o justificación, o que teniendo una justificación no resulta adecuada o idónea para realizar el objetivo de la medida; y/o
- b. Medida desproporcionada: es una medida que resulta excesiva en relación con sus fines y/o respecto de la cual existe otra u otras medidas alternativas que pueden lograr el mismo objetivo de manera menos gravosa.

Advertido ello, es de precisarse que el primer pronunciamiento de fondo emitido por INDECOPI, en el marco de un procedimiento de presuntas barreras burocráticas, contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, es la Resolución N° 0289-2022/CEB-INDECOPI del 18 de agosto de 2022, recaída en el Expediente N° 00070-2022-CEB correspondiente al procedimiento seguido por Cosapi Minería SAC en contra del MTPE y SUNAFIL, a través de la cual la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas determinó declarar barreras burocráticas ilegales a la prohibición de tercerizar aquellas actividades que formen parte del núcleo del negocio de una empresa, así como al supuesto de desnaturalización de tercerización vinculado a dicha prohibición; asimismo, dispuso su inaplicación, con efectos generales, beneficiando a todos los agentes económicos y/o ciudadanos en general.

Dicho acto fue objeto de recurso de apelación ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas, el cual, mediante Resolución N° 072-2023-SEL-INDECOPI del 24 de febrero de 2023, resolvió al amparo del artículo 65 del Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, y el artículo

31 numeral 2 del Decreto Legislativo 1256, suspender el referido procedimiento hasta que se resuelva de manera definitiva el proceso de acción popular seguido ante el Poder Judicial, bajo el Expediente N° 756-2022-0-1801-SP-DC-03-ACUM (referido en el punto 3.2.7 de la presente investigación), toda vez que se concluyó que lo que se resuelva en dicho proceso resulta relevante para resolver en el referido procedimiento, ya que en aquel se determinaría la legalidad de distintas medidas contenidas en el cuestionado Decreto Supremo N° 001-2022-TR, incluidas las que habían sido declaradas barreras burocráticas en primera instancia (por la Comisión).

Advertido ello, es de mencionarse que se concuerda con lo resuelto por el Tribunal de INDECOPI, referido a la suspensión del procedimiento, ya que, al haberse tomado conocimiento sobre la existencia de procesos de acción popular acumulados bajo el Expediente N° 756-2022-0-1801-SP-DC-03, en donde se vienen cuestionando ante el Poder Judicial la legalidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, así como la proporcionalidad, idoneidad y necesidad de las medidas contenidas en el mismo, lo cual constituyen pretensiones que guardan conexión con las invocadas en el procedimiento ante INDECOPI, bajo similares argumentos; resuelve evidente concluir que lo resuelto por el Poder Judicial, en dicho caso, incide directa y necesariamente en el análisis que INDECOPI efectúe, toda vez que aquel determinará la legalidad y razonabilidad de las medidas cuestionadas en el fuero judicial, las mismas que incluyen a las cuestionadas en el presente procedimiento; por lo que resulta de aplicación la normativa invocada y que es obligación de las autoridades administrativas cumplir, más aún tomando en cuenta que lo resuelto por la Sala del Tribunal de INDECOPI puede eventualmente ser objeto de impugnación ante el Poder Judicial.

Por otro lado, es de precisarse que dicho pronunciamiento de INDECOPI no es el único existente, sino que, recientemente, se ha publicado en el Diario El Peruano otro pronunciamiento que resulta relevante por cuanto ha quedado consentido, este es, la Resolución N° 0270-2023/CEB-INDECOPI del 10 de febrero de 2023, recaída en el Expediente N° 000362-2022/CEB correspondiente al procedimiento seguido por Concremax SA contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, cuyo extracto de la misma fue publicado en dicho diario con fecha 22 de julio de 2023, en cumplimiento a lo dispuesto en su artículo quinto; siendo que mediante dicho acto, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI (Exp. N° 000362-2022/CEB) resolvió:

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

- (i) La prohibición de tercerizar la 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.

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

Quinto: 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.

Sexto: disponer la inaplicación, con efectos generales, de las medidas declaradas ilegales señaladas en el Resuelve Tercero, a 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. (Resuelto 3, 4, 5 y 6)

Cabe indicar que dicha resolución, notificada el 13 de febrero de 2023, quedó consentida, por cuanto el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo no interpuso recurso de apelación contra la misma, dentro del plazo legal, esto es, 15 días hábiles computados

desde el día siguiente de la notificación del acto resolutorio, de conformidad con el artículo 32° del Decreto Legislativo N° 1256. De la revisión de la consulta de expedientes de la Comisión, se verifica que el 14 de abril de 2023 se habría interpuesto el recurso; no obstante, fue declarado improcedente por extemporáneo, mediante Resolución N° 705-2023/CEB-INDECOPI del 12 de mayo de 2023, conforme se visualiza en el siguiente reporte de seguimiento de expediente:

Tabla N° 17 – Reporte de Seguimiento de Expediente en INDECOPI

Personas Naturales / Jurídicas	
DENUNCIANTE	Doc. Ident.
CONCREMAX S.A.	RUC 20263674929
DENUNCIADOS	Doc. Ident.
MINIST.DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO	RUC 20131023414
RIOS POZO OLIVIA KARINNA	DNI 42705873
TERCER ADMINISTRADO	Doc. Ident.
ESPINOZA DELGADO HAROLD ANTONIO	DNI 08325568
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE FISCALIZACION LABORAL - SUNAFIL	RUC 20555195444
Conclusión del expediente	
Forma de conclusión	*MINIST.DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO / BARRERAS BUROCRÁTICAS ILEGALES / FUNDADA
Fecha de conclusión	*MINIST.DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO / BARRERAS BUROCRÁTICAS ILEGALES / FUNDADA
N° de resolución	2023-02-10
Seguimientos del expediente	
Fecha	Actividad Procesal
2023-08-17	OTRO Sel devuelve expediente a CEB (Memo N° 555-2023/SEL)
2023-07-24	INGRESO DE ESCRITO SOLICITUD SUSPENSIÓN PROCEDIMIENTO Y EFECTOS DE PUBLICACION - MTPE
2023-06-16	OTRO Se remite Informe N° 13-2023/CEB y se envía expediente principal a SEL
2023-06-15	OTRO MEMO N° 419-2023/SEL (Solicita informe x queja)
2023-06-02	RESOLUCION DE ENCAUSAMIENTO DE QUEJA RESOLUCIÓN N° 765-2023/CEB-INDECOPI Nro. Res.: 765
2023-06-02	NOTIFICACION DE RESOLUCION DE ENCAUSAMIENTO DE QUEJA NOTIFICACIÓN N° 4355-2023/CEB-INDECOPI Nro. Res.: 765
2023-06-02	NOTIFICACION DE RESOLUCION DE ENCAUSAMIENTO DE QUEJA NOTIFICACIÓN N° 4354-2023/CEB-INDECOPI Nro. Res.: 765
2023-06-02	NOTIFICACION DE RESOLUCION DE ENCAUSAMIENTO DE QUEJA NOTIFICACIÓN N° 4356-2023/CEB-INDECOPI Nro. Res.: 765
2023-05-23	INGRESO DE ESCRITO
2023-05-12	RESOLUCION DE IMPROCEDENCIA DE RECURSO RESOLUCIÓN N° 705-2023/CEB-INDECOPI Nro. Res.: 705
2023-05-12	NOTIFICACION RESOLUCION DE IMPROCEDENCIA DE RECURSO NOTIFICACIÓN N° 3869-2023/CEB-INDECOPI Nro. Res.: 705
2023-05-12	NOTIFICACION RESOLUCION DE IMPROCEDENCIA DE RECURSO NOTIFICACIÓN N° 3867-2023/CEB-INDECOPI Nro. Res.: 705
2023-05-12	NOTIFICACION RESOLUCION DE IMPROCEDENCIA DE RECURSO NOTIFICACIÓN N° 3868-2023/CEB-INDECOPI Nro. Res.: 705
2023-04-14	INGRESO DE ESCRITO
2023-02-13	NOTIFICACION RESOLUCION FINAL NOTIFICACIÓN N° 1353-2023/CEB-INDECOPI
2023-02-13	NOTIFICACION RESOLUCION FINAL NOTIFICACIÓN N° 1354-2023/CEB-INDECOPI
2023-02-13	NOTIFICACION RESOLUCION FINAL NOTIFICACIÓN N° 1355-2023/CEB-INDECOPI
2023-02-10	RESOLUCION FINAL RESOLUCIÓN N° 270-2023/CEB-INDECOPI Nro. Res.: 270
2023-01-20	CARTA DE TRASLADO DE DOCUMENTOS Traslado de documentos para la denunciante

Fuente: INDECOPI

Elaboración: Consulta de Expedientes de INDECOPI

<https://servicio.indecopi.gob.pe/portalsAE/>

Fecha: 24.08.2023

Los fundamentos que sustentaron dicha decisión, fueron los siguientes:

- i. Si bien el MTPE tiene la competencia para la emisión de las medidas que han sido cuestionadas en el presente procedimiento, de acuerdo con la Ley N° 29381, Ley de Organización y Funciones del referido Ministerio, artículo 5 numeral 5.1.; la Comisión concluye que las medidas contenidas en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR constituyen barreras burocráticas ilegales por cuanto contravienen lo establecido en el

Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, artículo 14, referido a la prepublicación de su proyecto, y el principio de legalidad.

- ii. El concepto de tercerización ha sido dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 29245; asimismo, su artículo 3 contiene una lista de los casos que constituyen tercerización de servicios; no obstante, la misma no es cerrada; por lo que siendo así, la Comisión advierte que la tercerización tiene por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo, sin alguna limitación respecto a la etapa del proceso productivo de la que se hará cargo la empresa tercerizadora, así como tampoco existe la prohibición de tercerizar la actividad principal de la empresa principal; agregando que la única limitación es la relacionada a prohibir la sola dotación de personal. Por tanto, la Comisión concluye que el prohibir contemplar las actividades principales o nucleares para suscribir contratos de tercerización no cuenta con sustento en la Ley N° 29245. Sobre dicha base, las medidas de prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa, contenidas en los artículos 1 y 2 del Decreto Supremo N° 001-2022-TR constituyen barreras burocráticas ilegales por contravenir el artículo 3 de la Ley N° 29245 y el principio de legalidad.
- iii. Bajo la misma lógica, la Comisión concluye que el 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 una barrera burocrática ilegal.

Cabe indicar que dichos considerandos o fundamentos resultan similares a los señalados en el primer pronunciamiento de fondo emitido por la Comisión en la Resolución N° 0289-2022/CEB-INDECOPI del 18 de agosto de 2022, recaída en el Expediente N° 00070-2022-CEB, y ello encuentra sentido, por cuanto se observa que ambos procedimientos fueron evaluados por la Comisión liderada por el mismo presidente.

Advertido ello y revisada la Resolución N° 0270-2023/CEB-INDECOPI, se precisa que no se comparte la posición de lo resuelto por la Comisión, por cuanto se considera que no correspondía aún emitir un pronunciamiento de fondo sobre la controversia, sino suspender el procedimiento administrativo seguido con Expediente N° 000362-2022/CEB, al haberse tomado conocimiento sobre la existencia de procesos de acción popular acumulados bajo el Expediente N° 756-2022-0-1801-SP-DC-03, el mismo que inició el 17 de mayo de 2022,

esto es, antes de la presentación de la denuncia que dio origen al referido procedimiento administrativo (17 de agosto de 2022), y en donde se viene cuestionando ante el Poder Judicial la legalidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, así como la proporcionalidad, idoneidad y necesidad de las medidas contenidas en el mismo, las cuales son pretensiones que guardan conexión con las invocadas en el procedimiento administrativo, y bajo similares argumentos; razón por la cual lo resuelto por el Poder Judicial constituye un pronunciamiento previo y vinculante para un eventual análisis de legalidad y razonabilidad en un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, que le corresponda realizar a la Comisión y en su oportunidad la Sala Especializada del Tribunal de INDECOPI, en el marco de dicho procedimiento. Y más aún cuando lo resuelto en sede administrativa eventualmente puede ser objeto de evaluación por parte del Poder Judicial.

Dicha opinión encuentra sustento legal en el Decreto Legislativo N° 807, que aprueba las Facultades, normas y organización del INDECOPI, el artículo 65, que establece que:

Los órganos funcionales de Indecopi suspenderán la tramitación de los procedimientos que ante ellos se siguen sólo en caso de que, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual o de la Comisión u Oficina respectiva, precise de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante Indecopi.

Así como el Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, en su artículo 31 numeral 2, que establece que:

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:

(...)

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.

A su vez en el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus artículos 4° y 13°, que prevén respectivamente que:

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional.

Cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa, que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, se suspende aquel por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio.

Finalmente, va de la línea con la Resolución N° 072-2023-SEL-INDECOPI del 24 de febrero de 2023 del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas, anteriormente comentada.

Sin perjuicio de lo anterior, es de precisarse que después del análisis realizado en la presente investigación, se coincide con las conclusiones del análisis de fondo realizado por la Comisión en la Resolución N° 0270-2023/CEB-INDECOPI, esto es, que las medidas cuestionadas del Decreto Supremo N° 001-2022-TR resultan ilegales, por cuanto no se ha cumplido con la prepublicación del proyecto respectivo, infringiendo la exigencia prevista en el artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158 y el artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS; así como se ha verificado que trasgrede el espíritu de la Ley N° 29245, por lo cual tales medidas infringen el principio de legalidad.

Por otro lado, cabe recordar que a la fecha dicha Resolución N° 0270-2023/CEB-INDECOPI ha quedado consentida, por lo que siendo así, se han declarado las medidas cuestionadas como barreras burocráticas ilegales, no pudiendo ser aplicadas a ningún agente económico y/o ciudadano en general, a partir del 23 de julio de 2023 (al día siguiente de su publicación en el diario El Peruano), conforme a su artículo sexto, confirmándose de esta manera las medidas cautelares con efectos generales dadas por INDECOPI en otros procedimientos.

Finalmente, si bien se observa del reporte del expediente administrativo antes señalado, que dicho consentimiento estaría siendo cuestionado, a través del recurso de queja, se opina que el mismo no prosperaría por un tema formal, como es que no se interpuso recurso de apelación dentro del plazo; quedando únicamente la posibilidad de que la Sala

Especializada de Eliminación de Barreras Burocráticas declare la nulidad de oficio de la Resolución N° 0270-2023/CEB-INDECOPI, atendiendo a los fundamentos que motivaron la expedición de la Resolución N° 072-2023-SEL-INDECOPI del 24 de febrero de 2023, anteriormente precisada, al amparo de los artículos 10°, numeral 1, y 213° del TUO de la Ley N° 27444.

CAPÍTULO IV. PROPUESTAS

Del análisis efectuado en el Capítulo III de la presente investigación, se ha advertido primero que la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, es una norma del 2008 que omitió en abordar de manera expresa sobre qué actividades pueden ser objeto de tercerización, esto es, si se puede descentralizar actividades principales, actividades nucleares – *core business*- o actividades complementarias, o cualquier actividad; situación que se debería a que el Congreso que aprobó la ley no tenía claro ello, según la revisión realizada a las intervenciones de los congresistas (Sousa Huanambal en la página 1176 y Abugatás Majluf en la página 1179) según el Diario de Debates de aprobación de la ley de 2008. Si bien al día siguiente de la publicación de la Ley N° 29245 se dictó el Decreto Legislativo N° 1038 que precisó algunas de sus disposiciones, tampoco subsanó la omisión antes señalada.

En consecuencia, la Ley N° 29245 de 2008, en su artículo 2, solo señala que “se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras”; asimismo, si bien en su artículo 3 enumera los casos de tercerización, la mención “entre otros” expresa que dicha lista de casos prevista no es taxativa.

No obstante, de un análisis integral del origen de la figura de la tercerización laboral en la legislación peruana, la Ley N° 29245 y del sustento para su emisión, se ha podido determinar que dicha Ley surge para distinguirse de la Ley N° 27626, conocida como Ley que regula la intermediación laboral, concluyéndose que si esta última, de acuerdo a su artículo 3, sirve para el desplazamiento de personal de un tercero cuando únicamente medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización, no siendo posible que los trabajadores destacados a una empresa usuaria presten servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa; por el contrario, aquella (Ley N° 29245) servirá para regular aquellos desplazamientos de personal de un tercero para actividades principales.

Dicha conclusión guarda concordancia con los pronunciamientos emitidos en los procesos de acción popular contra los Reglamentos de ambas leyes. Respecto al Reglamento de la Ley N° 27626, es de recordarse que la Corte Suprema (Exp. N° 1949-2004-Lima) señaló que:

De lo expuesto, es de concluir que el artículo 4º del Decreto Supremo Número 003-2002-TR, no regula una institución ajena a la Ley Número 27626, sino que por el contrario, el espíritu y sentido de la norma reglamentaria cuestionada al precisar supuestos de tercerización de la mano de obra, ha sido el de establecer criterios de identificación y diferenciación entre ésta y la intermediación laboral, no pretendiendo de ninguna manera regular aquélla, no evidenciándose por tanto la alegada contravención a la jerarquía de la ley. (Fundamento sexto)

Y respecto al Reglamento de la Ley N° 29245, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR, la Corte Suprema (Exp. N° 1607-2012-LIMA) señaló 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. (Fundamento 4)

Posición que asimismo ha sido compartida por el Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia del 10 de setiembre de 2019, recaída en el Expediente N° 003-2014-PI/TC, en el marco del proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N°29245 y el Decreto Legislativo 1038, en donde se cuestionó que se estaría desnaturalizando la figura de tercerización, dado que esta sólo debería recaer en labores complementarias; no obstante, dicha demanda fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional, resaltándose como uno de los fundamentos, que suele confundirse la tercerización con la intermediación laboral; sin embargo, que se diferencian en que la intermediación laboral consiste en “La empresa de servicios destaca personal a la usuaria para labores complementarias temporales o especializadas” (Expediente N° 003-2014-PI/TC, Fundamento 14) y que en la tercerización, “La empresa tercerizadora se hace cargo íntegramente de una clase del proceso productivo y cuenta con una organización empresarial propia” (Expediente N° 003-2014-PI/TC, Fundamento 14).

Asimismo, es de advertirse la Exposición de Motivos de la Ley N° 29245, en donde se indicó que “Este Proyecto de Ley, tiene por objeto superar la regulación que se da con el D.S.N°020-2007-TR; publicado el día 20 de setiembre de 2007”. (Proyecto de Ley N° 1696/2007-CR, p.7). Finalmente, en esa línea también se encuentra lo establecido en el TUO de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM y modificatoria, que en su artículo 37 establece que uno de los atributos de los titulares de concesiones mineras es: “11. A contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería”, esto es, se faculta a las empresas concesionarias mineras que puedan contratar empresas especializadas para que se encarguen de tales labores, lo cual son etapas de su proceso productivo y por ende actividades principales de las mismas, con lo que se corrobora que la tercerización laboral regulada en el Perú admite que se puede tercerizar estas últimas para que sean ejecutadas por empresas especializadas, entendiéndose por éstas, aquellas que cuentan con los recursos humanos, tecnológicos y logísticos para que puedan asumir por su cuenta y riesgo dicha ejecución y sean los responsables de los resultados, de lo contrario se consideraría que se trataría de una simple provisión de personal, lo cual se encuentra vedado bajo la figura de la tercerización laboral.

Evidenciado ello, resulta necesario que se modifique la Ley N° 29245 o se apruebe una nueva ley, en donde se subsane dicha omisión, señalándose de manera expresa qué actividades pueden ser objeto de tercerización laboral, y no dejando a un Reglamento que subsane dicha omisión, como ocurrió con el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245, en cuyo artículo 2 precisó que lo que puede ser objeto de tercerización son las actividades principales de una empresa.

Esta segunda propuesta referida a la aprobación de una nueva ley, es la que se sugiere en la presente investigación, al advertirse que hay otras modificaciones normativas que deberían efectuarse en la ley y no vía reglamentaria – ya que un Reglamento no debe transgredir ni desnaturalizar la ley, sino hacer posible una mejor aplicación de esta, especificando detalles y aspectos accesorios no incluidos en esa norma -, a fin de proceder a una reforma de la regulación de la tercerización laboral y garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica de los agentes económicos. En tal sentido, en el **Anexo N° 01**, obra un proyecto de Ley que contempla una disposición sobre el particular.

Por otro lado, se ha podido concluir que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR es una norma de carácter general que modifica el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el

Reglamento de la Ley N° 29145, y del Decreto Legislativo N° 1038 que precisa los alcances de esta última; esto es, ha sido emitido con el propósito de reglamentar la Ley que regula la Tercerización Laboral; no obstante, no cumple con los parámetros formales y sustanciales para su emisión.

Los primeros (parámetros formales), por cuanto no se siguió los requisitos y el procedimiento para su emisión: **i)** No existe ni hay mención en su Exposición de Motivos, de informes, estudios y consultas que se haya efectuado, estadísticas o alguna data que sustente dicha norma (y la problemática que plantea), así como tampoco existe un análisis sobre constitucionalidad o legalidad, así como de coherencia normativa; **ii)** No se cumplió con publicar el proyecto en el portal electrónico del MTPE, el Diario Oficial El Peruano ni en otro medio; asimismo, de su exposición de motivos y de la parte considerativa del Decreto Supremo no se verifica que el MTPE haya expresado las razones debidamente fundamentadas, por las que consideró que no correspondía efectuar la prepublicación de la norma y por ende vulnerar el principio de participación ciudadana; y, **iii)** No fue sometida a opinión del Concejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo.

Y los segundos (parámetros sustanciales), por cuanto, con el Decreto Supremo N° 001-2022-TR se trasgredió el principio de jerarquía normativa, ya que limitó el ámbito de aplicación de la Ley N° 29245, modificándola pese a su inferior jerarquía, a través de la incorporación del término “núcleo de negocio” y estableciendo que está prohibido tercerizar actividades que comprendan el mismo, así como incorporado ello como un nuevo supuesto de desnaturalización, a pesar de que dicho término ha sido definido de forma confusa dando a pie a interpretaciones en los agentes económicos con lo cual se trasgrediría el principio de seguridad jurídica; y finalmente, estableciendo una obligación de adecuación a los nuevos términos (Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR), bajo apercibimiento de imposición de multas y otras consecuencias; vulnerándose de esta manera asimismo los derechos a la libertad de empresa y libertad de contratación, e incluso poniendo en riesgo la permanencia de las empresas en el mercado, toda vez que, en el caso de las empresas tercerizadoras, al no poder continuar prestando sus servicios de tercerización, tendrían que reinventarse cambiando de giro o en su defecto optar por su salida del mercado, lo que finalmente afectarían a sus trabajadores y por ende a la sociedad, incrementando la existente tasa de desempleo o promoviendo a que estos últimos opten por acceder a puestos de trabajos informales, con lo cual se incrementa la tasa de informalidad; así como generaría eventuales pérdidas para quienes invirtieron en tales empresas y posible afectación al pago de los compromisos con sus acreedores, lo que a su vez podría representar un retroceso a la reactivación económica ante las

consecuencias por la emergencia sanitaria de la Covid 19, no solo porque se pierde una fuente de trabajo como es la empresa tercerizadora, sino porque habría acreedores impagos y por ende afectaría la cadena de pagos de este.

Cabe indicar que, en esa misma línea (sobre la ilegalidad del referido Decreto Supremo), ya se ha pronunciado la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI, a través de la Resolución N° 0270-2023/CEB-INDECOPI, comentada en el punto anterior, y que constituye un acto que ha quedado consentido y que concluyó declarando barreras burocráticas ilegales a algunas de las disposiciones de dicho Decreto Supremo N° 001-2022-TR y su inaplicación con efectos generales.

Asimismo, del análisis de razonabilidad, se ha concluido que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR constituye una medida no solo ilegal, sino carente de razonabilidad y por ende que la medida no resulta idónea, necesaria y proporcional al fin u objetivo que supuestamente justifica su existencia. Primero, se ha podido concluir que la medida resulta costosa, ya que los costos y/o el impacto negativo de la misma son superiores a sus beneficios y/o su impacto positivo, no solo para los agentes económicos obligados a cumplirla, como son las empresas tercerizadoras y las empresas que contratan los servicios de tercerización, sino también para otros agentes afectados como son los trabajadores de ambas empresas, la sociedad y finalmente para el mercado. Y segundo, por cuanto se ha determinado que existen otras medidas menos costosas y proporcionales a su fin como es el incrementar las inspecciones laborales a cargo de SUNAFIL, la cual resulta ser una medida más beneficiosa y permitida legamente que la aprobación y aplicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que implica como único costo el correspondiente a los gastos para tales intervenciones.

Siendo así, se considera pertinente que una reforma de la legislación de la tercerización contemple alguna disposición que obligue al Poder Ejecutivo a incrementar el número de inspecciones laborales sobre esta materia, tomando en cuenta que la información publicitada en los Boletines Semestrales 2021 y 2022 que están en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo advierten un reducido número de tales diligencias; por lo que en la propuesta que obra en el **Anexo N° 01** se incorporará ello.

Asimismo, resulta importante que dicha reforma cuente con la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas dado el impacto económico, el Concejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, presidido por el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo e integrado por las organizaciones más representativas de los trabajadores y de los

empleadores, así como por las organizaciones sociales representativas vinculadas a los Sectores del Ministerio; entre otras entidades públicas y privadas; a fin de acoger sus comentarios y/o sugerencias que puedan enriquecer la propuesta en aras de contar con una legislación en materia de tercerización laboral clara que brinde seguridad jurídica, sin constituir un abuso de derecho.

Finalmente, se espera que de existir dicha reforma, la misma pueda contemplar los alcances de lo resuelto en última instancia en el proceso de acción popular (acumulado) que a la fecha está pendiente ante el Poder Judicial, a través del Expediente N° 756-2022-0-1801-SP-DC-03 ACUM.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones:

Después del análisis realizado en los capítulos anteriores de la presente investigación, se concluye lo siguiente:

- i. Para la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, la tercerización laboral implica la prestación de un servicio o realización de una obra que consista no solo en la dotación de trabajadores, sino que constituya una prestación de un servicio integral y suficiente a cargo de una empresa tercerizadora, que cuente con los elementos suficientes que le permitan ejecutar las actividades contratadas, a favor de la empresa principal.
- ii. La Ley N° 29245, en concordancia con el artículo 37 numeral 11 del TUO de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM y modificatoria, sí permite que puedan tercerizarse actividades principales de una empresa, sin alguna distinción sobre actividades nucleares – *core business*- o no, siendo que corresponderán que sean actividades especializadas u obras, y siempre que exista el desplazamiento de los trabajadores, por el lapso de tiempo que ha sido precisado en el artículo 6 del Reglamento de la Ley N° 29245, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR, cuyos términos se mantienen vigentes, al no haber sido objeto de modificación con el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.
- iii. La Ley N° 29245 está alineada a la legislación colombiana, chilena y española, que se establecen que el *outsourcing* o la tercerización laboral, aun cuando no se utiliza expresamente dicho término, es utilizado como mecanismo para que las empresas contraten a terceros (personas naturales o jurídicas) para que realicen a su favor la ejecución de obras o prestación de servicios que formen parte de sus actividades normales, esto es, relacionadas a su giro del negocio. Siendo así, no habría impedimento para tercerizar actividades principales ni incluso aquellas vinculadas al *core business*.
- iv. Están excluidas del ámbito de la Ley N° 29245, las siguientes actividades: i) aquellas actividades u obras contratadas sin desplazamiento continuo del personal, ii) aquellas actividades complementarias, esto es, todas aquellas que no son actividades principales de una empresa, y iii) actividades especializadas no

vinculadas a la actividad principal. Los dos últimos supuestos vienen siendo regulados por la Ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores (conocida como Ley de intermediación laboral).

- v. El Decreto Supremo N° 001-2022-TR no cumplió con el requisito de publicación de su proyecto, en el diario oficial El Peruano, conforme a la verificación efectuada a sus publicaciones, así como tampoco fue publicado en el portal institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ni en otro medio, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N° 29158, requisito formal que ha sido precisado y/o consolidado con las disposiciones del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS; a fin de fomentar la participación ciudadana, incluido el sector empresarial, el cual es principal obligado a su cumplimiento, para que formularan comentarios, observaciones y/o sugerencias a dicho proyecto antes de su aprobación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley N° 29158. Asimismo, se concluye que dicho proyecto normativo no se encontraba exceptuado de dicha publicación, al no verificarse la configuración de alguno de los supuestos previstos en el artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS.
- vi. El Decreto Supremo N° 001-2022-TR incumple las formalidades establecidas en el artículo 2 del D.S. 008-2006-JUS, que aprobó el Reglamento de la Ley Marco para la producción y sistematización legislativa (vigente al momento de su emisión), el artículo 13 de la Ley N° 29158 y la Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo, ya que su formulación no se sustenta en informes, estudios y/o consultas que se hayan realizado, así como tampoco existió un análisis sobre constitucionalidad o legalidad, así como coherencia normativa. A su vez, se advirtió que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, quien formuló y rubricó el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, no dio cumplimiento a lo establecido en los artículos 119, 120 y 121 de su Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por Resolución Ministerial N° 308-2019-TR, que establece que corresponde someter a opinión del Concejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo actos como el proyecto de modificatoria del Reglamento de la Ley N° 29245, más aun cuando es un tema que generaría controversia y supuestos conflictos de intereses.
- vii. Después del análisis efectuado del cumplimiento de los parámetros formales para su emisión, se concluye que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que modificó el

Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprobó el Reglamento de la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038, ha vulnerado los principios de legalidad y de participación ciudadana.

- viii. El Decreto Supremo N° 001-2022-TR modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en sus artículos 1 y 2, referidos a las definiciones y ámbito de la tercerización, incorporando un nuevo término a las definiciones ya establecidas, esto es, “núcleo de negocio”, a pesar que en la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 que la precisa, no existe alusión al mismo. No obstante, del análisis de los términos expuestos en dicha modificatoria, se concluye que no existe certeza de lo que debe entenderse bajo dicho término (núcleo de negocio), ya que si bien queda claro que son actividades que forman parte de la actividad principal, no hay indicación expresa de cuáles serían las particulares características por las que tales actividades no corresponden a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización, conforme a la Ley N° 29245. Asimismo, si bien se ha indicado de forma enunciativa algunos elementos que supuestamente permitirían identificar lo que se debe entender por núcleo de negocio, se advierte que no se ha previsto un orden de prelación para su aplicación, así como los mismos constituyen conceptos amplios, susceptibles a interpretación y controversia; infringiéndose el principio constitucional de seguridad jurídica. En consecuencia, tales modificaciones constituyen restricciones que no está acorde con la Ley N° 29245, por lo que se infringe los principios de jerarquía normativa (no desnaturalización o contravención de la norma) y de legalidad.
- ix. El Decreto Supremo N° 001-2022-TR incorpora dos nuevos supuestos de desnaturalización: i) El primero referido a que se desnaturaliza la tercerización cuando ésta tenga por objeto desarrollar actividades principales de una empresa; supuesto que cumple con las reglas de jerarquía normativa y por ende con los parámetros sustanciales para su emisión; y ii) El segundo referido a que se desnaturaliza la tercerización cuando ésta tenga por objeto el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio; supuesto que no guarda correspondencia con la Ley N° 29245, ya que ésta no hace distinción entre actividades nucleares – *core business*- o no; por lo que se concluye que dicho supuesto de desnaturalización contraviene la ley y por ende no se ajusta a las reglas de jerarquía normativa, y más aún cuando se ha definido el concepto núcleo de negocio de forma confusa, vulnerándose el principio de seguridad jurídica.

- x. Existe un vacío normativo por parte de la Ley N° 29245 sobre el momento en que se considera que se produce los efectos de la desnaturalización, lo cual válidamente ha sido complementado vía reglamentaria. Si bien en la versión primigenia del artículo 5 del Reglamento de la Ley N° 29245 se estableció un momento distinto al de su modificatoria, con el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, se concluye que dicha modificación constituye una medida válida sustancialmente, más aún cuando se ha verificado que recoge la posición del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia peruana, ya que se ha advertido que, en ciertos casos, los contratos de tercerizaciones eran simulados y era una simple provisión de personal, lo que venía menoscabando los derechos de los trabajadores. No obstante, de no ser así y conforme válidamente lo ha dispuesto el nuevo tenor del artículo 5 del Reglamento de la Ley N° 29245, corresponderá a la empresa principal demostrar que la desnaturalización se produjo en un momento posterior, esto es, durante la ejecución del contrato de tercerización, más aun tomándose en cuenta que el Derecho Laboral es tuitivo de los derechos de los trabajadores, parte menos favorecida en una relación laboral.
- xi. El Decreto Supremo N° 001-2022-TR, modifica el Reglamento de la Ley N° 29245, en su artículo 9, incorporando la obligación que se precise en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras que, en caso de cancelación por desnaturalización laboral, se deberá consignar el momento desde el cual la empresa principal será considerada empleadora del trabajador desplazado; disposición reglamentaria que se ajusta a las reglas de jerarquía normativa y que cumple su finalidad de complementar lo establecido en el artículo 8 de la Ley N° 29245, referido a dicho Registro.
- xii. Respecto a la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR que establece que los contratos y figuras empresariales que se encuentran regulados bajo el artículo 3 de la Ley N° 29245, deberían adecuarse a sus modificaciones, dentro del plazo de 180 días calendario computados a partir de su publicación, que vencía el 22 de agosto de 2022; caso contrario, se produciría la desnaturalización de la tercerización laboral prevista en el artículo 5 del Reglamento, sin perjuicio de las sanciones correspondientes; es de señalarse que dichos términos sí contravienen las libertades de empresa y de contratación de las empresas, ya que, como se indicó, resulta ilegal la prohibición de tercerizar actividades vinculadas al núcleo del negocio, incorporándose este término de manera confusa y que vulnera el principio de seguridad jurídica. Sumado a ello, está el hecho de que se ha

evidenciado que el referido Decreto no cumplió con los parámetros formales para su emisión.

- xiii. Si bien en la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, se indicó que su Única Disposición Complementaria Transitoria obedece a un criterio de progresividad y a fin de evitar un impacto negativo en la situación actual de las empresas que se sujetan a lo regulado en la ley; es de precisarse que verdaderamente no se tuvo en cuenta el real impacto de dicha modificatoria, ya que si bien en la exposición de motivos se prevé un rubro de análisis de impacto de la vigencia de la norma (punto iv), no existe propiamente tal análisis, así como tampoco un análisis costo beneficio, ya que solo se limitó a señalar que no implicaba afectación alguna ni gastos adicionales al Tesoro Público, y que la modificatoria coadyuvaría a reducir el supuesto uso indiscriminado de la tercerización, el supuesto abaratamiento de los costos laborales que afectarían los derechos de los trabajadores, entre otros supuestos problemas identificados; no obstante, no se señaló estadísticas o reportes que sustentasen esa problemática descrita ni mucho menos alguna data de SUNAFIL, órgano adscrito al MTPE (formulador de dicha norma), que se supone debería evidenciar ello, dadas sus funciones de fiscalizador del cumplimiento de la normativa laboral.
- xiv. Con relación a esto último, se evidencia que aun cuando se hubiera consignado data de SUNAFIL, ello no podría ser un sustento idóneo para justificar la aprobación de la controvertida modificatoria y por ende la existencia de la problemática descrita, sino que habría puesto en manifiesto que no se estarían dando inspecciones laborales u orientaciones laborales en materia de tercerización laboral, conforme se advierte de la información publicada en los Boletines Estadísticos I Semestre 2021 y 2022, del MTPE, en su página web, de las cuales se ha advertido que en el periodo comprendido de enero 2021 hasta febrero de 2022, mes en que se publicó el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, habría existido un reducido número de tales diligencias parte de SUNAFIL, sobre cumplimiento de la normativa de tercerización laboral, evidenciándose que incluso en un mes (enero) solo existió 2 inspecciones a nivel nacional; a lo que se suma que tampoco habrían existido ordenes de orientación por parte de SUNAFIL en dicha materia; lo que permite concluir que la propuesta normativa no habría tenido como sustento la data obtenida por actividades por parte de SUNAFIL, órgano administrativo a cabo de velar por el real cumplimiento de la normativa en materia laboral.

- xv. En ese orden de ideas, atendiendo al análisis efectuado del cumplimiento de los parámetros sustanciales para su emisión, se concluye que las disposiciones del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, referidas a la limitación de tercerizar actividades vinculadas al núcleo del negocio, así como la incorporación de dicha limitación como nuevo supuesto de desnaturalización de la tercerización, y su Única Disposición Complementaria Transitoria, trasgredieron el principio de jerarquía normativa, el principio de legalidad, el principio constitucional de seguridad jurídica, y los derechos a la libertad de empresa y libertad de contratación.
- xvi. Del análisis de razonabilidad, se ha concluido que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR constituye una medida no solo ilegal, sino carente de razonabilidad y por ende que la medida no resulta idónea, necesaria y proporcional al fin u objetivo que supuestamente justifica su existencia (reducir la utilización indiscriminada de la tercerización, el abaratamiento de los costos laborales que afectan los derechos de los trabajadores). Primero, se ha podido concluir que la medida resulta costosa, más aun tomando en cuenta que se está en un proceso de reactivación económica por la emergencia sanitaria por la Covid-19, ya que los costos y/o el impacto negativo de la misma son superiores a sus beneficios y/o su impacto positivo, no solo para los agentes económicos obligados a cumplirla, como son las empresas tercerizadoras y las empresas que contratan los servicios de tercerización, sino también para otros agentes afectados como son los trabajadores de ambas empresas, la sociedad. Y segundo, por cuanto se ha determinado que existen otras medidas menos costosas y proporcionales a su fin como es el incrementar las inspecciones laborales a cargo de SUNAFIL, la cual resulta ser una medida más beneficiosa y permitida legamente que la aprobación y aplicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que implica como único costo el correspondiente a los gastos para tales intervenciones.
- xvii. Respecto a la Resolución N° 0270-2023/CEB-INDECOPI del 10 de febrero de 2023, a través de la cual la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI declaró barreras burocráticas ilegales a la prohibición de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa y el supuesto de desnaturalización vinculado a dicha prohibición, medidas previstas en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR que modificó el Reglamento de la Ley N° 29245, en sus artículos 1, 2 y 5; acto que ha quedado consentido en la vía administrativa, a partir del 23 de julio de 2023, y por ende inaplicable con efectos generales a favor de todos los agentes económicos y/o ciudadanos en general; se concluye que no se ajusta a derecho, toda vez que correspondía que dicho procedimiento administrativo sea

suspendido hasta que el Poder Judicial emita pronunciamiento de fondo ejecutoriado con relación a los cuestionamientos de legalidad y razonabilidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, en el marco del proceso de acción popular, seguido mediante Expediente N° 756-2022-0-1801-SP-DC-03 ACUM, siendo que dicho pronunciamiento incide directamente y resulta vinculante para el análisis de legalidad en dicho procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, en donde se cuestionaron algunas de sus disposiciones y bajo similares argumentos; por lo que resultaba de aplicación las disposiciones de suspensión del procedimiento previstas en el artículo 65 del Decreto Legislativo N° 807, que aprueba las Facultades, normas y organización del INDECOPI, y el artículo 31 del Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, en concordancia con los artículos 4° y 13° del Decreto Supremo N° 017-93-JUS, que aprueba el TULO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como la Resolución N° 072-2023-SEL-INDECOPI del 24 de febrero de 2023 del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual.

5.2 Recomendaciones

- i. Luego de la investigación y análisis efectuado, se recomienda proceder a una reforma de la legislación de la tercerización, a través de la aprobación de una nueva ley, al advertirse que hay modificaciones normativas que deberían efectuarse en la ley y no vía reglamentaria – ya que un Reglamento no debe transgredir ni desnaturalizar la ley, sino hacer posible una mejor aplicación de esta, especificando detalles y aspectos accesorios no incluidos en esa norma. Para tal fin, obra en el Anexo N° 01 una propuesta de Ley, la misma que prevé de manera expresa qué actividades comprende los servicios de tercerización laboral.
- ii. Dicha propuesta de ley deberá contemplar alguna disposición que obligue al Poder Ejecutivo a incrementar el número de inspecciones laborales y diligencias de orientaciones laborales sobre esta materia, tomando en cuenta que la información publicitada en los Boletines Semestrales 2021 y 2022 que están en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo advierten un reducido número de tales diligencias.
- iii. Asimismo, resulta importante que en dicha reforma se incorpore las experiencias del derecho comparado que puedan coadyuvar a garantizar los derechos de los

trabajadores, como por ejemplo la responsabilidad subsidiaria prevista en la legislación chilena.

- iv. Para la aprobación de dicha ley, resulta primordial que se cuente con la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas, dado el impacto económico, el Concejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, presidido por el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo e integrado, entre otros, por las organizaciones más representativas de los trabajadores y de los empleadores; entre otras entidades públicas y privadas; a fin de acoger sus comentarios y/o sugerencias que puedan enriquecer la propuesta en aras de contar con una legislación en materia de tercerización laboral clara que brinde seguridad jurídica, sin constituir un abuso de derecho.
- v. Finalmente, a modo de reflexión, se precisa que resulta importante que el Gobierno Peruano adopte medidas que incentiven al sector privado a permanecer o sumarse a la formalidad laboral, y no medidas como la aprobación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR que impactan negativamente al sector empresarial, haciendo peligrar su permanencia en el mercado e incluso que ocasionan que éste tenga que asumir gastos para contradecir su vigencia en instancia administrativa y judicial.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes bibliográficas

- Álvaro García, M.; De Lama Laura, M.; y Quiroz Eslado, L. (2016) *Manual de Contratación Laboral. Análisis legal, doctrinario y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica.
- Bernaldes Ballesteros, E. (1999). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Editora RAO.
- Bullard, A. (2018). *Análisis Económico del Derecho*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica.
- Chanamé Orbe, Raúl (2015). *La Constitución Comentada*. Ediciones legales.
- Espinoza Espinoza, J. (2005). *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica.
- Fernández-Baca, J. (2008) *Microeconomía. Teoría y aplicaciones. Tomo I*. Universidad del Pacífico.
- Hernández de la Cruz, R.R. (s/f). *Análisis Costo-Beneficio en los proyectos de Ley: problema estructural*. Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios.
- Kresalja, B. y Ochoa, C. (2020). *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial PUCP.
- Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica.
- Morón Urbina, J.C. (2017). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.
- Schneider, B. (2004). *OUTSOURCING la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios*. Grupo Editorial Norma.
- Tomaya Miyagusuku, J. (2008). *Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica.
- Tomaya Miyagusuku, J. (2015). *El Derecho individual del trabajo en el Perú*. Editorial Gaceta Jurídica.
- Toledo Toribio, O. (2015). *La tercerización laboral (outsourcing)*. Grijley E.I.R.L.

Fuentes hemerográficas

- Castillo Pastor, C. (2021). Propuesta de modificaciones respecto a la regulación de la subcontratación de actividades complementarias por vía de intermediación laboral y de tercerización de servicios. *Laborem* N° 25-2021, pp. 45-76.
- García Toma, V. (2015). La Constitución y la estructura jerárquica de las normas en el Sistema Jurídico Nacional. *Revista Advocatus*. pp. 284, 286.

- Horna Torres, J. (2012). Intermediación y Tercerización laboral. *Revista jurídica "Docentia et Investigatio"*. pp. 97-105
- Nivin, R., Sánchez, E. y Chicana, D. (2020). Artículo Reactiva Perú y la estabilidad financiera. *Revista moneda/reactivación económica*. pp. 4-7.
- Organización Internacional del Trabajo (2023), *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo*. Unidad de producción de publicaciones (PRODOC)
- Puntriano Rosas, C. A. (2021). Descentralización productiva y posible derogación o modificación de los esquemas vigentes. *Laborem*. N° 25/2021. pp. 19-44.
- Pérez Sepúlveda, S. (2020). Tercerización y regulación laboral en Chile: Una reconstrucción de las transformaciones del trabajo. *Revista Estudios Institucionais*. pp-1157-1183

Tesis

- Chira Rivero, G. E. (2017). *La precarización laboral y el fraude y la simulación en la tercerización como productos de una inadecuada regulación* (Tesis de Maestría), Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque, Perú.
- Morón Urbina, J.C. (2013). *Análisis jurisprudencial del proceso de acción popular en el Perú: propuestas para mejorar el control jurisdiccional sobre las normas reglamentarias* (Tesis de Maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.
- Rebaza Santa Cruz, S. E. (2017). *Hacia una definición del aspecto locativo en el ámbito de aplicación de la tercerización de servicios en el ordenamiento laboral peruano* (Tesis de Segunda Especialidad) Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.
- Salazar Gamboa, O.F.A. (2017). *El uso indiscriminado del contrato de tercerización y sus repercusiones en los derechos de los empleados de la empresa tercerizadora* (Tesis de Abogado). Universidad San Martín de Porres. Lima, Perú.
- Toledo Toribio, Omar (2014). *La Tercerización Laboral* (Tesis de Doctorado), Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú.

Boletines

- Instituto Peruano de Economía (2022). Boletín de Discusión *Tercerización laboral en el Perú*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2021). Boletín Estadístico I Semestre 2021
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2022). Boletín Estadístico I Semestre 2022
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2023). Perú ¿y cómo vamos? Informe mensual del empleo formal privado enero 2023. N° 55, p. 4.

- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2023). Boletín Mensual de Leyendo Números de Trabajo y Promoción del Empleo Marzo 2023. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4567612/Boletin_LN_Mar_2023.pdf?v=1684270438

Fuentes electrónicas y blogs en internet

- Arce Ortiz, E. G. (2022). La tercerización en actividades nucleares. <https://pderecho.pe/la-tercerizacion-en-actividades-nucleares/>
- Banco Mundial (2020). La COVID-19 (coronavirus) hunde a la economía mundial en la peor recesión desde la Segunda Guerra Mundial. Comunicado de Prensa del 8 de junio de 2020. <<https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/06/08/covid-19-to-plunge-global-economy-into-worst-recession-since-world-war-ii>>.
- García Manrique, A. (2022). Tercerización contras las cuerdas, ¿por qué?. <https://www.infocapitalhumano.pe/columnistas/el-asesor-laboral/tercerizacion-contra-las-cuerdas-por-que/>
- Garrigues (19 de octubre de 2022). Derecho laboral y “outsourcing”: crecen las restricciones para esta vía de contratación de personal en Latinoamérica. https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/derecho-laboral-outsourcing-crecen-restricciones-esta-contratacion-personal-latinoamerica).
- Ludeña, José Antonio (2021) Core Business. <https://economipedia.com/definiciones/core-business.html>).

Fuentes legales Nacionales

- Congreso Constituyente Democrático (1993). Constitución Política del Perú.
- Congreso de la República (1997). Ley N° 26887 - Ley General de Sociedades.
- Congreso de la República (2001). Ley N° 27626 - Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores.
- Congreso de la República (2007). Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
- Congreso de la República (2008). Ley N° 29245 - Ley que regula los servicios de tercerización.
- Congreso de la República (2009). Ley N° 29381 – Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- Congreso de la República (2021). Código Procesal Constitucional.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2019). Resolución Ministerial N° 308-2019-TR, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- Presidencia de la República (1984). Decreto Legislativo N° 295, que aprueba el Código Civil.

- Presidencia de la República (1992). Decreto Supremo N° 014-92-EM, que aprueba el TUO de la Ley General de Minería.
- Presidencia de la República (1993). Decreto Supremo N° 017-93-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Presidencia de la República (1996). Decreto Legislativo N° 807, que aprueba las Facultades, normas y organización del Indecopi.
- Presidencia de la República (2002). Decreto Supremo N° 003-2002-TR, que aprobó el Reglamento de la Ley N° 27676.
- Presidencia de la República (2006). Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, que aprobó el Reglamento de la Ley Marco para la producción y sistematización legislativa.
- Presidencia de la República (2008). Decreto Legislativo N° 1058 - Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley N° 29245.
- Presidencia de la República (2008). Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1058, que regulan los servicios de tercerización.
- Presidencia de la República (2009). Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, que aprueba el Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general.
- Presidencia de la República (2016). Decreto Legislativo 1256 - Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas.
- Presidencia de la República (2022). Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que modifica el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1058, que regulan los servicios de tercerización.

Fuentes legales extranjeras

- Congreso de los Estados Unidos Mexicanos (1970). Ley Federal del Trabajo de 1970.
- Dirección de Trabajo del Gobierno de Chile (2007). Dictamen N° 2468/053.
- Jefatura del Estado de España (2021). Real Decreto-Ley 32/2021.
- Ministerio de Trabajo y Previsión Social de Chile (2006). Ley N° 20123.
- Poder Ejecutivo de México (2021). Decreto que dispuso modificar la Ley Federal del Trabajo.
- Senado de Colombia (1950). Decreto Ley N° 2663 – Código Sustantivo del Trabajo.

Jurisprudencia nacional

- Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema (2010). Exp. N° 01399-2010-0-5001-SU-DC-01.
- Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema (2011). Exp. N°00764-2011-0-5001-SU-DC-01.
- Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema (2012). Exp. N° 01693-2012-0-5001-SU-DC-01.
- Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema (2012). Exp. N° 01607-2012-0-5001-SU-DC-01.
- Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema (2012). Exp. N° 01695-2012-0-5001-SU-DC-01.
- Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema (2017). Exp. N° 4017-2014-Lima.
- Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema (2019). Exp. N° 15169-2019-La Libertad.
- Sala Mixta Especializada de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (2022). Exp. N° 00020-2022-51-1607-JM-CI-01.
- Segundo Juzgado Constitucional de Lima (2022). Exp. N° 02398-2022-73-1801-JR-DC-02.
- Tercera Sala Constitucional (2023). Exp. N° 756-2022-0-1801-SP-DC-03 ACUM.
- Tribunal Constitucional (2002). Exp. N° 00016-2002-AI/TC.
- Tribunal Constitucional (2003). Ex. ACUMS. N° 0001/0003-2003-AI/TC.
- Tribunal Constitucional (2003). Exp. N° 005-2003-AI/TC.
- Tribunal Constitucional (2003). Exp. N° 008-2003-AI /TC.
- Tribunal Constitucional (2004). Exp. N° 2670-2002-AA/TC.
- Tribunal Constitucional (2005). Exp. N° 02736-2004-AA.
- Tribunal Constitucional (2007). Exp. N° 06534-2006-AA.
- Tribunal Constitucional (2009). Exp. N° 03116-2009-AA/TC.
- Tribunal Constitucional (2011). Ex. N° 03075-2011-PA/TC.
- Tribunal Constitucional (2014). Exp. N° 0013-2014-PUTC.

Resoluciones administrativas

- Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI (2022). Exp. N° 00070-22/CEB.
- Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI (2022). Exp. N° 00070-22/CEB (Cuaderno Cautelar).
- Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI (2023). Exp. N° 000362-2022/CEB.
- Ministerio de Justicia (2019). Resolución Directoral N° 002-2019-JUS/DGDNCR que aprueba la primera reimpresión de la Cuarta Edición Corregida, Aumentada y Actualizada de la Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo.
- Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (2022). Resolución de Superintendencia N° 428-2022-SUNAFIL, que aprueba el Protocolo 001-2022-SUNAFIL/DNI, denominado “Protocolo para la Fiscalización de la Tercerización Laboral.
- Tribunal de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual - Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas (2022). Exp. N° 00070-22/CEB (Cuaderno Cautelar).
- Tribunal de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual – Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas (2023). Exp. N° 00070-2022-CEB.

Proyectos de Ley

- Cavero Alva, A.E.; Chirinos Vengas, P.R. y Amuruz Dulanto, Y.R. (25 de marzo de 2022). *Proyecto de Ley N° 1522/2021-CR*. Ley que deroga el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.
- Morante Figari, J.A. (26 de mayo de 2022). *Proyecto de Ley N° 02129/2021-CR*. Ley que deroga el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.
- Yarrow Lumbreras, N. (12 de abril de 2022). *Proyecto de Ley N° 1726/2021-CR*. Ley que complementa las normas de tercerización laboral aprobadas en la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038.

Otros documentos utilizados

- Banco Central de Reserva del Perú (28 de marzo de 2022). Oficio N° 0067-2022-BCRP.
- Congreso de la República de Perú (2008). Diario de Debates – Segunda Legislatura Ordinaria de 2007- Tomo II. Recuperado de la página web <https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2008/junio/24/L-29245.pdf>.
- Gerencia de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (21 de junio de 2022). Informe N° 0490-2022-MTPE/4/8.

- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2021). Manual de Preguntas Frecuentes Laborales.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (01 de julio de 2022). Oficio N° 0743-2022-MTPE/1.

Páginas web utilizadas

- Consulta de Expedientes de INDECOPI: <https://servicio.indecopi.gob.pe/portalsAE/>
- Consulta de expedientes judiciales del Poder Judicial: <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>
- Sistema Peruano de Información Jurídica: <https://spij.minjus.gob.pe/>
- Página del Congreso de la República: <https://www.congreso.gob.pe>.
- Página web de ESAN: <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/que-es-el-mapa-de-procesos-de-la-organizacion>
- Página web del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03075-2011-AA%20Resolucion.html>
- Página web del Gobierno Peruano: <https://www.gob.pe/institucion/mtppe/noticias/657290-ministro-salas-la-salida-no-es-derogar-el-decreto-supremo-que-hace-precisiones-a-reglamento-de-ley-de-tercerizacion-sino-mejorarla>
- Página de las Naciones Unidas: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible>

ANEXOS

ANEXO N° 1

Proyecto de Ley que regula los servicios de tercerización laboral

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto regular los supuestos en que procede contratar los servicios de tercerización laboral, los requisitos para celebrar dicha forma de contratación, los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, los supuestos de desnaturalización de la tercerización laboral, y las consecuencias de incurrir en dicha desnaturalización.

Artículo 2.- Finalidad de la Ley

La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable a la tercerización laboral, garantizando los derechos laborales de los trabajadores quienes intervienen en esta forma de contratación, de tal manera que se evite cualquier forma de abuso de derecho.

Artículo 3.- Ámbito de la Ley

El ámbito de aplicación de la presente Ley son aquellas contrataciones realizadas por empresas principales, cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan actividades especializadas u obras vinculadas a su actividad principal para que sean realizadas por empresas tercerizadoras, para lo cual éstas desplazarán de forma continua a sus trabajadores a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas. Por lo tanto, no resulta de aplicación a aquellas tercerizaciones sin desplazamiento ni cuando éste se efectúe de forma eventual o esporádico.

Asimismo, no resulta aplicable a las contrataciones de tercerización de servicios en el sector público, las cuales se rige por las normas de contrataciones del Estado.

Artículo 4.- Definiciones

Para efectos de lo dispuesto en la presente Ley, se consideran las siguientes definiciones:

- a. Tercerización laboral: Es una forma de contratación a través de la cual una empresa principal encarga el desarrollo de actividades especializadas u obras vinculadas a su actividad principal a una empresa tercerizadora, la cual bajo su cuenta, riesgo, con sus propios recursos y desplazando a sus trabajadores al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal, los cuales están bajo su exclusiva subordinación, desarrollará las actividades contratadas, siendo responsable de sus resultados. Dicha contratación puede comprender la realización de una parte integral del proceso productivo de la empresa principal. En ningún caso, dicha contratación implicará la sola provisión de personal a la empresa principal.
- b. Empresa principal: Es aquella, cuyos trabajadores están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que contrata servicios de tercerización laboral, para el desarrollo de actividades especializadas u obras vinculadas a su actividad principal.
- c. Empresa tercerizadora: Es aquella que es contratada para prestar servicios de tercerización laboral, para lo cual desplazará a sus trabajadores al centro de trabajo

- o de operaciones de la empresa principal; no obstante, mantiene su exclusiva subordinación, así como es responsable de los resultados.
- d. Actividad principal de una empresa: Es aquella actividad que es consustancial al giro del negocio de una empresa. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa.
 - e. Actividad especializada: Es aquella vinculada a la actividad principal de la empresa principal, cuya ejecución exige un nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados.
 - f. Obra: Es 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.
 - g. Desplazamiento: Es el traslado del trabajador o trabajadores de la empresa tercerizadora al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal, manteniéndose en todo momento bajo la exclusiva subordinación de aquélla. Para efectos de la presente ley, el desplazamiento no debe ser eventual ni esporádico.

Artículo 5.- Elementos

La contratación de servicios de tercerización laboral deberá constar por escrito y constituye acto inscribible en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras.

La empresa tercerizadora deberá contar con una pluralidad de clientes, salvo excepciones previstas en el Reglamento de la presente ley. Asimismo, contar con equipamiento, recursos logísticos y humanos que sean necesarios para encargarse, bajo su cuenta y riesgo, de las actividades contratadas, siendo responsable de la ejecución de las mismas. En ningún caso, se admite la sola provisión de personal por parte de la empresa tercerizadora.

A cambio, la empresa principal deberá pagar una retribución a la empresa tercerizadora por la realización de la actividad contratada, en los términos establecidos en el contrato celebrado.

Artículo 6.- Desplazamiento de trabajadores a la empresa principal

Esta forma de contratación presupone el desplazamiento de trabajadores de la empresa tercerizadora al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal, lo cual no afecta sus derechos laborales y de seguridad social que tienen frente a la empresa tercerizadora, ni la subordinación de los mismos a esta última.

Dicho desplazamiento del trabajador, las actividades que desempeñará y la unidad productiva o ámbito de la empresa principal en donde ejecutará tales actividades, deberá constar por escrito, en el contrato respectivo del trabajador.

Artículo 7.-Desnaturalización

Son causales de desnaturalización de la tercerización, las siguientes:

- a) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora no tenga por objeto desarrollar actividades principales conforme a las definiciones establecidas en el artículo 4 de la presente Ley.

- b) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora implique una simple provisión de personal.
- c) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en el artículo 5 de la presente Ley, indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.
- d) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.
- e) Cuando la empresa principal continúa con la contratación de servicios a cargo de una empresa tercerizadora que tenga cancelado su registro en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, pese a haber tomado en conocimiento de dicha circunstancia.

La desnaturalización trae como consecuencia que la empresa principal sea el empleador de los trabajadores desplazados desde el inicio el desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto al momento en que se produjo la desnaturalización; así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 11 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes.

Artículo 8.- Deberes de la empresa principal

Son deberes de la empresa principal, los siguientes:

- i. Ante de iniciar la ejecución de la contratación de los servicios de tercerización, la empresa principal tiene la obligación de comunicar por escrito a sus trabajadores, a sus representantes, así como a las organizaciones sindicales existentes dentro de la misma, sobre dicha contratación, así como los nombres de los trabajadores de la empresa tercerizadora que serán desplazados a su centro de trabajo o de operaciones.
- ii. Asumir la responsabilidad solidaria y subsidiaria que establece el artículo 12 de la presente Ley.
- iii. Adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida, salud e integridad de todos los trabajadores, incluidos los que han sido desplazados en el marco de la contratación de los servicios de tercerización, que laboren en su centro de trabajo o de operaciones.
- iv. Cuando la empresa principal, la empresa tercerizadora o el subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo o de operaciones, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje información de la subcontratación de obras y servicios, siendo que dicho libro estará a disposición de la representación legal de las personas trabajadoras.

Artículo 9.- Deberes de la empresa tercerizadora

Son deberes de la empresa tercerizadora, los siguientes:

- i. Para iniciar y desarrollar sus actividades, las empresas tercerizadoras se inscriben en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras al que se hace referencia en el artículo 11 de la presente Ley, en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución.
- ii. Antes de iniciar la ejecución de la contratación de los servicios de tercerización, la empresa tercerizadora tiene la obligación de comunicar por escrito a sus trabajadores encargados de la ejecución del servicio, a sus representantes, así como a las organizaciones sindicales existentes dentro de la misma, lo siguiente:

- a. La identidad de la empresa principal con la ha contratado (denominación o razón social, su domicilio y número de Registro Único de Contribuyente).
 - b. Las actividades que son objeto de la contratación de servicios de tercerización.
 - c. La ubicación del centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal, donde los trabajadores de la empresa tercerizadora serán desplazados.
 - d. El tiempo de dicho desplazamiento.
- iii. Registrar las contrataciones de servicios de tercerización laboral que celebre, en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, tanto su inicio como su finalización, en un plazo no mayor de 10 días hábiles de celebrado o concluido el contrato respectivamente.
 - iv. Mantener la subordinación de sus trabajadores que han sido desplazados, en el marco de la contratación de servicios de tercerización.
 - v. Garantizar los derechos laborales y de seguridad social de sus trabajadores que han sido desplazados, en el marco de la contratación de servicios de tercerización.
 - vi. Asumir la responsabilidad solidaria y subsidiaria que establece el artículo 12 de la presente Ley, respecto a las obligaciones sociales y de seguridad social a cargo del subcontratista.

El incumplimiento de alguno de los deberes, acarreará las sanciones administrativas y otras establecidas en las normas correspondientes.

Artículo 10.- Derechos de los trabajadores

Los trabajadores de las empresas que prestan servicios de tercerización laboral tienen los siguientes derechos, sin perjuicio de los ya establecidos en la legislación laboral vigente:

- i. Los trabajadores bajo contrato de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización, respecto de su empleador.
- ii. Los trabajadores que realicen labores en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal en una tercerización, cualquiera fuese la modalidad de contratación laboral utilizada, como todo trabajador contratado a tiempo indeterminado o bajo modalidad, tiene respecto de su empleador todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa vigente; en consecuencia, los trabajadores no están sujetos a subordinación por parte de la empresa principal.
- iii. La tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad, incluyendo aquella realizada en la tercerización de servicios, no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical.

- iv. Cuando corresponda, los trabajadores pueden interponer denuncias ante la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL o recurrir al Poder Judicial, para solicitar la protección de sus derechos colectivos, incluyendo los referidos en el numeral 2 del presente artículo, a impugnar las prácticas antisindicales, incluyendo aquellas descritas en el numeral 3 del presente artículo, a la verificación de la naturaleza de los contratos de trabajo sujetos a modalidad de acuerdo con la legislación laboral vigente, a impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación, y obtener, si correspondiera, su reposición en el puesto de trabajo, su reconocimiento como trabajador de la empresa principal, así como las indemnizaciones, costos y costas que corresponda declarar en un proceso judicial, sin perjuicio de la aplicación de multas.

Artículo 11.- Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras

El Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras está a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en el cual deberá registrarse las empresas tercerizadoras a efectos de poder iniciar y desarrollar sus actividades, en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución.

Asimismo, en dicho Registro, tales empresas deberán registrar sus contrataciones de servicios de tercerización laboral, tanto su inicio como su finalización, en un plazo no mayor de 10 días hábiles de celebrado o concluido el contrato respectivamente.

Finalmente, se registrará en dicho Registro las cancelaciones que se dispongan por desnaturalización de tercerización laboral, la extinción de la empresa tercerizadora u otras causales previstas en el Reglamento de la presente Ley.

Artículo 12.- Responsabilidad frente a los derechos y beneficios laborales y otros

La presente Ley prevé dos tipos de responsabilidades a fin de garantizar los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social a favor de los trabajadores desplazados en el marco de las contrataciones de servicios de tercerización laboral.

i. Responsabilidad solidaria

La empresa principal que contrate los servicios de tercerización laboral es solidariamente responsable, con la empresa tercerizadora, por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado y siempre que dicho desplazamiento no haya sido eventual o esporádico. En caso de subcontratación, dicha responsabilidad le corresponde a la empresa tercerizadora o en su defecto a la empresa principal, en ese orden de prelación.

Dicha responsabilidad solidaria se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral. Asimismo, la solidaridad se contrae únicamente a las obligaciones laborales, beneficios laborales, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de su relación laboral, y de seguridad social a cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral.

La empresa principal obligada a asumir obligaciones de terceros, en razón de la solidaridad establecida por la presente Ley, tiene derecho de repetición contra ésta, y adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra.

ii. Responsabilidad subsidiaria

La responsabilidad será subsidiaria cuando la empresa principal ejerza su derecho a ser informada sobre el estado de cumplimiento por la empresa tercerizadora o la subcontratista de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social de la cual es responsable, así como también el derecho de retención en caso de incumplimiento; en cuyo caso la empresa principal podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

Igual responsabilidad asumirá la empresa tercerizadora respecto a las obligaciones que afecten a sus subcontratistas.

No obstante, tal responsabilidad estará limitada al tiempo o periodo durante el cual el o los trabajadores de la empresa tercerizadora o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y FINALES

PRIMERA.- De la subcontratación

Las empresas que presten servicios de tercerización podrán subcontratar siempre y cuando el subcontratista cumpla con los requisitos establecidos en la presente Ley, y cuenten con la aprobación por escrito de la empresa principal.

SEGUNDA.- Reglamento

El Poder Ejecutivo reglamentará la presente Ley dentro de los treinta (30) días hábiles después de la entrada en vigencia de la presente Ley, para lo cual deberá promover la participación ciudadana.

TERCERA.- Plazo de adecuación

Las empresas comprendidas en la presente Ley tendrán un plazo de treinta (30) días hábiles posteriores a la publicación del Reglamento de la presente Ley, para su adecuación.

CUARTA .- Implementación del Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo implementará el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras en un plazo no mayor de sesenta (60) días hábiles después de la vigencia de la presente Ley.

QUINTA .- Inspecciones y orientaciones laborales en materia de tercerización laboral

La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL deberá remitir semestralmente al Congreso de la República un reporte de las inspecciones laborales y

orientaciones laborales en materia de tercerización laboral, llevadas a cabo a nivel nacional, a fin de verificar el cumplimiento de la presente ley y la garantía de los derechos de los trabajadores.

SEXTA.- Norma derogatoria

Deróguense las disposiciones legales, normas reglamentarias y complementarias que se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

Comuníquese a la señora Presidenta de la República para su promulgación.

En Lima, a los xx días del mes de xx de dos mil veintitrés.

ANEXO N° 2

Decreto Supremo N° 015-2022-TR, que modifica el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR, en sus artículos 33 y 34, referidos a nuevas infracciones, e incorpora la Undécima Disposición Final y Transitoria, que contempla una nueva infracción muy grave en el marco de la vigencia de la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR

Artículo 33.- Infracciones graves en materia de intermediación y tercerización laboral

Son infracciones graves, los siguientes incumplimientos: (...)

33.5 El incumplimiento respecto del contenido que debe ser incluido en los contratos de trabajo de los trabajadores de la empresa tercerizadora, según lo previsto en el artículo 4 de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, y el artículo 8 del 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.

33.6 El incumplimiento respecto de la obligación de informar, prevista en el artículo 6 de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, y el artículo 8 del 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, por parte de la empresa tercerizadora o la empresa principal, según corresponda.

Artículo 34.- Infracciones muy graves en materia de intermediación y tercerización laboral

Son infracciones muy graves, los siguientes incumplimientos: (...)

34.7 Usar la figura de tercerización laboral para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio conforme a la definición del artículo 1 del Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

34.8 Usar la figura de tercerización laboral para el desarrollo de actividades distintas a las actividades principales conforme a las definiciones del artículo 1 del

Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

34.9 Usar la figura de tercerización laboral como simple provisión de personal, incumpliendo los requisitos indicados en los artículos 2 y 3 de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.

Undécima Disposición Final y Transitoria: Infracción muy grave en el marco de la vigencia de la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR

Es infracción muy grave en el marco de la vigencia de la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores que hubieran sido desplazados para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio, por causas vinculadas con la adecuación a las modificaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, salvo que la empresa principal contrate directamente a dichos trabajadores, desde la entrada en vigencia del dispositivo que incorpora la presente disposición hasta el 21 de agosto de 2022.