

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
TERCERA SALA CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE N°: 00756-2022-0-1801-SP-DC-03 (acumulados N°00420-2022-0-1801-SP-DC-02;N°00514-2022-0-1801-SP-DC-02;N°00417-2022-0-1801-SP-DC-02)

DEMANDANTE : SEDAPAL Y OTROS

DEMANDADO : PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA Y OTROS.

MATERIA : ACCION POPULAR

SENTENCIA

RESOLUCIÓN N°22

Lima, ocho de Marzo
Del año dos mil veintitrés. -

VISTOS:

Vista la causa en audiencia pública; con los informes orales de los Señores Abogados; con la documentación que fuera requerida en su oportunidad y puesto los autos a despacho para resolver; realizada la votación correspondiente e interviniendo como ponente el Juez Superior **Paredes Flores**.

I.- PARTE EXPOSITIVA.

Resultan de autos, las siguientes demandas de acción popular:

A).-Expediente N°00420-2022-0-1801-SP-DC-02.

La demanda interpuesta por **Mauricio Valdez Villalobos**, cuyos fundamentos en resumen, son los siguientes¹:

- i.* Que, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR configura una infracción formal de los poderes del ejecutivo al vulnerar el principio de jerarquía normativa regulado en el artículo 51° de la Constitución Política del Estado; excede los alcances de la Ley N° 29245 y también los otros artículos, como el derecho al trabajo, la libertad de empresa y la libertad de contratar.

¹ De fojas 05 a 17.

- ii.* Que, el carácter general de la norma cuestionada lo ha dispuesto la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en la sentencia recaída en el proceso acción popular N° 19149-2016-Lima.
- iii.* Que, el carácter general del Decreto Supremo se configura por el hecho que este limita injustificadamente los alcances de la tercerización con desplazamiento de servicios, lo que trae consigo la obligación general de las empresas principales de no tercerizar; la diferencia fundamental entre normas generales y mandatos particulares radica en que los mandatos contienen ordenes específicas a personas particulares para la consecución de fines concretos, características ajenas al Decreto Supremo cuestionado.
- iv.* Que, el Decreto Supremo N° 0001-2022-TR ha modificado el Decreto Supremo N° 006-2008-TR que aprobó el Reglamento de la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038, limitando el ámbito de aplicación de la ley a la cual se encuentra adscrita, modificándola pese a su inferior jerarquía; se modifica el artículo 1° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR incorporando el “*núcleo del negocio*” y se modifican los artículos 2° y 5°.
- v.* Que, la limitación no se encuentra contemplada en la Ley N° 29245; se han introducido nuevas reglas que limitan la tercerización prohibiendo su ejecución en actividades del núcleo del negocio.
- vi.* Que, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR es inconstitucional porque limita injustificadamente las actividades que pueden ser objeto de tercerización vulnerando los derechos al trabajo (en su manifestación de acceso de la persona a puestos de trabajo), libertad de empresa y libertad de contratar, regulados por los artículos 22°, 59° y 62° de la Constitución Política del Estado.

La contestación de la demanda formulada por el **Procurador Público Especializado en Materia Constitucional**, que como fundamentos alega, en resumen, lo siguiente:

- i.* Que, como se aprecia, la Ley N° 29245 no hace referencia alguna al concepto de “*actividad principal*” de la empresa que contrata con las

empresas tercerizadoras, lo que fue incorporada posteriormente por el Reglamento; de otro lado, el 25 de junio del 2008 fue publicado el Decreto Legislativo N° 1038, que precisa sus alcances, respecto al plazo de adecuación, el ámbito de las obligaciones y las restricciones, la responsabilidades por la tercerización de los servicios y los derechos e repetición; tampoco en esta norma se hace referencia al concepto de “*actividad principal*”.

- ii.** Que, posteriormente el 12 de setiembre del 2008 se publicó el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, mediante la cual se aprobó el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, a través de lo cual se estableció un glosario de definiciones, buscando uniformizar las expresiones empleadas, el ámbito de la tercerización y los requisitos, los elementos propios de los servicios de tercerización, los supuestos de desnaturalización y la duración de los desplazamientos.
- iii.** Que, a través del reglamento en el artículo 2° se incorpora el término de “*actividad principal*”, no previsto en la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 para establecer aquellas prestaciones que pueden ser objeto de una tercerización.
- iv.** Que, la modificación del artículo 1° del reglamento sobre la definición de las actividades especializadas u obras, ya la inclusión del concepto “*núcleo de negocio*”, se justifica en la necesidad de establecer una definición de dicho término, en el marco de lo establecido en la Ley N° 29245; esta restringe la tercerización de manera general únicamente a “*actividades especializadas u obras*”.
- v.** Que, atención al carácter demasiado general de la definición se estimó necesario realizar precisiones, a fin de evitar que los contratos de tercerización sean empleados de manera fraudulenta, afectando los derechos laborales de los trabajadores, como se indica en la respectiva exposición de motivos; la definición actualmente vigente sobre “*actividades especializadas u otras*” en concordancia con lo regulado en la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 determina las características que deben cumplir las actividades para poder tercerizar; la precisión de los conceptos antes referidos en el artículo 1° implicaba también la modificación de los artículos 2°, 5°, 8° y 9° del Reglamento.

- vi.** Que, de acuerdo a las normas vigentes, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social tiene competencia normativa para emitir el Decreto Supremo objeto del presente proceso.
- vii.** Que, en atención al carácter del proceso de acción popular, solo pueden proceder razones jurídicas que permitan evaluar en abstracto la compatibilidad de la norma impugnada con la Constitución y/o la Ley, por lo que el órgano jurisdiccional solo debe sustentar su pronunciamiento en razones jurídicas abstractas; correspondiendo que se tome en cuenta los alegatos especulativos y meras expresiones de disconformidad.
- viii.** Que, la parte demandante solo hace mención a la supuesta vulneración de diversas normas legales, pero no expresa razones o no las expresa con suficiente claridad sobre como las normas cuestionadas afectan dichas disposiciones.
- ix.** Que, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el expediente N° 013-2014-PI/TC sobre la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038; sin referirse expresamente a la realización de actividades del núcleo del negocio o principales de la empresa principal por parte de los trabajadores de la empresa tercerizadora, resolvió declarando infundada los alegatos, basándose en la empresa manifestación de la ley en que los derechos colectivos de los trabajadores no se restringen; diferenciando la situación jurídica en la que se encuentran los trabajadores de la empresa tercerizadora y de la empresa principal.
- x.** Que, el Decreto Supremo no vulnera el derecho al trabajo; no es un derecho absoluto y debe ejercer en concordancia con otros derechos o bienes constitucionales que se reconocen en la propia Constitución y luego se desarrollan mediante normas con rango de Ley o infra legal; la parte demandante invoca la afectación del derecho al trabajo, en el aspecto de acceso a un puesto de trabajo respecto a los trabajadores de las empresas tercerizadoras, lo que no se ajusta a la vulneración al contenido desarrollado por el Tribunal Constitucional.

- xi.* Que, el Decreto Supremo cumple con establecer una regulación que va en la misma línea de lo establecido en las leyes sobre tercerización, es decir, bajo la diferenciación de las actividades sobre lo que se puede tercerizar, restringiendo únicamente a aquellas actividades especializadas.
- xii.* Que, el Decreto Supremo no vulnera el derecho a la libertad de empresa; la parte demandante señala que la norma cuestionada transgrede el artículo 59° de la Constitución, por cuanto restringiría las libertades económicas, pues afectaría la libertad de emprender actividades económicas y limitaría su actividad empresarial; como se observa el límite para el ejercicio del derecho a la libre iniciativa privada está fijado por los intereses generales de la comunidad que se manifiestan y se tutelan; en esa misma línea debe entenderse la libertad de organización de las empresas, la cual debe desarrollarse acorde con lo regulado sobre las actividades que pueden ser objeto de tercerización.
- xiii.* Que, el Decreto Supremo no vulnera el derecho a contratar; no modifica los contratos a que se refiere el artículo 3° de la Ley N° 29245 sobre tercerización de servicios vigentes a la fecha emisión del referido decreto, pues la adecuación de los mismos se hará como resultado de acuerdo de voluntades entre las partes.
- xiv.* Que, el Decreto Supremo no vulnera el artículo 51° de la Constitución; a lo largo de la contestación se ha desarrollado completa y suficientemente los argumentos que permiten concluir que en la expedición de las normas cuestionadas no hubo vulneración de algún precepto constitucional.

Asimismo, deduce **la excepción de incompetencia por razón de la materia**, alegando en resumen, lo siguiente²:

- i.* Que, la norma impugnada regula un aspecto del derecho laboral, por lo que debe ser conocida una Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima.

² De fojas 153 a 162.

- ii.* Que, el nuevo Código Procesal Constitucional no ha modificado la Ley Orgánica del Poder Judicial y la nueva Ley Procesal de Trabajo en cuanto a la competencia de las salas laborales respecto a las demandas de acción popular.
- iii.* Que, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la nueva Ley Procesal de Trabajo establecen competencia de las Salas Laborales respecto a los procesos de acción popular en materia laboral.
- iv.* Que, conforme a la materia regulada en las disposiciones objeto de control en este proceso, así como los argumentos planteados por la parte demandante, se advierte que este proceso de acción popular versa sobre materia laboral; los artículos citados de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Procesal de Trabajo establece que las competencias para conocer este proceso corresponden a las Salas Laborales.

B).-Expediente N°00514-2022-0-1801-SP-DC-02.

La demandada interpuesta por la **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**, que como fundamentos alegan, en resumen, lo siguiente³:

- i.* Que, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR es una norma reglamentaria de alcance general, por lo tanto, su emisión debía realizarse en cumplimiento estricto de los principios de participación y transparencia reconocidas por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; sin embargo, fue emitido sin cumplir en principios exigidos en el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS.
- ii.* Que, los seis extremos del Decreto Supremo cuya nulidad solicitan contravienen expresamente las normas de rango legal, violando así los artículos 51° y 118° de la Constitución; los cuatro primeros, porque crean una restricción no prevista en las normas de rango legal prohibición de tercerizar actividades del “núcleo del negocio”; el quinto, porque establece una aplicación temporal en la desnaturalización de la tercerización distinta a la prevista en las normas de rango legal; y el

³ De fojas 301 a 350.

sexto, porque establece una obligación de modificar los contratos que no se encuentran en norma de rango legal.

- iii.** Que, además de transgredir la potestad reglamentaria y el principio de jerarquía normativa, los seis extremos del Decreto Supremo cuya nulidad se solicita, también violan el principio de legalidad; esto por los mismos motivos.
- iv.** Que, los extremos del Decreto Supremo N° 001-2022-TR que violan los principios de tipicidad, taxatividad y seguridad son los cuatro primeros extremos demandados, porque restringen derechos mediante un concepto abierto e impreciso prohíben la tercerización de actividades del “núcleo del negocio”, sin que se sepa o pueda predecir razonablemente en que consiste este concepto o como puede ser aplicado; y el sexto, porque establece una obligación de modificar los contratos que atenta contra la seguridad jurídica.
- v.** Que, los extremos del Decreto Supremo N° 001-2022-TR vulneran el principio de proporcionalidad y razonabilidad, por cuanto la prohibición contenida en ellos, resulta completamente desproporcionada, dado que lo que pretende prevenir y las consecuencias que genera; deben anularse los extremos por crear restricciones desproporcionadas y por qué establece una obligación desproporcionada en modificar los contratos.
- vi.** Que, la Disposición Complementaria Transitoria Única del Decreto Supremo N° 001-2022-TR contraviene los artículos 2°, numeral 14 y 62° de la Constitución Política del Estado, que garantiza la libertad de contratación; los contratos sobre actividades correspondientes al núcleo del negocio tienen fines lícitos y no contravienen las leyes de orden público, más aún si los fines no solo son lícitos sino constitucionales; por otro lado, los términos contractuales no pueden ser modificados por Leyes u otras disposiciones de cualquier clase si se han pactado válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.
- vii.** Que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR vulnera el artículo 59° de la Constitución Política del Estado, al prohibir la tercerización de actividades correspondientes al núcleo del negocio; genera una aplicación retroactiva de la desnaturalización y obliga a modificar los

contratos vigentes; contraviene la garantía de la libertad de las empresas tercerizadoras en su dimensión de libertad de entrada y acceso al mercado y su dimensión de libertad de cese; asimismo, afectan la dimensión de libertad de organización de las empresas a las que impacta la norma infra legal.

- viii.** Que, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR vulnera el principio de no retroactividad; la modificación que se hace al último párrafo del artículo 5° y la modificación que se hace al segundo párrafo del artículo 9°; la nueva regulación modifica el momento desde el cual se entiende producida la desnaturalización, no desde que efectivamente ocurren, sino incluso desde antes que ocurra: desde el desplazamiento.

La contestación de la demanda formulada por el **Procurador Público Especializado en Materia Constitucional**, que como fundamentos alega, en resumen, lo siguiente⁴:

- i.** Que, como se aprecia, la Ley N° 29245 no hace referencia alguna al concepto de “*actividad principal*” de la empresa que contrata con las empresas tercerizadoras, lo que fue incorporada posteriormente por el Reglamento; de otro lado, el 25 de junio del 2008 fue publicado el Decreto Legislativo N° 1038, que precisa sus alcances, respecto al plazo de adecuación, el ámbito de las obligaciones y las restricciones, la responsabilidades por la tercerización de los servicios y los derechos e repetición; tampoco en esta norma se hace referencia al concepto de “*actividad principal*”.
- ii.** Que, posteriormente el 12 de setiembre del 2008 se publicó el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, mediante la cual se aprobó el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, a través de lo cual se estableció un glosario de definiciones, buscando uniformizar las expresiones empleadas, el ámbito de la tercerización y los requisitos, los elementos propios de los servicios de tercerización, los supuestos de desnaturalización y la duración de los desplazamientos.
- iii.** Que, a través del reglamento en el artículo 2° se incorpora el término de “*actividad principal*”, no previsto en la Ley N° 29245 y el Decreto

⁴ Ver de fojas 415 a 450.

Legislativo N° 1038 para establecer aquellas prestaciones que pueden ser objeto de una tercerización.

- iv.** Que, la modificación del artículo 1° del reglamento sobre la definición de las actividades especializadas u obras, ya la inclusión del concepto “*núcleo de negocio*”, se justifica en la necesidad de establecer una definición de dicho término, en el marco de lo establecido en la Ley N° 29245; esta restringe la tercerización de manera general únicamente a “*actividades especializadas u obras*”.
- v.** Que, atención al carácter demasiado general de la definición se estimó necesario realizar precisiones, a fin de evitar que los contratos de tercerización sean empleados de manera fraudulenta, afectando los derechos laborales de los trabajadores, como se indica en la respectiva exposición de motivos; la definición actualmente vigente sobre “*actividades especializadas u otras*” en concordancia con lo regulado en la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 determina las características que deben cumplir las actividades para poder tercerizar; la precisión de los conceptos antes referidos en el artículo 1° implicaba también la modificación de los artículos 2°, 5°, 8° y 9° del Reglamento.
- vi.** Que, de acuerdo a las normas vigentes, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo tiene competencia normativa para emitir el Decreto Supremo objeto del presente proceso.
- vii.** Que, en atención al carácter del proceso de acción popular, solo pueden proceder razones jurídicas que permitan evaluar en abstracto la compatibilidad de la norma impugnada con la Constitución y/o la Ley, por lo que órgano jurisdiccional solo debe sustentar su pronunciamiento en razones jurídicas abstractas; por lo que corresponde que se tome en cuenta los alegatos especulativos y meras expresiones de disconformidad.
- viii.** Que, la parte demandante solo hace mención a la supuesta vulneración de diversas normas legales, pero no expresa razones o no las expresa con suficiente claridad sobre como las normas cuestionadas afectan dichas disposiciones.

- ix.** Que, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el expediente N° 013-2014-PI/TC sobre la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038; sin referirse expresamente a la realización de actividades del núcleo del negocio o principales de la empresa principal por parte de los trabajadores de la empresa tercerizadora, resolvió declarando infundada los alegatos, basándose en la empresa manifestación de la ley en que los derechos colectivos de los trabajadores no se restringen; diferenciando la situación jurídica en la que se encuentran los trabajadores de la empresa tercerizadora y de la empresa principal.
- x.** Que, la emisión del Decreto Supremo no vulnera el artículo IV de Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, ni el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS; la normas es clara al señalar que la vigilancia y participación en la gestión de dicho poder del Estado conforme a los procedimientos establecidos; que a través del proceso de acción popular se objetan normas de rango infra legal de rango legal de carácter general por contravenir la Constitución y las normas de rango legal.
- xi.** Que, los extremos impugnados del Decreto Supremo no vulneran los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica; cumplen con establecer una regulación que va en la misma línea de lo establecido en las leyes sobre tercerización, es decir, bajo la diferenciación de actividades sobre las que se puede tercerizar, restringiéndolas únicamente a aquellas actividades especializadas.
- xii.** Que, los extremos impugnados del Decreto Supremo no vulneran el principio de proporcionalidad y razonabilidad; no se supera el análisis del sub principio de idoneidad, pues la prohibición no se sustenta en ninguna evidencia, además, además el demandante emplea argumentos especulativos como la presunta posición contundente del sector privado y público sobre la supuesta nula contribución del Decreto Supremo a ayudar a los trabajadores, asimismo se sostiene que no habría superado el análisis del sub principio de necesidad, en la medida que la fiscalización sería una medida menos gravosa, y tampoco supera el análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto por no cumplirse con proteger los derechos laborales.

- xiii.** Que, los extremos impugnados del Decreto Supremo no vulneran el derecho a la libertad de contratar; como cualquier otro derecho no es absoluto y debe ejercerse en concordancia con las normas de orden público; asimismo, si bien el artículo 62° de la Constitución precisa que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones ello no significa que puede ser modificado por voluntad de las partes; en tal sentido el extremo impugnado sobre el plazo de adecuación no deviene en inconstitucional o ilegal.
- xiv.** Que, los extremos impugnados del Decreto Supremo no vulneran el derecho a la libertad de empresa; el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa garantizando a todas las personas una libertad de decisión no solo para crear empresas (libertad de fundación) y por lo 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 empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones propias del mercado, así como la libertad de cesación o salida del mercado; y el límite a la libre iniciativa privada está fijado por los intereses generales de la comunidad que se manifiestan en las normas que los tutelan.
- xv.** Que, los extremos impugnados del Decreto Supremo no vulneran el artículo 103° de la Constitución Política del Estado; los supuestos de desnaturalización contenidos en los incisos a) y b) del artículo 5° del Reglamento modificado están referidos al momento del desplazamiento del trabajador, lo cual es coherente que la desnaturalización se compute desde ese hecho; para los demás supuestos es de aplicación la salvedad contenida en el mismo artículo sobre la prueba en contrario.
- xvi.** Que, los extremos impugnados del Decreto Supremo no vulneran el numeral 8 del artículo 118° ni el artículo 51° de la Constitución; en la práctica la violación de estos artículos se manifiestan en un proceso de acción popular cuando las normas impugnadas han sido identificadas como contrarias a algún artículo constitucional o disposición legal; a lo largo del escrito de contestación se han desarrollado en forma completa los argumentos que permiten concluir que en la expedición de las

normas cuestionadas no hubo vulneración de precepto constitucional alguno.

Asimismo, deduce **la excepción de incompetencia por razón de la materia**, alegando en resumen, lo siguiente⁵:

- i.* Que, la norma impugnada regula un aspecto del derecho laboral, por lo que debe ser conocida una Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- ii.* Que, el nuevo Código Procesal Constitucional no ha modificado la Ley Orgánica del Poder Judicial y la nueva Ley Procesal de Trabajo en cuanto a la competencia de las salas laborales respecto a las demandas de acción popular.
- iii.* Que, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la nueva Ley Procesal de Trabajo establecen competencia de las Salas Laborales respecto a los procesos de acción popular en materia laboral.
- iv.* Que, conforme a la materia regulada en las disposiciones objeto de control en este proceso, así como los argumentos planteados por la parte demandante, se advierte que este proceso de acción popular versa sobre materia laboral; lo artículos citados de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Procesal de Trabajo establece que las competencias para conocer este proceso corresponden a las Salas Laborales.

C). -Expediente N° 00417-2022-2022-0-1801-SP-DC-02.

La demandada interpuesta por la **Asociación Civil por la Integridad** que como fundamentos alega, en resumen, lo siguiente⁶:

- i.* Que, el 23 de febrero de 2022 se publicó el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, siendo que mediante su artículo 2° modifica los artículos 1°, 5°, 8° y 9° 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; que tanto la Ley N° 29245 como el Decreto Legislativo N° 1038 nunca han previsto la existencia de actividades “nucleares” y “no

⁵ De fojas 455 a 459.

⁶ De fojas 739 a 773.

nucleares” y por lo tanto, al modificar el Decreto Supremo N° 006-2008-TR en este sentido, lo que se hace es modificar ilegal y sustancialmente la Ley N° 29245; y de esta manera, esta medida de adecuación instrumentaliza la ilegalidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, siendo este extremo también incompatible con la Ley.

- ii.** Que, el artículo 2° de la Ley no hace ninguna distinción entre actividades “*nucleares*” y “*no nucleares*”, sino que permite que en general los empleadores pueden tercerizar cualquier actividad especializada u obra; que en el artículo 3° se señala que “*entre otros*”, la tercerización puede aplicarse respecto a los contratos allí reseñados, siendo relevante recalcar nuevamente que la Ley no distingue entre actividades “*nucleares*” y “*no nucleares*”, menos restringe la tercerización de servicios a aquellas actividades que pueden ser consideradas por disposición reglamentaria como principales “*no nucleares*”; en su artículo 4°, prevé lo concerniente al desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora: en el artículo 5° se refiere a la causas de la desnaturalización de los contratos de tercerización, siendo que en concordancia con su propio artículo 1°, es la Ley el único instrumento normativo que puede establecer tal prohibición.
- iii.** Que, el 25 de junio del 2008 se publicó el Decreto Legislativo N° 1038, que precisa los alcances de la Ley N° 29245, y lo relevante fue que esta norma precisa el tiempo en que las empresas deberán cumplir el requisito de pluralidad de clientes, pero no precisa que las actividades principales sujetas a tercerización deben clasificarse en “*nucleares*” o “*no nucleares*”; si la finalidad del Decreto Legislativo N° 1038 era precisar los alcances de la Ley N° 29245 y ninguna de estas normas se refiere a actividades “*nucleares*” o “*no nucleares*”, la norma reglamentaria no podía hacerla
- iv.** Que, mediante la sentencia de Acción Popular N° 7564-2011, se estableció que la versión original del Decreto Supremo N° 006-2008-TR era plenamente legal y compatible con las normas que reglamenta; seguidamente en la sentencia correspondiente a la Acción Popular N° 1607-2012, la Corte Suprema se pronunció sobre la legalidad del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2006-TR; por lo tanto en estos casos, se concluye que la norma reglamentaria es plenamente compatible con la Ley N° 29245 y con el Decreto Legislativo N° 1038, incluso el Tribunal Constitucional también ha efectuado este análisis.

- v.** Que, el Decreto Supremo incorpora una serie de supuestos no previstos en alguno de los artículos de la Ley y del Decreto Legislativo N° 1038, estableciendo principalmente un concepto distinto al de la Ley N° 29245, respecto a las actividades especializadas u obras, pero principalmente “*crea*” dentro de estas la distinción entre actividades “*nucleares*” y “*no nucleares*”, señalando que las primeras no son posibles de ser tercerizadas.
- vi.** Que, también se modifica el artículo 2°, en consonancia con la ilegal alteración del artículo 1° de la norma reglamentaria, se ha incorporado un párrafo en que se recalca que no es posible utilizar la tercerización con desplazamiento en el caso de actividades que forma parte del núcleo del negocio.
- vii.** Que, en realidad el Decreto Supremo N° 001-2022 no está funcionando como una norma modificatoria de un reglamento, sino como una norma que bajo el pretexto de modificar el reglamento está regulando una materia que solo concernía a la Ley, de modo tal que no se subordina a los alcances de la Ley, sino que la supera al punto de no ser subordinada jurídica de aquella, sino que en esencia la modifica; por otro lado, también se modificaron los artículos 8° y 9° del reglamento, siendo que estas normas instrumentalizan las ilegalidades antes mencionadas.
- viii.** Que, mediante la Disposición Complementaria Transitoria Única se establece un plazo de adecuación a las nuevas disposiciones; lo primero que llama la atención es la aceptación de un cambio sustancial en la normativa, y si este no fuese así, no tendría sentido otorgar un plazo de adecuación; esta medida de adecuación instrumentaliza la ilegalidad del Decreto Supremo N° 001-2022, siendo patente la incompatibilidad con los artículos 62° y 103° de la Constitución.
- ix.** Que, la norma es ilegal porque contraviene abiertamente el artículo 9° de la Ley N° 29158; la norma nunca fue llevada en consulta a las comisiones técnicas del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, desdeñando el diálogo social, tampoco ha considerado la opinión técnica de la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad del Ministerio de Economía y Finanzas y otros sectores.
- x.** Que, los propios funcionarios del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo reconocen que dicha norma no fue consultada con otros sectores,

ya demás también reconocen que la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N°1038 no contiene una distinción entre actividades “*nucleares*” y “*no nucleares*”; es una norma ilegal y al mismo tiempo es inconstitucional, vulnera el principio de jerarquía normativa.

La contestación de la demanda formulada por el **Procurador Público Especializado en Materia Constitucional**, cuyos fundamentos, en resumen, son los siguientes⁷:

- i.* Que, como se aprecia, la Ley N° 29245 no hace referencia alguna al concepto de “*actividad principal*” de la empresa que contrata con las empresas tercerizadoras, lo que fue incorporada posteriormente por el Reglamento; de otro lado, el 25 de junio del 2008 fue publicado el Decreto Legislativo N° 1038, que precisa sus alcances, respecto al plazo de adecuación, el ámbito de las obligaciones y las restricciones, la responsabilidades por la tercerización de los servicios y los derechos de repetición; tampoco en esta norma se hace referencia al concepto de “*actividad principal*”.
- ii.* Que, posteriormente el 12 de setiembre del 2008 se publicó el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, mediante la cual se aprobó el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, a través del cual se estableció un glosario de definiciones, buscando uniformizar las expresiones empleadas, el ámbito de la tercerización y los requisitos, los elementos propios de los servicios de tercerización, los supuestos de desnaturalización y la duración de los desplazamientos.
- iii.* Que, a través del reglamento en el artículo 2° se incorpora el término de “*actividad principal*”, no previsto en la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 para establecer aquellas prestaciones que pueden ser objeto de una tercerización.
- iv.* Que, la modificación del artículo 1° del reglamento sobre la definición de las actividades especializadas u obras, y la inclusión del concepto “*núcleo de negocio*”, se justifica en la necesidad de establecer una definición de dicho término, en el marco de lo establecido en la Ley N° 29245.

⁷ De fojas 805 a 812.

- v.** Que, atención al carácter demasiado general de la definición se estimó necesario realizar precisiones, a fin de evitar que los contratos de tercerización sean empleados de manera fraudulenta, afectando los derechos laborales de los trabajadores, como se indica en la respectiva exposición de motivos; la definición actualmente vigente sobre “*actividades especializadas u otras*” en concordancia con lo regulado en la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 determina las características que deben cumplir las actividades para poder tercerizar; la precisión de los conceptos antes referidos en el artículo 1° implicaba también la modificación de los artículos 2°, 5°, 8° y 9° del Reglamento.
- vi.** Que, de acuerdo a las normas vigentes, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo tiene competencia normativa para emitir el Decreto Supremo objeto del presente proceso.
- vii.** Que, en atención al carácter del proceso de acción popular, solo pueden proceder razones jurídicas que permitan evaluar en abstracto la compatibilidad de la norma impugnada con la Constitución y/o la Ley, por lo que el órgano jurisdiccional solo debe sustentar su pronunciamiento en razones jurídicas abstractas; correspondiendo que se tome en cuenta los alegatos especulativos y meras expresiones de disconformidad.
- viii.** Que, la parte demandante solo hace mención a la supuesta vulneración de diversas normas legales, pero no expresa razones o no las expresa con suficiente claridad sobre como las normas cuestionadas afectan dichas disposiciones.
- ix.** Que, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el expediente N° 013-2014-PI/TC sobre la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038; sin referirse expresamente a la realización de actividades del núcleo del negocio o principales de la empresa principal por parte de los trabajadores de la empresa tercerizadora, resolvió declarando infundada los alegatos, basándose en la empresa manifestación de la ley en que los derechos colectivos de los trabajadores no se restringen; diferenciando la situación jurídica en la

que se encuentran los trabajadores de la empresa tercerizadora y de la empresa principal.

Asimismo, deduce **la excepción de incompetencia por razón de la materia**, alegando en resumen, lo siguiente⁸:

- i.* Que, la norma impugnada regula un aspecto del derecho laboral, por lo que debe ser conocida una Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- ii.* Que, el nuevo Código Procesal Constitucional no ha modificado la Ley Orgánica del Poder Judicial y la nueva Ley Procesal de Trabajo en cuanto a la competencia de las Salas Laborales respecto a las demandas de acción popular.
- iii.* Que, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la nueva Ley Procesal de Trabajo establecen competencia de las Salas Laborales respecto a los procesos de acción popular en materia laboral.
- iv.* Que, conforme a la materia regulada en las disposiciones objeto de control en este proceso, así como los argumentos planteados por la parte demandante, se advierte que este proceso de acción popular versa sobre materia laboral; lo artículos citados de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Procesal de Trabajo establece que las competencias para conocer este proceso corresponden a las Salas Laborales.

D). -Expediente N°00756-2022-0-1801-SP-DC-03.

La demandada interpuesta por **Servicios de Agua Potable y Alcantarillado-SEDAPAL** que como fundamentos alega, en resumen, lo siguiente⁹:

- i.* Que, hace más de 10 años se promulgó la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038; estas normas habilitaron la tercerización de actividades de una empresa y fueron cuestionadas ante el Tribunal Constitucional porque permitían tercerizar actividades principales (y que, a la luz del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, incluirían también

⁸ De fojas 455 a 459.

⁹ De fojas 1366 a 1396.

a las actividades nucleares que son un subconjunto de las actividades principales), pero el órgano supremo de interpretación constitucional validó la constitucionalidad de la posibilidad de tercerizar todas las actividades principales.

- ii.** Que, el reglamento también fue cuestionado ante el Poder Judicial y este validó la constitucionalidad de tercerizar todas las actividades principales sin distinción; sin embargo, casi 15 años después, el 22 de febrero de 2022, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que modificó el Reglamento de las leyes de tercerización (Decreto Supremo N° 006-2008-TR) para ahora prohibir la tercerización de actividades principales que pertenezcan al “*núcleo el negocio*” (concepto incorporado) y para obligar a las empresas a modificar sus contratos vigentes.
- iii.** Que, los seis extremos del Decreto Supremo cuya nulidad solicitan contravienen expresamente las normas de rango legal, violando así los artículos 51° y 118.8° de la Constitución; los cuatro primeros, porque crean una restricción no prevista en las normas de rango legal prohibición de tercerizar actividades del “*núcleo del negocio*”; el quinto, porque establece una aplicación temporal en la desnaturalización de la tercerización distinta a la prevista en las normas de rango legal; y el sexto, porque establece una obligación de modificar los contratos que no se encuentran en norma de rango legal.
- iv.** Que, además de transgredir la potestad reglamentaria y el principio de jerarquía normativa, los seis extremos del Decreto Supremo cuya nulidad se solicita, también viola el principio de legalidad; esto por los mismos motivos.
- v.** Que, los extremos del Decreto Supremo N° 001-2022-TR que violan los principios de tipicidad, taxatividad y seguridad son los cuatro primeros extremos demandados, porque restringen derechos mediante un concepto abierto e impreciso prohíben la tercerización de actividades del “*núcleo del negocio*”, sin que se sepa o pueda predecir razonablemente en que consiste este concepto o como puede ser aplicado; y el sexto, porque establece una obligación de modificar los contratos que atenta contra la seguridad jurídica.

- vi.** Que, los extremos del Decreto Supremo N° 001-2022-TR vulneran el principio de proporcionalidad y razonabilidad, por cuanto la prohibición contenida en ellos, resulta completamente desproporcionada, dado que lo que pretende prevenir y las consecuencias que genera; deben anularse los extremos por crear restricciones desproporcionadas y por qué establece una obligación desproporcionada en modificar los contratos.

- vii.** Que, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR contraviene los artículos 2°, numeral 14 y 62° de la Constitución Política del Estado, que garantiza la libertad de contratación; los contratos sobre actividades correspondientes al núcleo del negocio tienen fines lícitos y no contravienen las leyes de orden público, más aun si los fines no solo son lícitos sino constitucionales, por cuanto el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema ya establecieron la constitucionalidad de tercerizar esas actividades; por otro lado, los términos contractuales no pueden ser modificados por Leyes u otras disposiciones de cualquier clase si se han pactado válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

- viii.** Que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR vulnera el artículo 59° de la Constitución Política del Estado, al prohibir la tercerización de actividades correspondientes al núcleo del negocio; genera una aplicación retroactiva de la desnaturalización y obligar a modificar los contratos vigentes; contraviene la garantía de la libertad de las empresas tercerizadoras en su dimensión de libertad de entrada y acceso al mercado y su dimensión de libertad de cese; asimismo, afectan la dimensión de libertad de organización de las empresas a las que impacta la norma infra legal.

- ix.** Que, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR vulnera el principio de no retroactividad; la modificación que se hace al último párrafo del artículo 5° y la modificación que se hace al segundo párrafo del artículo 9°; la nueva regulación modifica el momento desde el cual se entiende producida la desnaturalización, no desde que efectivamente ocurren, sino incluso desde antes que ocurra: desde el desplazamiento.

La contestación de la demanda formulada por el **Procurador Público Especializado en Materia Constitucional**, que como fundamentos alega, en resumen, lo siguiente¹⁰:

- i.** Que, como se aprecia, la Ley N° 29245 no hace referencia alguna al concepto de “*actividad principal*” de la empresa que contrata con las empresas tercerizadoras, lo que fue incorporada posteriormente por el Reglamento; de otro lado, el 25 de junio del 2008 fue publicado el Decreto Legislativo N° 1038, que precisa sus alcances, respecto al plazo de adecuación, el ámbito de las obligaciones y las restricciones, la responsabilidades por la tercerización de los servicios y los derechos e repetición; tampoco en esta norma se hace referencia al concepto de “*actividad principal*”.
- ii.** Que, posteriormente el 12 de setiembre del 2008 se publicó el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, mediante la cual se aprobó el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, a través del cual se estableció un glosario de definiciones, buscando uniformizar las expresiones empleadas, el ámbito de la tercerización y los requisitos, los elementos propios de los servicios de tercerización, los supuestos de desnaturalización y la duración de los desplazamientos.
- iii.** Que, a través del reglamento en el artículo 2° se incorpora el término de “*actividad principal*”, no previsto en la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 para establecer aquellas prestaciones que pueden ser objeto de una tercerización.
- iv.** Que, la modificación del artículo 1° del reglamento sobre la definición de las actividades especializadas u obras, ya la inclusión del concepto “*núcleo de negocio*”, se justifica en la necesidad de establecer una definición de dicho termino, en el marco de lo establecido en la Ley N° 29245; esta restringe la tercerización de manera general únicamente a “*actividades especializadas u obras*”.
- v.** Que, atención al carácter demasiado general de la definición se estimó necesario realizar precisiones, a fin de evitar que los contratos de tercerización sean empleados de manera fraudulenta, afectando los

¹⁰ De fojas 1473 a 1492.

derechos laborales de los trabajadores, como se indica en la respectiva exposición de motivos; la definición actualmente vigente sobre “*actividades especializadas u otras*” en concordancia con lo regulado en la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 determina las características que deben cumplir las actividades para poder tercerizar; la precisión de los conceptos antes referidos en el artículo 1 implicaba también la modificación de los artículos 2°, 5°, 8° y 9° del Reglamento.

- vi.** Que, de acuerdo a las normas vigentes, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo tiene competencia normativa para emitir el Decreto Supremo objeto del presente proceso.
- vii.** Que, en atención al carácter del proceso de acción popular, solo pueden proceder razones jurídicas que permitan evaluar en abstracto la compatibilidad de la norma impugnada con la Constitución y/o la Ley, por lo que órgano jurisdiccional solo debe sustentar su pronunciamiento en razones jurídicas abstractas; por lo que corresponde que se tome en cuenta los alegatos especulativos y meras expresiones de disconformidad.
- viii.** Que, la parte demandante solo hace mención a la supuesta vulneración de diversas normas legales, pero no expresa razones o no las expresa con suficiente claridad sobre como las normas cuestionadas afectan dichas disposiciones.
- ix.** Que, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el expediente N° 013-2014-PI/TC sobre la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038; sin referirse expresamente a la realización de actividades del núcleo del negocio o principales de la empresa principal por parte de los trabajadores de la empresa tercerizadora, resolvió declarando infundada los alegatos, basándose en la manifestación de la ley en que los derechos colectivos de los trabajadores no se restringen; diferenciando la situación jurídica en la que se encuentran los trabajadores de la empresa tercerizadora y de la empresa principal.
- x.** Que, la emisión del Decreto Supremo no vulnera el artículo IV de Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, ni el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS; la norma es clara al señalar que la

vigilancia y participación en la gestión de dicho poder del Estado conforme a los procedimientos establecidos; que a través del proceso de acción popular se objetan normas de rango infra legal de rango legal de carácter general por contravenir la Constitución y las normas de rango legal.

- xi.*** Que, los extremos impugnados del Decreto Supremo no vulneran los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica; cumple con establecer una regulación que va en la misma línea de lo establecido en las leyes sobre tercerización, es decir, bajo la diferenciación de actividades sobre las que se puede tercerizar, restringiéndolas únicamente a aquellas actividades especializadas.
- xii.*** Que, los extremos impugnados del Decreto Supremo no vulneran el principio de proporcionalidad y razonabilidad; no se supera el análisis del sub principio de idoneidad, pues la prohibición no se sustenta en ninguna evidencia, además, el demandante emplea argumentos especulativos como la presunta posición contundente del sector privado y público sobre la supuesta nula contribución del Decreto Supremo a ayudar a los trabajadores, asimismo se sostiene que no habría superado el análisis del subprincipio de necesidad, en la medida que la fiscalización sería una medida menos gravosa, y tampoco supera el análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto por no cumplirse con proteger los derechos laborales.
- xiii.*** Que, los extremos impugnados del Decreto Supremo no vulneran el derecho a la libertad de contratar; como cualquier otro derecho no es absoluto y debe ejercerse en concordancia con las normas de orden público; asimismo, si bien el artículo 62° de la Constitución precisa que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones ello no significa que puede ser modificado por voluntad de las partes; en tal sentido el extremo impugnado sobre el plazo de adecuación no deviene en inconstitucional o ilegal.
- xiv.*** Que, los extremos impugnados del Decreto Supremo no vulneran el derecho a la libertad de empresa; el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa garantizando a todas las personas una libertad de decisión no solo para crear empresas

(libertad de fundación) y por lo 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 empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones propias del mercado, así como la libertad de cesación o salida del mercado; el límite a la libre iniciativa privada está fijado por los intereses generales de la comunidad que se manifiestan en las normas que los tutelan.

xv. Que, los extremos impugnados del Decreto Supremo no vulneran el artículo 103° de la Constitución Política del Estado; los supuestos de desnaturalización contenidos en los incisos a) y b) del artículo 5° del Reglamento modificado están referidos al momento del desplazamiento del trabajador, lo cual es coherente que la desnaturalización se compute desde ese hecho; para los demás supuestos es de aplicación la salvedad contenida en el mismo artículo sobre la prueba en contrario.

xvi. Que, los extremos impugnados del Decreto Supremo no vulneran el numeral 8 del artículo 118°, ni el artículo 51° de la Constitución; en la práctica la violación de estos artículos se manifiestan en un proceso de acción popular cuando las normas impugnadas han sido identificadas como contrarias a algún artículo constitucional o disposición legal; a lo largo del escrito de contestación se ha desarrollado en forma completa los argumentos que permiten concluir que en la expedición de las normas cuestionadas no hubo vulneración de precepto constitucional alguno.

Asimismo, deduce **la excepción de incompetencia por razón de la materia**, alegando en resumen, lo siguiente¹¹:

i. Que, la norma impugnada regula un aspecto del derecho laboral, por lo que debe ser conocida una Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima.

ii. Que, el nuevo Código Procesal Constitucional no ha modificado la Ley Orgánica del Poder Judicial y la nueva Ley Procesal de Trabajo en

¹¹ De fojas 1409 a 1417.

cuanto a la competencia de las salas laborales respecto a las demandas de acción popular.

- iii.** Que, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la nueva Ley Procesal de Trabajo establecen competencia de las Salas Laborales respecto a los procesos de acción popular en materia laboral.
- iv.** Que, conforme a la materia regulada en las disposiciones objeto de control en este proceso, así como los argumentos planteados por la parte demandante, se advierte que este proceso de acción popular versa sobre materia laboral; los artículos citados de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Procesal de Trabajo establece que las competencias para conocer este proceso corresponden a las Salas Laborales.

II.-PARTE CONSIDERATIVA.

CONSIDERANDO:

El proceso constitucional de acción popular.

PRIMERO: Que, el artículo 200°, numeral 5, de la Constitución Política del Estado establece que: “**La 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**”. (Resaltado y subrayado es nuestro); por su parte, el artículo 74° del Código Procesal Constitucional, establece que: “**Los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución y, en su caso, de la ley, frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo (...)**” (Resaltado y subrayado es nuestro); y el artículo 75° acota 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.** Las demandas contra resoluciones o actos no normativos son objeto del proceso contencioso-administrativo. No implica sustracción de la materia, la derogación de la norma

objeto del proceso ni la convalidación posterior por norma con rango de ley” (Resaltado y subrayado es nuestro); es decir, la acción popular es uno de los procesos constitucionales orgánicos que hace control abstracto de constitucionalidad y legalidad de las normas de jerarquía infra legal, por infracciones que pueden ser directas o indirectas, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo. El vicio de forma comprende el incumplimiento de las exigencias y requisitos para la generación de los reglamentos y la violación de los límites formales y temporales de tales dispositivos; mientras los vicios de fondo, significan la vulneración del régimen constitucional y la transgresión de la jerarquía normativa de las disposiciones legales. Sin duda, desarrolla el principio de jerarquía de las normas jurídicas, consagrado en el artículo 51° de la Constitución Política del Estado¹².

SEGUNDO: Que, asimismo, el Colegiado considera pertinente recordar, que el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional¹³ consagra como fines esenciales de los procesos constitucionales el garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales y la primacía de la Constitución; en tal sentido, es innegable que el proceso constitucional de acción popular también tiene una finalidad mediata como es el de cesar la aplicación de las disposiciones denunciadas de inconstitucionales o ilegales; es decir, mediante este proceso constitucional también se busca impedir que estas disposiciones causen afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos de las personas; por tanto, al evaluarse la inconstitucionalidad o ilegalidad de una disposición, la valoración o consideraciones relacionales que pudieran hacerse entre esa disposición y la realidad en la que sea susceptible de aplicarse, **no tienen como propósito resolver un caso o un problema concreto, sino solamente la intención encontrar un canon valorativo (función de valoración) constitucional o legal.**

El Tribunal Constitucional reconoce esta dimensión subjetiva en los procesos constitucionales en el que se realiza un juicio de compatibilidad abstracta, similar a lo que sucede en el proceso constitucional de acción popular, cuando en la **STC N° 0020-2005-PI/TC**, de aplicación *mutatis mutandis*, señala que: “(...)No obstante, aun cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, es decir, un proceso en el que se realiza un juicio de compatibilidad abstracta entre 2 fuentes de distinta jerarquía...**también tiene una dimensión subjetiva, en la**

¹² El artículo 51° de la Constitución Política del Estado, establece que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la Ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”

¹³ El artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que: “Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa”

medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según establece el Artículo 11 del Título Preliminar del CPConst (...) En tal sentido, son constantes las ocasiones en las que el juez constitucional, a efectos de evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, debe ingresar en una aproximación clara e inequívoca con los supuestos concretos en los que éstas han sido o pueden ser aplicadas”. (Resaltado y subrayado es nuestro)

La disposición reglamentaria cuestionada.

TERCERO: Que, de la lectura conjunta de las demandas de acción popular interpuestas se verifica que los cuestionamientos se circunscriben al **artículo 2° y a la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR- Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización-**, en **los siguientes extremos:**

“Artículo 2. Modifícase los artículos **1, 2, 5...y 9** 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, cuyos textos quedan redactados de la siguiente manera:

“Artículo 1.- Definiciones

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

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

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

Núcleo del negocio. - El núcleo del negocio forma parte de la actividad principal de la empresa, pero, por sus particulares características, no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento.

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

1. El objeto social de la empresa.
2. Lo que la identifica a la empresa frente a sus clientes finales.

3. El elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades.

4. La actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes.

5. La actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos. (...)

“Artículo 2.- Ámbito de la tercerización

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

“Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

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 (...)

...desde el inicio el desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto al momento en”

“Artículo 9.- Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras

“...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 (...)

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

“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 adecuado 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”.

Respecto a las excepciones de incompetencia por la materia interpuestas.

CUARTO: Que, el **Procurador Público Especializado en Materia Constitucional**, frente a las demandas interpuestas ha formulado las excepciones de incompetencia por la materia, de cuyos argumentos expuestos, se deduce que el conocimiento del presente proceso constitucional de acción popular acumulado sería de competencia de una Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima.

QUINTO: Que, las excepciones son mecanismos procesales de defensa que sirven para cuestionar la relación jurídica procesal instaurada por carecer de presupuestos procesales o condiciones de la acción; es decir, siguiendo a TICONA POSTIGO, la excepción consiste en la denuncia que hace el emplazado indicando la invalidez de la relación jurídico procesal, por ausencia o deficiencia de uno o todos los elementos que la integran (capacidad procesal, juez competente, requisitos de la demanda) o la ausencia o deficiencia de uno de los requisitos de la acción (voluntad de la ley, interés y legitimidad para obrar), por los cuales el Juez no puede pronunciarse sobre el fondo¹⁴.

SEXTO: Que, por su parte, PRIORI POSADAS señala que: **“La competencia es la aptitud que tiene un juez para ejercer válidamente la función jurisdiccional. Esa aptitud está dada en función de determinados criterios conforme a los cuales se asigna competencia. Hay varias clasificaciones y denominaciones usadas en doctrina para distinguir estos criterios, nosotros hemos optado por una muy uniforme y que pretende simplificar la explicación de los mismos. Esos criterios son: materia, cuantía, grado, territorio y turno”**¹⁵; entonces, **la excepción de incompetencia** procede cuando el emplazado pretende cuestionar la relación jurídico procesal instaurada por haber sido realizado ante un Juez incompetente, ya sea por la materia, el grado, el territorio y la cuantía.

SETIMO: Que, el artículo 84° del Código Procesal Constitucional dispone que: **“La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Son competentes: 1) La Sala Constitucional de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción**

¹⁴ TICONA POSTIGO, Víctor. *Análisis y comentarios del código procesal civil*. Editorial Griley, 3era Edición, tomo I, Lima 1996, pág. 595.

¹⁵ PRIORI POSADA, Giovanni. *La competencia en el proceso civil peruano*. En *Derecho & Sociedad*, 2004, N° 22, Pág. 44

popular es de carácter regional o local; y si no existiese, la sala a cargo de los procesos civiles. 2) En los demás casos, la Sala Constitucional de la Corte Superior de Lima; y si no existiese, la sala a cargo de los procesos civiles”.(Resaltado y subrayado es nuestro); es decir, cuando se cuestionan disposiciones de carácter regional o local, será competente la Sala Constitucional de la Corte Superior al que pertenece el órgano emisor, o en su defecto, la Sala Civil correspondiente; y en los demás casos, infiriéndose que se tratan de disposiciones de carácter general, será competente la Sala Constitucional de la Corte Superior de Lima, o en su defecto, la Sala Civil correspondiente. En el presente caso, se cuestionan diversos extremos de una disposición reglamentaria de carácter general, como es el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, por lo que esta Sala Constitucional resulta competente para dilucidar la presente controversia.

OCTAVO: Que, de igual modo, el referido Procurador Público como sustento de su alegación pretende la aplicación del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Procesal de Trabajo; sin embargo, como es evidente, el artículo 84° del Código Procesal Constitucional es perfectamente claro cuando fija la competencia y prima sobre aquellas disposiciones no solamente por un criterio de temporalidad, sino también por especialidad; tanto más, si se tiene en cuenta que la razón que subyace al criterio de la competencia por materia es lograr la especialización de los órganos jurisdiccionales; por lo que sin mayor argumentación que acotar, las excepciones de incompetencia por la materia interpuestas resultan desestimables.

Las disposiciones legales, derechos y principios constitucionales que se habrían vulnerado.

NOVENO: Que, de igual forma, de la lectura conjunta de las demandas de acción popular interpuestas, se aprecia que los demandantes alegan que con la emisión **del Decreto Supremo N° 001-2022-TR**, en los extremos cuestionados, se habrían vulnerado las siguientes disposiciones legales, derechos y principios constitucionales¹⁶:

- **Las exigencias formales para la emisión de las disposiciones reglamentarias** (artículo IV Título Preliminar Ley N° 29158; Decreto Supremo N° 001-2009-JUS)¹⁷.

¹⁶ Las disposiciones legales, derechos y principios constitucionales se reseñan en este orden con la finalidad de ofrecer una mayor claridad en el desarrollo argumentativo de la controversia.

¹⁷ Conforme a lo invocado por los demandantes Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas y otros, y por la demandante SEDAPAL

- **El derecho Constitucional al trabajo** (artículo 22° de la Constitución Política del Estado)¹⁸.
- **El principio constitucional de jerarquía normativa** (artículo 51° de la Constitución Política del Estado)¹⁹.
- **La potestad constitucional del Presidente de la Republica²⁰ para reglamentar las leyes** (artículo 118°, numeral 8 de la Constitución Política del Estado)²¹.
- **El principio constitucional de legalidad** (artículo 2°, numeral 24, inciso a) de la Constitución Política del Estado)²².
- **El principio constitucional de tipicidad y seguridad jurídica** (artículo 2°, numeral 24, inciso d) de la Constitución Política del Estado)²³.
- **El derecho constitucional a la libertad de empresa** (artículo 59° de la Constitución Política del Estado)²⁴.
- **El derecho constitucional a la libertad de contratar** (artículos 2°, numeral 14, y 62° de la Constitución Política del Estado)²⁵.
- **El principio constitucional de no retroactividad** (artículo 103° de la Constitución Política del Estado)²⁶.
- El principio constitucional de **proporcionalidad**²⁷.

¹⁸ Conforme a lo invocado por el demandante Mauricio Valdez Villalobos.

¹⁹ Conforme a lo invocado por el demandante Mauricio Valdez Villalobos, y por los demandantes Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas y otros,

²⁰ Si bien en la demanda se hace referencia al “Poder Ejecutivo”; por una cuestión de especificidad en la denominación y conforme a la propia disposición constitucional, se toma el término de Presidente de la Republica.

²¹ Conforme a lo invocado por los demandantes Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas y otros.

²² Conforme a lo invocado por los demandantes Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas y otros, y por la demandante SEDAPAL.

²³ Conforme a lo invocado por los demandantes Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas y otros y por la demandante SEDAPAL.

²⁴ Conforme a lo invocado por el demandante Mauricio Valdez Villalobos, | por los demandantes Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas y otros, por la demandante SEDAPAL y por la demandante Asociación Civil por la Integridad.

²⁵ Conforme a lo invocado por el demandante Mauricio Valdez Villalobos, por los demandantes Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas y otros, y por la demandante SEDAPAL.

²⁶ Conforme a lo invocado por los demandantes Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas y otros, y por la demandante SEDAPAL.

²⁷ Conforme a lo invocado por los demandantes Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas y otros, por la demandante SEDAPAL y por la demandante Asociación Civil por la Integridad.

Las exigencias formales para la emisión de las disposiciones reglamentarias.

DECIMO: Que, el artículo IV del Título Preliminar de la **Ley N° 29158-Ley Orgánica del Poder Ejecutivo**- establece: **“Principio de participación y transparencia. Las personas tienen derecho a vigilar y participar en la gestión del Poder Ejecutivo, conforme a los procedimientos establecidos por la ley.** Para ello, las entidades del Poder Ejecutivo actúan de manera que las personas tengan acceso a información, conforme a ley”; por su parte, el artículo 4° del **Decreto Supremo N° 001-2009-JUS-Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General**- dispone: **“Difusión de los proyectos de normas legales de carácter general 1.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2, las entidades públicas dispondrán la publicación de los proyectos de normas de carácter general que sean de su competencia en el Diario Oficial El Peruano, en sus Portales Electrónicos o mediante cualquier otro medio, en un plazo no menor de treinta (30) días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales.** Dichas entidades permitirán que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas.

2.- La publicación de los proyectos de normas de carácter general deben incluir: 2.1. Referencia a la entidad pública bajo la cual se propone el proyecto de norma; 2.2. El documento que contiene el proyecto de norma y la exposición de motivos, así como una descripción de los temas que involucra; 2.3. Plazo para la recepción de los comentarios; 2.4. Persona dentro de la entidad pública encargada de recibir los comentarios. 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 pre publicación de la norma es impracticable, innecesaria o contraria a la seguridad o al interés público” (Resaltado y subrayado es nuestro). La participación y transparencia constituyen dos elementos estrechamente vinculados que posibilitan el control de la actuación del Estado; por lo que siendo necesario un desarrollo de estos principios, se emitió la mencionada disposición reglamentaria para regular en forma amplia y general la pre publicación de los proyectos, ya sea mediante el diario oficial o por cualquier otro medio.

El derecho constitucional al trabajo.

DECIMO PRIMERO: Que, el artículo 22° de la Constitución Política del Estado señala que: “El trabajo **es un deber y un derecho**. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”; es decir, por este derecho fundamental se impone al Estado una actuación de brindar y garantizar las condiciones mínimas para que las personas puedan trabajar; o como señala TOYAMA MIYAGUSUKU: “el contenido esencial del derecho al trabajo tiene dos aristas : **Una general, como principio general que importa la aplicación de herramientas y mecanismos de protección a favor del trabajador, esto es el principio protector como pauta de actuación del Estado, y otra concreta y específica que se expresa en las manifestaciones o etapas del desarrollo de la relación laboral**(contratación, promoción, extinción; etc.”²⁸; de igual modo, el Tribunal Constitucional en la **STC N° 0263-2012-PA/TC** ha explicado que: “El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. **Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa**”. (Resaltado y subrayado es nuestro).

El principio constitucional de jerarquía normativa.

DECIMO SEGUNDO: Que, el artículo 51° de la Constitución Política del Estado dispone que: “La Constitución **prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía,** y así sucesivamente (,,,)” (Resaltado y subrayado es nuestro); al respecto cabe indicar, que el ordenamiento jurídico es un sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se encuentran interconectadas por normas que se fundan en otras o son consecuencias de ellas, de esta manera la Constitución termina

²⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Deber y derecho al trabajo*. En: La Constitución comentada, análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica, Lima, 2015, tomo I, pag.724.

convirtiéndose en el fundamento de validez del mismo. Así, las normas jurídicas se ordenan jerárquicamente, de forma tal que las de inferior rango no pueden contravenir a las superiores; actúa entre la Constitución y las normas primarias (Ley o normas con fuerza de ley) y entre la Ley y las normas con fuerza de ley y las normas secundarias (Reglamentos). A su vez, las normas que poseen el mismo rango poseen la misma fuerza normativa y en caso de contradicción insalvable prevalece la posterior, ya que se entenderá que ha derogado a la anterior; como bien acota GARCIA TOMA: “...el principio de jerarquía implica la determinación de una norma de la validez de otra, de ahí que la categorización o escalonamiento jerárquico se presente como el único modo posible de organizar eficazmente el poder normativo del Estado. El principio de jerarquía opera en los ámbitos de la creación de normas; la abrogación o derogación de normas, y la aplicación de las normas”²⁹(Resaltado y subrayado es nuestro); en este sentido, el Tribunal Constitucional en la **STC N° 0005-2006-AI/TC** también ha dejado sentado claramente que: “El principio de jerarquía implica el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto de normas jurídicas. Una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquella. Con referencia a este principio, el artículo 51° de la Constitución dispone que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”. (Resaltado y subrayado es nuestro).

La potestad constitucional del Presidente de la Republica para reglamentar las leyes.

DECIMO TERCERO: Que, el artículo 118° de la Constitución Política del Estado, dispone que: “Corresponde al Presidente de la Republica (...) 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones” (Resaltado y subrayado es nuestro); es decir, el Presidente de la Republica, en su calidad de Jefe de Estado y de Gobierno, puede establecer las normas de desarrollo o complementarias que hagan posible la aplicación o cumplimiento de las leyes u otras disposiciones con este rango normativo, claro está sin transgredirla o desnaturalizarlas. Sucede a menudo que la ley se limita a los básico y medular de la materia que se quiere regular, dejando al Poder Ejecutivo la facultad de delimitar los alcances de ese marco general, los que son llamados reglamentos *secundum legem*, de ejecución,

²⁹ GARCIA TOMA, Víctor. *La constitución y la estructura jerárquica de las normas del sistema jurídico nacional*. En: Revista Avocatus, ADV Editores, Lima 2015, N° 31, pág. 286.

o reglamentos ejecutivos de las leyes; así también RUBIO CORREA lo corrobora, cuando señala que: **“La potestad de reglamentar las leyes corresponde a la función ejecutiva y tiene por finalidad dictar normas complementarias de detalle que permitan que las leyes (cuyos mandatos son genéricos puedan ser llevados a la práctica. Sin embargo, al reglamentar no se puede transgredirlas ni desnaturalizarlas. Si así ocurriera, los reglamentos no podrían primar sobre la Ley porque son normas de inferior categoría que aquellas...”**³⁰ (Resaltado y subrayado es nuestro); y esta materia tampoco ha sido ajena para el Tribunal, Constitucional, por cuanto **en la STC N°0001-0003-2003-PI/TC (acumulados)** ha dejado establecido que: **“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, mas 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”** (Resaltado y subrayado es nuestro).

El principio constitucional de legalidad.

DECIMO CUARTO: Que, el artículo 2° de la Constitución Política del Estado, establece que: *“Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. **Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe** (...)”* (Resaltado y subrayado es nuestro); de lo que se puede inferir, el principio de legalidad o primacía de la ley constituye un principio fundamental del derecho público, el cual tiene como contenido básico el sometimiento del poder público a la voluntad de la ley; es más, el Tribunal Constitucional en la **STC N° 2302-2003-PA/TC** ha precisado que: *“... que el principio de legalidad, en sentido general, **se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio** y cuya observancia se halla*

³⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la constitución del 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, pág. 299.

sometida a un control de legitimidad por jueces independientes(...); además, siguiendo a MORON URBINA, se tiene que el principio de legalidad se desdobra en tres elementos esenciales e indisolubles; como la legalidad formal que exige el sometimiento al procedimiento y las formas; la legalidad sustantiva, respecto al contenido de las materias que le son atribuidas, constitutivas de sus propios límites de actuación; y la legalidad teológica, que obliga al cumplimiento de los fines que el legislador estableció³¹; sin embargo, debe tenerse en cuenta, que la vigencia de este principio no significa meramente el cumplimiento de una disposición legal, sino también, y esencialmente, su compatibilidad y respeto a los principios y valores que la Constitución Política, ya que en caso, contrario se vulneraría el principio de la supremacía de esta norma fundamental, así como su fuerza normativa, y en esto también ha sido claro el Tribunal Constitucional en la sentencia antes referida cuando señala que: “...la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la administración pública **implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38.º, 51.º y 201.º de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático**” (Resaltado y subrayado es nuestro).

El principio constitucional de tipicidad o taxatividad.

DECIMO QUINTO: Que, el artículo 2º de la Constitución Política del Estado, establece que: “Toda persona tiene derecho: (...) **24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...)d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley**” (Resaltado y subrayado es nuestro). El principio de tipicidad o taxatividad exige que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la Ley, es decir, establecidas en forma “*expresa e inequívoca*” (*lex certa*); como indica NIETO GARCIA: “No basta tampoco por otra parte, con lo que la Ley aluda simplemente a una infracción ya que el tipo ha de ser suficiente, **es decir, que ha de contener una descripción de sus elementos esenciales; y si tal sucede se produce una segunda modalidad de incumplimiento del**”

³¹ MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo*. Gaceta Jurídica, Lima 2018, tomo I, pag.74.

mandato de la tipificación: la insuficiencia³² (Resaltado y subrayado es nuestro); así de esta manera el Tribunal Constitucional en la **STC N° 2192-2004-PA/TC**, aplicando *mutatis mutandis*, ha precisado, que: **“El su principio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”** (Resaltado y subrayado es nuestro). En la legislación nacional como en el Jurisprudencia Constitucional, tanto el principio de legalidad y el principio de tipicidad o taxatividad han sido tratados como principios independientes, lo que no impide que puedan operar de consuno, **pero permite que ambos puedan distanciarse hasta el nivel que incluso las descripciones de las conductas prohibidas pueden estar en normas reglamentarias, en la medida que sea necesaria para satisfacer los intereses públicos**; claro está, sin que esto signifique perjuicio de las personas, no se ponga en riesgo la posibilidad de conocer con antelación los comportamientos proscritos y predecir las consecuencias.

El principio constitucional de la seguridad jurídica.

DECIMO SEXTO: Que, de lo explicado anteriormente, sin duda, emerge y se concretiza un valor fundamental como es el principio constitucional de la seguridad jurídica que hace referencia al grado de previsibilidad o predictibilidad en las normas y su aplicación (no exige una completa certeza jurídica)³³; **presta una función de garantía a los ciudadanos, ya que permite, si no eliminar, si restringir el ámbito de discrecionalidad de la autoridad judicial; logra que el ciudadano sepa a qué atenerse, ya sea cuando comete un hecho como**

³² NIETO GARCIA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Tecnos, Madrid, 2005, pág., 304.

³³ El Tribunal Constitucional lo explica en la **STC N° 00016-2002-AI/TC** de la siguiente manera: “Así pues, como se ha dicho, 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 2º, inciso 24, párrafo 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 2º, inciso 24, párrafo 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 139º, 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”).

cuando lo omite y sepa las consecuencias; y como señala GARCIA MAYNEZ, la seguridad jurídica tiene un doble aspecto: de orientación y de realización de confianza en el orden, es decir: *“De seguridad de orientación o certeza del orden **solo puede hablarse cuando los destinatarios de las normas de un sistema jurídico tienen un conocimiento adecuado de los contenidos de tales normas y, por ende, están en condiciones de orientar su conducta de acuerdo con ellas**”*³⁴(Resaltado y subrayado es nuestro); sin embargo, también se debe precisar, que con este principio no se pretende tutelar cualquier decisión, aunque sea ilegal, sino como precisa el Tribunal Constitucional en la **STC N° 00016-2002-AI/TC: “ El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho(...)**El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, **sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu qua, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal”** (Resaltado y subrayado es nuestro).

El derecho constitucional a la libertad de empresa.

DECIMO SETIMO: Que, el artículo 59° de la Constitución Política del Estado dispone, que: *“**El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública.** El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”* (Resaltado y subrayado es nuestro). La libertad de empresa constituye un derecho económico que protege la autodeterminación de las personas naturales y jurídicas para desarrollar cualquier actividad empresarial, eligiendo el sector y la forma como se realizará, así como el acceso al mercado sin restricciones y con plenas oportunidades de tener provecho económico en beneficio propio y de su entorno, así como de la sociedad; en este sentido, LANDA ARROYO sostiene que; *“**La Libertad de empresa como derecho***

³⁴ Citado por URQUIZO OLAECHEA, Jose. *Principio de legalidad en derecho penal*. En: La Constitución comentada, análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica, Lima, 2015, tomo I, pag.415.

subjetivo supone la protección de la autodeterminación de la propia per de emprender un negocio y desarrollarlo bajo alguna de las formas empresariales previstas en el ordenamiento jurídico nacional (...), también tiene una dimensión institucional, pues constituye un principio que sustenta el modelo de economía social del mercado. Sin el reconocimiento de la libertad de empresa, nuestro modelo económico no sería posible (...) De igual manera le corresponde al Estado un entorno institucional que regule la salida ordenada de las empresas del mercado cuando estas ya no sean sostenibles...”³⁵ (Resaltado y subrayado es nuestro); de igual forma, el Tribunal Constitucional en la **STC N° 1405-2010-PA/TC** ha precisado que: **“En este contexto, la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58° y 59° de la Constitución.**

14. Para ello, el Estado debe remover los obstáculos que impidan o restrinjan el libre acceso a los mercados de bienes y servicios, así como toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir o falsear la libre competencia, para lo cual debe formular y establecer todos los mecanismos jurídicos necesarios a fin de salvaguardar la libre competencia (...) **15. De este modo, 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”.** (Resaltado y subrayado es nuestro); pero como también se indica, el ejercicio de este derecho tiene límites, en el sentido que no debe ser lesivo de la moral, la salud ni la seguridad pública, precisándose más bien, que en general no debe ser lesivo a cualquier principio o derecho fundamental.

El derecho constitucional a la libertad de contratación.

DECIMO OCTAVO: Que, el artículo 2° de la Constitución Política del Estado, establece que: **“Toda persona tiene derecho: (...) 14. A contratar con fines**

³⁵ LANDA ARROYO, Cesar. *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2020, pag.129.

lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público” (Resaltado y subrayado es nuestro y por su parte el artículo 62° 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.** Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley” (Resaltado y subrayado es nuestro); es decir, se consagra el derecho a la libertad de contratación, que desde una perspectiva general, consiste en el acuerdo de voluntades de entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial; claro está, sobre bienes o intereses que tengan una apreciación económica, fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público; así, también se debe considerar, que esta libertad de contratación está compuesta por 02 libertades: la de contratar y la contractual; respecto a la primera, consiste en la facultad que tiene toda persona de celebrar o no un contrato, y si finalmente decide contratar, determinar con quien contrata; mientras la segunda, consiste en la libertad de determinar el contenido del contrato (tipo de contrato, forma de contrato, jurisdicción para resolver los conflictos, el objeto de contrato; y demás cláusulas); incluso todo esto ha sido corroborado por el Tribunal Constitucional en la **STC N° 2175-2011-PA/TC**, en la que haciendo eco de su reiterada jurisprudencia, ha precisado que: “Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de destacar que el derecho a la libre contratación, reconocido en los artículos 2°, inciso 14), y 62° de la Constitución, **se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, el que, a su vez, tiene un doble contenido: “a. Libertad de contratar**, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y **b. Libertad contractual**—que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la constitución (cfr. STC 01405-2010-PA/TC, fundamento 12)—, también conocida como **libertad de configuración interna**, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato” [SSTC 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados), fundamento 52; STC 2185-2002-AA/TC, fundamento 2]. Desde esta perspectiva, según este Tribunal, **“el derecho a la libre contratación 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 posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público". (Resaltado y subrayado es nuestro). Ahora, es cierto que de la lectura de la segunda parte del artículo 62° se podría desprender la intangibilidad absoluta de los contratos, pero resulta que esta disposición debe ser leída e interpretada sistemáticamente con el referido artículo 2°, numeral 14, en el sentido que el derecho a la contratación no es ilimitado, caso contrario existiría una evidente contradicción, no siendo el supuesto de los denominados contratos Ley; claro está, que este derecho igual que otros, no es absoluto, ya que sumadas a las tradicionales y consabidas limitaciones relacionadas a la moral y orden público, se tienen restricciones más específicas sustentadas en motivos de convivencia social y económica, que definitivamente buscan un equilibrio entre los actores del mercado; y que según GUTIERREZ CAMACHO se encuentra justificado en: "... **la necesaria coexistencia de distintos principios constitucionales que recogen valores que la sociedad considera preservar para la existencia de un equilibrio social** (...) Si, como es previsible ambos principios colisionan, mediante una interpretación sistemática de nuestro máximo texto legal deberá decidirse cuál de ellos primará en el caso particular que se presente, **lo que de ninguna manera significaría una descalificación o eliminación del principio dejado de lado**".³⁶(Resaltado y subrayado es nuestro); incluso el Tribunal Constitucional en la **STC N° 2670-2002-PA/TC** ha precisado que: "(...) **d) si bien el artículo 62° de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2°, inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Por consiguiente, y a despecho de lo que pueda suponer una conclusión apresurada, es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos (...)**" (Resaltado y subrayado es nuestro).

El principio constitucional de irretroactividad.

³⁶ GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *Libertad de contratar*. En: *La constitución comentada*. Gaceta Jurídica, Lima 2015, Tomo I, pág. 267

DECIMO NOVENO: Que, el artículo 103° de la Constitución Política del Estado, dispone, 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 ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.** La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad” (Resaltado y subrayado es nuestro); según esta disposición, la nueva ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas que nacen y se agotan en el transcurso de su vigencia; que se crean bajo el imperio de la ley anterior, pero que se sigue desarrollando después de su entrada en vigor; y la ley no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo; como ilustra JIMENEZ ALEMAN: “Esta versión del artículo 103° de la Constitución, en lo referente a aplicación de normas generales en el tiempo, recogida en la Ley N° 28389, Ley de modificación constitucional, **establece los siguientes contenidos: (i) Desde que la ley entra en vigencia se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; (ii) La ley no tiene fuerza ni efectos retroactivos salvo en materia penal, cuando favorece el reo. Para efectos de interpretar correctamente este artículo, corresponde definir tres conceptos que subyacen a la norma precitada: (i) situaciones jurídicas; (ii) relación jurídica; y, (iii) diferenciar el momento en que se constituye una relación o situación jurídica del momento en que simplemente se declara su existencia.** (...) Diferenciar el momento en que se constituye una relación o situación jurídica del momento en que simplemente se declara su existencia es un ejercicio que tiene grandes implicancias en la esfera jurídica de las personas. **En muchas ocasiones se confunde el momento en que se declara la situación o relación jurídica, respecto del momento en que se constituye, por lo cual el operador siempre debe analizar el alcance normativo de las situaciones o relaciones jurídicas, así como la naturaleza del pronunciamiento de la entidad administrativa o juez**”³⁷ (Resaltado y subrayado es nuestro); lo que incluso ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional en la **STC N° 0008-2008-PI/TC** cuando precisa que: “ **...este Tribunal ha pronunciado en reiterada jurisprudencia que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, estableciendo que “(...) nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las**

³⁷ JIMENEZ ALEMAN, José Alonzo. *Reflexiones teórico prácticas en torno a la aplicación de la norma jurídica en el tiempo en el ámbito del derecho administrativo*. En: Derecho & Sociedad, Lima 2020, N° 54, pág. 361-362.

consecuencias y situaciones jurídicas existentes’ (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2). Por tanto, para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse la teoría de los hechos cumplidos y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas (...). (Resaltado y subrayado es nuestro).

El principio constitucional de proporcionalidad.

VIGESIMO: Que, el principio de proporcionalidad constituye un principio general del derecho aplicable a cualquier ámbito y que sirve para analizar cualquier intervención o restricción de un atributo subjetivo de una persona, siendo exigible no solamente al legislador sino también a todos los poderes públicos; sin duda está estrechamente ligado al valor justicia y está en el núcleo mismo del Estado Constitucional de Derecho; como señala BURGA CORONEL, haciendo referencia a lo glosado por el Tribunal Constitucional en la **STC N° 1803-2004-AA/TC** y la **STC N° 0050-2004-AI/TC**, que: “**Se expresa como un mecanismo de control a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales**, y exige que los criterios que se tomen respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias; **constituyéndose de esta manera en un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos en el uso de sus facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, responde a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias; constituyéndose de esta manera en un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando afectan el ejercicio de los derechos fundamentales**”³⁸

(Resaltado y subrayado es nuestro); de esta forma el Tribunal Constitucional acepta esta técnica de ponderación, partiendo de la premisa de la existencia de conflictos entre derechos o principios fundamentales, siendo necesaria su aplicación a fin de establecer cuál es el que predomina en cada caso concreto; siendo que por la doctrina y las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, el análisis de ese principio incluye, a su vez, tres sub principios: idoneidad o adecuación, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. A manera de ilustración, es necesario explicar que el sub principio de idoneidad o adecuación permite verificar si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; una relación de

³⁸ BURGA CORONEL, Angélica María. *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano*. En: Gaceta Constitucional N° 47, pág. 253-267. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/\\$FILE/Burga_Coronel.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/$FILE/Burga_Coronel.pdf).

causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención y el fin propuesto; es decir, de un lado, que ese objetivo sea legítimo o compatible con la Constitución, y de otro, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar. El sub principio de la necesidad consiste en el análisis de que si existen medios alternativos al adoptado que no sean gravosos, o al menos que lo sean en menor medida respecto al medio utilizado; es decir, se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin; por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos. El sub principio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, consiste en el análisis para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental; es decir, cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un derecho, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Entonces, si en el análisis se superan estos sub principios, que son preclusivos, se concluirá en la constitucionalidad de las disposiciones o medidas cuestionadas; caso contrario, se concluirá en la inconstitucionalidad de las mismas.

Antecedentes de la disposición reglamentaria cuestionada.

VIGESIMO PRIMERO: Que, previamente, y de acuerdo a los cuestionamientos formulados por los demandantes, es conveniente indicar como antecedentes, que mediante la **Ley N° 29245**³⁹-*Ley que regula los servicios de tercerización*- se regularon los servicios de tercerización (requisitos, derechos, obligaciones, desnaturalización etc.); posteriormente, mediante el **Decreto Legislativo N° 1038**⁴⁰- *Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización*, se precisaron algunos alcances de la Ley; y que mediante el **Decreto Supremo N° 006-2008-TR**⁴¹-, se aprobó el reglamento de ambas normas.

³⁹ Publicado en el Diario Oficial el 24 de junio del 2008.

⁴⁰ Publicado en el Diario Oficial el 25 de junio del 2008.

⁴¹ Publicado en el Diario Oficial el 19 de setiembre del 2008.

Las modificaciones e incorporaciones realizadas por la disposición reglamentaria cuestionada con relación al Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

VIGESIMO SEGUNDO: Que, de igual modo, el Colegiado, para una mejor comprensión del contexto reglamentario, considera necesario efectuar una reseña comparativa de las modificaciones e incorporaciones realizadas por el **Decreto Supremo N° 001-2022-TR con relación al anterior Decreto Supremo N° 006-2008-TR⁴²:**

A). -Decreto Supremo N°006-2008-TR.

“Artículo 1°: Definiciones

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

Actividades especializadas u obras. - *Servicios u obras prestados en un contexto de tercerización, cuya ejecución no supone la simple provisión de personal”.*

Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

“Artículo 1.- Definiciones

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

*Actividades especializadas u obras. - **Son actividades especializadas aquellas actividades vinculadas a la actividad principal de la empresa principal, que exigen un nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados. Se entiende por obra la ejecución de un encargo concreto vinculado a la actividad principal de la empresa principal, debidamente especificado en el contrato civil suscrito entre la empresa principal y la empresa tercerizadora. Las actividades especializadas u obras, en el marco de la tercerización, no pueden tener por objeto el núcleo del negocio. (...)***

Núcleo del negocio.- El núcleo del negocio forma parte de la actividad principal de la empresa pero, por sus particulares características, no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento.

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

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

⁴² Claro está, en lo que atañe a los extremos de la disposición reglamentaria cuestionada.

(...)" (Lo resaltado es lo modificado y/o incorporado, y materia de cuestionamiento).

B).- Decreto Supremo N°006-2008-TR.

“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. 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.

Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

“Artículo 2.- Ámbito de la tercerización.

El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan actividades especializadas u obras, que forman parte de su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.

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

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

No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio. (Lo resaltado es lo modificado y/o incorporado, y materia de cuestionamiento).

C).- Decreto Supremo N°006-2008-TR.

“Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

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.*

b) *Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.*

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.*

La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma.

Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

“Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

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.*

*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.**”(Lo resaltado es lo modificado y/o incorporado, y materia de cuestionamiento).*

D).- Decreto Supremo N°006-2008-TR.

“Artículo 9.- Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras.

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.

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.

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.

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”.

Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

“Artículo 9.- Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras

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.

*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.*

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.

En caso de cancelación del registro, las empresas principales disponen de un plazo de treinta días calendario a fin de efectuar la adecuación correspondiente”. (Lo resaltado es lo modificado y/o incorporado, y es materia de cuestionamiento).

E).- Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

“DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

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 adecuado 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”. (Todo lo resaltado fue lo modificado y/o incorporado, y es materia de cuestionamiento).

La externalización de servicios: Intermediación laboral y tercerización laboral.

VIGESIMO TERCERO: Que, la **externalización de servicios** es una estrategia empresarial que consiste en subcontratar determinadas actividades dentro de una organización para que sea un tercero quien se encargue de las mismas; generalmente se invoca como beneficios, entre otros, el acceso a recursos empresariales y a una experiencia con la que no se cuenta; adaptarse a nuevas situaciones; reducir costos; aportar un mayor valor al negocio o la organización y mejorar el servicio prestado; tener un valioso socio estratégico; cubrir temporalmente una necesidad de servicio; etc. Este proceso de externalización puede ser de mano de obra (intermediación laboral) o de un servicio integral (tercerización u *outsourcing*).

VIGESIMO CUARTO: Que, la **intermediación laboral** es una figura en la que una empresa llamada usuaria contrata a otra empresa (la intermediadora) para que destaque a un trabajador con la finalidad exclusiva de que preste servicios

temporales, complementarios o de alta especialización; para tal efecto, la entidad intermediadora (que es la empleadora del trabajador destacado) y la empresa usuaria suscriben un contrato de naturaleza civil denominado locación de servicios, no importando dicho destaque que exista un vínculo laboral con la empresa usuaria; y que el Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo ha definido a este tipo de subcontratación laboral como el destaque o cesión de mano de obra por parte de una entidad intermediadora hacia una empresa usuaria, existiendo un vínculo laboral entre la entidad intermediadora y el personal destacado⁴³. En este sentido, resulta pertinente destacar, lo que dispone **la Ley N° 27626- Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores-** como en el **artículo 2°** que: **“La intermediación laboral sólo podrá prestarse por empresas de servicios constituidas como personas jurídicas de acuerdo a la Ley General de Sociedades o como Cooperativas conforme a la Ley General de Cooperativas, y tendrá como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral”**.(Resaltado y subrayado es nuestro); y en el **artículo 3°**, que: **“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”**. (Resaltado y subrayado es nuestro).

VIGESIMO QUINTO: Que, la **tercerización laboral** es una forma de organización por la que una empresa denominada "*principal*" encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal (proceso productivo) a una o más empresas denominadas tercerizadoras, contratistas o subcontratistas⁴⁴, quienes asumen los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuentan con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación; y constituyendo elementos característicos, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio; no admitiéndose en ningún caso la sola provisión de personal. Así, la **Ley N° 29245** en el artículo 2° dispone 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**

⁴³ Todas estas definiciones y consideraciones tomados de los fundamentos 3 al 5 de la STC N° 0013-2014-PI/TC-Caso "*Ley de servicios de tercerización*".

⁴⁴ Tomado del fundamento 10 de la STC N° 0013-2014-PI/TC-Caso "*Ley de servicios de tercerización*".

y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. **En ningún caso se admite la sola provisión de personal.** La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores”. (Resaltado y subrayado es nuestro); en el **artículo 3°** señala 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”.** (Resaltado y subrayado es nuestro); y el **artículo 4°** establece que: **“Los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora realiza el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, en el cual debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza”.** (Resaltado y subrayado es nuestro). En resumidas cuentas, es evidente que en la figura de la tercerización existe una descentralización, diferenciándose de la intermediación laboral en que el poder de dirección y la subordinación de los trabajadores solo se encuentra a cargo de la empresa tercerizadora, más no de la empresa principal.

Respecto al incumplimiento de las exigencias formales para la emisión de las disposiciones reglamentarias.

VIGESIMO SEXTO: Que, se alega en síntesis, que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR- en adelante denominada como la disposición reglamentaria cuestionada, no habría cumplido con las exigencias formales para su emisión previstas en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 29158-*Ley Orgánica del Poder Ejecutivo*- y el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS- *Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general*. En el referido artículo IV del Título Preliminar se consigna el principio de participación y transparencia, mediante el cual las personas tienen derecho a vigilar y participar en la gestión del Poder

Ejecutivo, garantizándose el acceso a la información; **pero como también se alega en la demanda, resulta que este principio se encuentra concretizado en ese reglamento, por lo que debió haberse pre publicado el proyecto de la disposición reglamentaria cuestionada.**

VIGESIMO SETIMO: Que, como se desprende de lo explicado líneas arriba, mediante el proceso constitucional de acción popular se realiza el control abstracto 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;** por lo tanto, en este extremo, los cuestionamientos formulados al circunscribirse principalmente a la vulneración de otra disposición reglamentaria (Decreto Supremo N° 001-2009-JUS), no corresponde que mediante el presente proceso constitucional se realice el control formal que se pretende; por lo que debe desestimarse dicho extremo, dejándose a salvo el derecho de los demandantes para que lo hagan valer en el modo y forma correspondiente.

Respecto a la vulneración del derecho constitucional al trabajo.

VIGESIMO OCTAVO: Que, se alega, en síntesis, que la disposición reglamentaria cuestionada, en todos los extremos antes precisados⁴⁵, vulneraría el derecho constitucional trabajo. Como se explicó líneas arriba, una de las manifestaciones del derecho constitucional al trabajo es el de garantizar a las personas el acceso a un puesto de trabajo; en el presente caso, dicha disposición reglamenta sobre las actividades que pueden ser materia de la tercerización; no se regula o restringe el derecho de las personas para acceder a un puesto de trabajo en las empresas tercerizadoras; de esta manera, resulta que en uno y otro aspecto los contenidos y ámbitos de protección de los derechos constitucionales son totalmente diferentes; por lo que sin mayor argumentación que acotar, este extremo de la demanda también debe desestimarse.

Respecto a la vulneración del principio constitucional de jerarquía normativa y la potestad reglamentaria del Presidente de la Republica.

⁴⁵ Ver lo extremos precisados en el considerando tercero.

VIGESIMO NOVENO: Que, se alega, en síntesis, que la disposición reglamentaria cuestionada, en todos los extremos antes precisados⁴⁶, vulneraría el principio constitucional de jerarquía normativa y la potestad reglamentaria del Presidente de la República⁴⁷; sin embargo, de la lectura conjunta de las demandas y los fundamentos ahí expuestos, **se desprende razonablemente que básicamente se cuestiona que con el artículo 2° que modifica el artículo 1° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, se habría creado una restricción sobre la tercerización (el núcleo del negocio) que no estaba previsto en las Leyes que se pretendía reglamentar; por lo que el análisis en este extremo de la controversia debe remitirse a este aspecto.**

TRIGESIMO: Que, efectuada tal precisión, resulta del artículo 118°, numeral 8 de la Constitución Política del Estado, que el Presidente de la República al ejercer su potestad de reglamentar las Leyes, no puede transgredirlas ni desnaturalizarlas. 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.

TRIGESIMO PRIMERO: Que, 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

⁴⁶ Ver lo extremos precisados en el considerando tercero.

⁴⁷ Con la aclaración realizada líneas arriba en la nota al pie N° 20.

⁴⁸ Disponible en: <https://dle.rae.es/>

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.”⁴⁹(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.

TRIGESIMO SEGUNDO: Que, del artículo 2° de la Ley N° 29245 se observa que con la tercerización se contratan empresas para que desarrollen **actividades especializadas u obras**; **no se hace mención o precisión con relación a las actividades principales y complementarias, y menos algo respecto al núcleo del negocio**⁵⁰. Ahora, es cierto, que el artículo 3° de la misma Ley, consigna, entre otros, los contratos de gerencia, 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, también lo es, que estas disposiciones deben ser interpretadas sistemáticamente, en el sentido, que estos supuestos se encuentran en función de ese esquema de tercerización-para actividades especializadas u obras-; y en esta misma línea se mantiene BLANCAS BUSTAMANTE, cuando señala que: “...como quiera que los preceptos que conforma la Ley 29245 **no pueden ser interpretados de forma aislada sino sistemáticamente, resulta claro que los “casos” a que se refiere el artículo 3° deben, necesariamente, encuadrarse dentro de la definición contenida en el artículo 2°, razón por la cual dichos casos solo pueden tener lugar respecto de “actividades especializadas u obras”, no pudiendo extenderse más allá de estas ni, menos aún, abarcar todas las actividades principales de la empresa...**”⁵¹. (Resaltado y subrayado es nuestro); y como también concluye TOLEDO TORIBIO: “...al hacer la Ley mención en el sentido **de que se entiende por tercerización 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**

⁴⁹ MORON URBINA, Juan Carlos. *Análisis jurisprudencia del proceso de acción popular en el peru: propuestas para mejorar el control jurisdiccional sobre normas reglamentarias*. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Escuela Post Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, pág. 87-89.

⁵⁰ En la exposición de motivos de estas disposiciones legales tampoco se hace mención alguna. Ver de fojas 2101 a 2204.

⁵¹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *¿Es inconstitucional prohibir la tercerización del núcleo de la empresa?* Disponible en: <https://www.blancasabogados.com/post/es-inconstitucional-prohibir-la-tercerizaci%C3%B3n-del-n%C3%BAcleo-de-la-empresa-a-prop%C3%B3sito-del-d-s-1-22-tr>.

cumplimiento de actividades especializadas u obras, lo cual desde ya constituye un avance frente a la posibilidad que se pueda contratar trabajadores vía tercerización de manera irrestricta⁵² (Resaltado y subrayado es nuestro).

TRIGESIMO TERCERO: Que, el Decreto Supremo N° 006-2008-TR fue la disposición reglamentaria que incorporó la actividad principal en el marco de la tercerización; así para definirla se remitió al artículo 1° del Reglamento de la Ley N° 27626, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-2002-TR (modificado por el el Decreto Supremo N° 008-2007-TR) que señala: “*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*”; y esto también ha sido corroborado por NAVARRETE MALDONADO, cuando sostiene que: “... la Ley N° 29245 no fue hecha para la tercerización de servicios complementarios, y **que ha sido el Reglamento el que expresamente ha considerado que la tercerización se puede practicar para desarrollar actividades principales; sin embargo, la Ley N° 29245 no ha sido expresa en ese sentido, pues limita su ámbito de aplicación a las actividades de especialidad**”.⁵³(Resaltado y subrayado es nuestro); y en esta misma dirección, SCHNEIDER cuando precisa que: “*Existe una diferencia radical entre simplemente completar recursos a través de la intermediación y un verdadero outsourcing. **Este último involucra una reestructuración sustancial de una actividad particular de la empresa, que incluye frecuentemente la transferencia de la operación de procesos de central importancia, pero no directamente vinculados, con el core business de la empresa hacia un proveedor especialista***”⁵⁴(Resaltado y subrayado es nuestro).

TRIGESIMO CUARTO: Que, desde esas perspectivas, la disposición reglamentaria cuestionada no ha modificado el concepto de actividad principal consignado en el anterior reglamento; **sino más bien desde este punto de vista formal ha**

⁵² TOLEDO TORIBIO, Omar. *La tercerización laboral (outsourcing)*. Editora y Librería Jurídica Grijley, Lima, 2015, pág. 48.

⁵³ NAVARRETE MALDONADO, Alejandro. *Tercerización e intermediación laboral. Problemática Actual*. Gaceta Jurídica, 2018, pág. 69. Citado por CASTILLO PASTOR. Carolina; en: *Propuesta de modificaciones respecto a la regulación de la contratación temporal a 20 años de su vigencia*. Revista Laborem, N° 25. Año 2021, pág. 62.

⁵⁴ SCHNEIDER, Ben. *Outsourcing la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios*. Grupo Editorial Norma, Lima, 2004, pag. 31. Citado por TOLEDO TORIBIO, OMAR. *Ob cit*, pag. 26.

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. Es decir, formalmente 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. Como se reitera, la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 no hicieron mención o precisión con relación al núcleo del negocio. Entonces, si el Decreto Supremo N° 006-2008-TR fue la disposición reglamentaria que incorporó la actividad principal en el marco de la tercerización, y que mediante la disposición reglamentaria cuestionada formalmente se realizó la aclaración o precisión al respecto, excluyendo el núcleo del negocio, no se advierte una transgresión o desnaturalización de las disposiciones legales antes indicadas, y menos que se haya afectado el principio constitucional de jerarquía normativa; por lo que estos extremos de las demandas deben ser desestimados.

Respecto a la vulneración del principio constitucional de legalidad.

TRIGESIMO QUINTO: Que, se alega, en síntesis, que la disposición reglamentaria cuestionada, en todos los extremos antes precisados⁵⁵, vulneraría el principio constitucional de legalidad. Al respecto y con la finalidad de evitar tediosas reiteraciones, en principio es de remitirse a todo lo glosado anteriormente⁵⁶, y para agregar, que las precisiones efectuadas sobre la actividad principal en el marco del esquema de la tercerización, que incluye el núcleo del negocio, así como todas las consecuencias previstas que pudieran generarse, responden formalmente a un desarrollo reglamentario, que no necesariamente tenían que encontrarse literalmente o expresadas en esa disposición legal; y además, como también se precisó, que jurisprudencialmente tanto el principio de legalidad y el principio de tipicidad o taxatividad han sido tratados como principios independientes, permitiendo que la descripción de las conductas prohibidas pueden estar en normas reglamentarias, en la medida que sea necesaria para satisfacer los intereses públicos⁵⁷; por lo que sin mayor argumentación que acotar, tampoco se verifica vulneración alguna a dicho principio constitucional.

⁵⁵ Ver lo extremos precisados en el considerando tercero.

⁵⁶ En específico, a lo desarrollado con relación a la presunta vulneración del principio constitucional de jerarquía normativa y potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

⁵⁷ Ver considerando décimo quinto, parte *in fine*.

Respecto a la vulneración de los principios constitucionales de tipicidad o taxatividad y seguridad jurídica.

TRIGESIMO SEXTO: Que, se alega, en síntesis, que la disposición reglamentaria cuestionada, con el artículo 2° que modifica los artículos 1°, 2° y 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, en los extremos antes precisados⁵⁸, vulneraría los principios constitucionales de tipicidad o taxatividad y seguridad jurídica. Tal como se concluyó anteriormente, la disposición reglamentaria cuestionada formalmente excluye al núcleo del negocio del marco de la tercerización; entonces, de acuerdo a alegado por los demandantes, para esclarecer si se habrían vulnerado o no estos principios constitucionales, es ineludible saber en qué consiste tal concepto. Ahora, esta atingencia no resulta de menor importancia si se tiene en cuenta, que la disposición reglamentaria cuestionada establece desde ya la prohibición de la tercerización de las actividades que formarían parte del núcleo del negocio y su no acatamiento genera consecuencias graves para las empresas; es decir, **es una disposición reglamentaria que desde su vigencia ya tiene gran incidencia en las empresas (principal y tercerizadoras) que se encuentran inmersas en la tercerización, alcanzando o afectando al desarrollo de sus actividades (prohíbe, sanciona, apercibe).**

TRIGESIMO SETIMO: Que, en términos generales, en el ámbito de la doctrina y la teoría se pueden encontrar innumerables definiciones sobre el denominado núcleo del negocio o “*core business*” (en su terminología anglosajona); así como que es la razón de ser de la empresa o por la que se crea; o más explícitamente, como la actividad (negocio) central o actividad (negocio) principal de la empresa; o como que entre el conjunto de actividades o negocios a los que se dedica la empresa (cartera de negocios), habrá uno que es el negocio esencial o clave, el que genera más valor y produce, por tanto, un beneficio y la razón de que funciona en la actualidad; incluso en la traducción más fiel de esa terminología anglosajona como “*competencia distintiva*”, es decir, la característica diferenciadora que tiene el negocio sobre los demás. Esta preocupación tampoco fue ajena a la jurisprudencia nacional, tan así, que el Tribunal Constitucional en la **STC N° 02111-2010-PA/TC**, señaló que: “*La subcontratación o tercerización laboral es una institución jurídica que surge como respuesta a las nuevas necesidades que afrontan las empresas en el actual contexto de la globalización y, particularmente, al fenómeno de la descentralización productiva como mecanismo para generar mayor eficiencia y competitividad en el mercado.* **De este modo, se**

⁵⁸ Ver lo extremos precisados en el considerando tercero.

entiende que en algunas ocasiones resulta más eficiente para una empresa desplazar una fase de su ciclo productivo a otras empresas o personas individuales, en vez de llevarla a cabo ella directamente y con sus propios medios o recursos. Así entendida, la tercerización u outsourcing constituye una herramienta de gestión que facilita a las empresas o instituciones centrar sus esfuerzos en sus actividades distintivas, es decir, en aquellas que conforman su core business, evitando el desperdicio de recursos y trabajo en aquellas actividades que, siendo necesarias para el producto o servicio que se ofrece, no las distinguen de manera especial [SCHNEIDER, Ben: Outsourcing: la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios, Bogotá, Norma, 2004, p. 47]⁵⁹ (Resaltado y subrayado es nuestro); y también la Corte Suprema de Justicia de la República (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente) en la **Sentencia de Acción Popular N° 1607-2012-Lima**, cuando considera: “Que, la tercerización, también denominada outsourcing, es por definición, el proceso en el cual una firma identifica una porción de su proceso de negocio que podría ser desempeñada más eficientemente y/o más efectivamente por otra corporación, la cual es contratada para desarrollar esa porción del negocio. Esta figura contractual se encuentra orientada a que la primera organización pueda enfocarse en la parte o función central de su negocio, de ahí que el Outsourcing o Tercerización, sea considerada como una herramienta que le permite a las empresas en enfocarse en hacer lo que realmente hacen bien” (Resaltado y subrayado es nuestro).

TRIGESIMO OCTAVO: Que, en la disposición reglamentaria cuestionada se define al núcleo del negocio, como que: “**forma parte de la actividad principal de la empresa, pero por particularidades características no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento**”. En principio, esta definición no muestra un concepto claro de lo que se debe entender por núcleo del negocio, **solamente hace un precisión que como parte de la actividad principal de la empresa no puede ser objeto de tercerización**; y que más bien para identificarlo en cada caso concreto prefirió establecer una serie de criterios que deberían observarse, como: **1).**-el objeto social; **2).**- lo que identifica a la empresa frente a sus clientes finales, **3).**- el elemento diferenciador de la empresa dentro del mercado que desarrolla sus actividades,**4).**-la actividad de la empresa que genera un valor añadido para

⁵⁹ Criterio que ha sido replicado por Corte Suprema de Justicia de la Republica (Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria) en la Casación Laboral N° 5659-2016, Lima.

sus clientes, **5).**-la actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos; **entre otros**. 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?⁶⁰; ¿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?⁶¹; ¿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; y esta situación también la propicia la exposición de motivos de la disposición reglamentaria cuestionada cuando consigna: *“De esta manera, se identifica la necesidad de incorporar en el glosario de términos del artículo 1 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR la definición del núcleo del negocio **a efectos de brindar criterios generales que, por un lado, permiten al sector empresarial identificar con facilidad su propio núcleo del negocio y que, por otro lado, coadyuven a la labor de los operadores del derecho a nivel judicial o administrativo en la determinación del supuesto fraude**”*⁶². (Resaltado y subrayado es nuestro); y según esto, incluso para establecerse un supuesto fraude en la tercerización, cuál sería la determinación de núcleo del negocio que corresponde: la realizada por el sector empresarial o los operadores del derecho a nivel judicial o administrativo.

CUADRAGESIMO: Que, tampoco debe olvidarse, que toda persona tiene derecho de conocer de antemano y certeramente, de lo que está prohibido y permitido, así como las consecuencias y riesgos de su conducta (acción u omisión); es decir, las personas deben tener una expectativa razonablemente fundada sobre cuál será la

⁶⁰ El objeto social puede ser la expresión de la actividad o **actividades** a las que se va a dedicar la sociedad

⁶¹ El valor añadido es el conjunto de **características adicionales del producto o servicio que se ofrece que hacen que sea más atractivo** para el cliente frente a la competencia.

⁶² Ver apartado I, acápite a parte *in fine*.

actuación del poder público en la aplicación del derecho; como bien indica el Tribunal Constitucional en la ya mencionada **STC N° 00016-2002-PI/TC: “La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad”**.(Resaltado y subrayado es nuestro); y definitivamente, la situación descrita anteriormente, no contribuye a la consolidación de este derecho.

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, acarreando 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.

CUADRAGESIMO SEGUNDO: Que, asimismo, en la disposición reglamentaria cuestionada, el artículo 2° que modifica el artículo 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR se incorpora como causales de desnaturalización de la tercerización **(a)** los desplazamientos de trabajadores cuando no tenga por objeto desarrollar actividades principales y **(b)** cuando se tenga por objeto desarrollar actividades que tenga por objeto el núcleo del negocio. Como es de conocimiento, la desnaturalización de la tercerización implica hacerle perder su cualidad o finalidad propia, modificándola o tergiversándola. Con relación al primer supuesto, considerando que la desnaturalización de la tercerización alcanza a las actividades principales, y no advirtiéndose inconstitucionalidad o ilegalidad en su regulación reglamentaria, carece de sustento cualquier cuestionamiento; en cambio, con relación al segundo supuesto, si conforme a lo concluido anteriormente, que la disposición reglamentaria cuestionada al prohibir la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio, vulnera los principios constitucionales de tipicidad o taxatividad y seguridad jurídica, la causal de desnaturalización por este motivo, las consecuencias sobre su inicio del desplazamiento y las sanciones que puedan imponerse tampoco tienen el sustento constitucional.

CUADRAGESIMO TERCERO: Que, de igual modo, en la Unica Disposición Complementaria Transitoria se otorga un plazo de 180 días calendarios para que los contratos y figuras empresariales se adecuen a las modificaciones introducidas en la misma, con las consecuencias y sanciones correspondientes; entonces, si conforme a lo concluido anteriormente, que la disposición reglamentaria cuestionada al prohibir la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio, vulnera no solamente los principios constitucionales de tipicidad o actividad, sino también de seguridad jurídica, bajo dicha prohibición tampoco resulta constitucional ordenarse las adecuaciones contractuales y menos tenerse por desnaturalizados los contratos e imponerse las sanciones correspondientes.

Respecto a la vulneración del derecho constitucional a la libertad de empresa.

CUADRAGESIMO CUARTO: Que, se alega, que la disposición reglamentaria cuestionada, en todos los extremos antes precisados⁶³, vulnera el derecho constitucional a la libertad de empresa. El análisis debe partir asumiendo que para la existencia de una economía social de mercado⁶⁴, se requiere fundamentalmente, entre otros, un mercado libre y abierto, en el que concurren otros elementos como la libertad de empresa y la regulación del mercado para asegurar su normal funcionamiento y proteger la salud y la buena fe de sus protagonistas (productores y consumidores)⁶⁵. De esta manera, el derecho constitucional a la libertad de empresa constituye un pilar fundamental de ese modelo y según lo explicado líneas arriba, no solamente se limita a la creación de empresas y actuar en el mercado, **sino también para establecer sus propios objetivos, dirigir y planificar sus actividades en función de sus posibilidades de recursos y condiciones del propio mercado, y decidir cesar en cualquier momento o poner fin a aquellas.**

CUADRAGESIMO QUINTO: Que, en esa perspectiva, las empresas entre las medidas que implementan para garantizar su eficiencia y especialización, se encuentra la elaboración de estrategias relacionadas a la contratación de

⁶³ Ver lo extremos precisados en el considerando tercero.

⁶⁴ Artículo 58° de la Constitución Política del Estado: “*La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura*”.

⁶⁵ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *La libertad de empresa y la libertad contractual en la constitución peruana*. En: Advocatus, Lima 2007, N°16, pág. 117.

personal, entre las cuales está la tercerización; y ello, como también se desprende de lo explicado líneas arriba, con el fin de ser competitivos y obtener beneficios como: aumentar la rentabilidad de la empresa a través de la liberación de recursos y asignarlos a tareas especializadas; libertad de encontrar apoyo externo de manera temporal, sin compromisos a largo plazo; bajar costos en recursos humanos; adecuarse de manera rápida a los cambios y situaciones de crisis; reducir contingencias legales y laborales, maximizar rentabilidad y ser competitivos en el mercado. Sin duda, desde el punto de vista empresarial, este fraccionamiento de las actividades ha permitido alcanzar un mayor nivel de especialización y mejor preparación del material humano, y que los trabajadores se concentren en producir alguna parte de proceso que desarrollan las empresas principales. A pesar de todo esto, el Colegiado no desconoce también que existen cuestionamientos sobre el mal uso de la tercerización, con relación a las condiciones socio laborales de los trabajadores sub contratados y la posible debilitación de las organizaciones sindicales.

CUADRAGESIMO SEXTO: Que, a manera de ilustración⁶⁶, se debe señalar, que en el Perú la tercerización desde hace muchos años forma parte la dinámica empresarial y del mercado; por ejemplo en el **año 2011** habían **72,000 trabajadores en empresas tercerizadoras**, para tener en el año **2020** la cantidad de **101,000 trabajadores** (Fuente MTPE-Planilla Electrónica, tomado del Boletín del Instituto Peruano de Economía (IPE)⁶⁷; en el año **2011** habían **400 empresas tercerizadoras**, para tener en el año **2020**, la cantidad de **918 empresas** (Fuente MTPE-Planilla Electrónica, tomado del Boletín del Instituto Peruano de Economía (IPE)⁶⁸. Por otro lado, según la versión oficial del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo-MTPE, de acuerdo a la Planilla Electrónica, **al mes de junio del 2021** existían **1,002 empresas de tercerización**, que representaba **el 0.32%** del total de empresas registradas en la planilla electrónica (**313,427 empresas**); el **43.6%** de estas empresas de tercerización se dedicaban a actividades de intermediación financiera, actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler; el **11.9%** se dedicaba a “*otras actividades, servicios comunitarios, sociales y personales*” y el **11.7%** se dedicaba a actividades de transporte, almacenamiento y comunicaciones; las empresas de tercerización declaraban un total de **114,060 trabajadores**, de los cuales el **62%** de ellos se concentraba en actividades de intermediación financiera, actividades inmobiliarias, empresariales

⁶⁶ En plena sintonía con lo precisado en el segundo considerando.

⁶⁷ Disponible en: <https://www.ipe.org.pe/portal/boletin-ipe-tercerizacion-laboral-en-el-peru-actualizado/>

⁶⁸ Disponible en: <https://www.ipe.org.pe/portal/boletin-ipe-tercerizacion-laboral-en-el-peru-actualizado/>

y de alquiler; el **11%** en empresas de transporte, almacenamiento y comunicaciones; el **8%** en empresas dedicadas a la explotación de minas y canteras; el **19%** en empresas dedicadas a otras actividades. (Según nota de prensa del Ministerio de Trabajo y Promoción Social del Empleo, de fecha 22 de agosto del 2022, publicado en la plataforma digital única del Estado Peruano)⁶⁹. El sector minero es una de las actividades con mayor grado de especialización y genera también empleo indirecto, como que el **73%** viene de empresas contratistas y, que según la Sociedad Nacional de Industrias, hay más de **2,000 empresas contratistas mineras** en el territorio⁷⁰ e incluso, el Texto Unico Ordenado de la Ley General de Minería en el artículo VI del Título Preliminar establece que: “*Son actividades de la industria minera, las siguientes: **cateo, prospección, exploración, explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero**”.* (Resaltado y subrayado es nuestro) y el artículo 37° señala que: “*Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos: (...) **11. A contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería**”.* (Resaltado y subrayado es nuestro). Es decir, la actividad minera cuenta con una regulación especial que permite a los titulares de las concesiones mineras el contratar (tercerizar) la ejecución de las labores de exploración, explotación, desarrollo y beneficio a través de empresas contratistas, lo que ha sido corroborado por la Corte Suprema de la Republica (Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social) en la **Casación Laboral 14995-2019-Lima**, cuando considera que: “*...**que las empresas codemandadas realizan actividades mineras**, por lo que resultan aplicables al caso de autos las normas que regulan este sector, como es el Decreto Supremo N° 005-2008-EM, que reestructura el Registro de Empresas Especializadas de Contratistas Mineros. **Siendo esto así, nos encontramos ante un supuesto en el que la permisibilidad de poder contratar la ejecución de trabajos relacionados a la explotación de minas, se encuentra previsto en la ley especial de minería que resulta aplicable para el presente caso en concreto,** y siendo que la empresa CUPRITA JP S.A.C., cuenta con el registro correspondiente, **no existe impedimento alguno por parte de la codemandada AUSTRIA DUVAZ S.A.C. de tercerizar dichas actividades**”.* (Resaltado y subrayado es nuestro).

⁶⁹ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/mtpe/noticias/643121-desde-hoy-empieza-a-regir-el-d-s-n-001-2022-tr-que-precisa-alcances-de-la-ley-de-tercerizacion>

⁷⁰ Tomado de BNAMERICAS. *Los efectos del decreto peruano sobre la tercerización laboral*. Disponible en: <https://www.bnamericas.com/es/analisis/los-efectos-del-decreto-peruano-contra-la-tercerizacion-laboral.1>

CUADRAGESIMO SETIMO: Que, las empresas en ese afán de ser competitivas y eficientes para mantenerse en el mercado, se especializan conforme a sus capacidades y activos, implementándose planes y estrategias. **Estos planes y las estrategias en esa finalidad son distintas en cada empresa y sector, y también dinámicos en el tiempo, y por eso desde esta perspectiva, no cabe duda, que el núcleo del negocio se originan y definen al interior de las mismas (concepto endógeno);** y esto es así, porque este concepto pasa por analizar de forma sistemática las actividades de la empresa y ver cuál es la aportación de valor que tienen; y además, en un entorno cada vez más competitivo las empresas tratan de buscar elementos diferenciadores de su competencia y desarrollar aquellas áreas que son el núcleo o la razón de ser de la empresa; lo que exige que se analice y determinen constantemente cuál es su núcleo del negocio, y destinen todos sus esfuerzos y atenciones a potenciarlo, incrementando de esta manera su competitividad⁷¹.

CUADRAGESIMO OCTAVO: Que, definitivamente, en todo ese contexto, identificar o determinar el núcleo del negocio no es una tarea sencilla y conforme a lo antes glosado, en puridad, correspondería hacerlo a la empresa misma en una concreción de su derecho constitucional a la libertad de empresa; así, recuérdese lo explicado líneas arriba, que el derecho constitucional a la libertad de empresa, no solamente garantiza a todas las personas una libertad de decisión para crear empresas, y por tanto, para actuar en el 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; y esto también lo ha reconocido la exposición de motivos de la disposición reglamentaria cuestionada como una estrategia de competitividad en el mercado, cuando señala, que: “ *... son claras manifestaciones de la libertad de empresa reconocida en el artículo 59 de la Constitución , que como parte de su contenido constitucionalmente protegido, comprende la libertad de auto organización por la cual se **“garantiza al empresario la facultad de establecer objetivos propios de la empresa, con el fin de dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa), en atención a sus recursos y las condiciones del mercado.”***⁷² (Resaltado y subrayado es nuestro); sin embargo, como se reitera, con la mencionada disposición reglamentaria no sucedería así, por cuanto

⁷¹ Siguiendo a Interempresa Logística. Comité de Formación Fundación ICIL-Barcelona. *El concepto de core business*. Disponible en: <https://www.interempresas.net/Logistica/Articulos/132865-El-concepto-de-'Core-business'.html>

⁷²Exposición de motivos que corre de fojas 32-49. Acápites I, inciso a); haciendo referencia a la STC N° 3116-2009-PA/TC.

también otros terceros u operadores del derecho podrían realizarlo bajo propio criterio o libre albedrío (de manera ajena y exógena); por lo que es evidente, que bajo estos supuestos también se vulnera el derecho constitucional a la libertad de empresa.

CUADRAGESIMO NOVENO: Que, por otro lado, 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.**

Respecto a la vulneración del derecho constitucional a la libre contratación.

QUINCUAGESIMO: Que, se alega también que la Unica Disposición Complementaria Transitoria de la disposición reglamentaria cuestionada contraviene el artículo 2º, numeral 14º de la Constitución Política del Estado. En principio, debe precisarse que en el presente caso, el derecho constitucional a la libertad de contratación, según lo explicado líneas arriba, se encuentra estrechamente vinculado al derecho constitucional a la libertad de empresa, tan así, que una empresa sin el ejercicio de aquel derecho no podría concretizar sus objetivos, planes y estrategias, en plena concordancia con el núcleo de su negocio, y de esta manera ser competitiva en el mercado; entonces, si se concluyó que la disposición reglamentaria cuestionada al prohibir la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio vulnera el derecho constitucional a la libertad de empresa, resulta que al ordenarse las adecuaciones contractuales bajo apercibimiento de tener desnaturalizados los contratos e imponerse las sanciones, también vulnera el derecho constitucional a la libertad de contratación.

QUINCUAGESIMO PRIMERO: Que, por otro lado, también se alega que la mencionada Unica Disposición Complementaria Transitoria de la disposición reglamentaria cuestionada vulnera el artículo 62º de la Constitución Política del

Estado; sin embargo, a criterio del Colegiado, en el presente caso, la tutela del derecho a la libertad de contratación no pasa por una intangibilidad de las disposiciones contractuales, sobre todo si se tiene cuenta que este derecho no es absoluto, sino como se indicó anteriormente, por ordenarse las adecuaciones contractuales a una prohibición que resulta inconstitucional; por lo que bajo esa alegación no se advierte una vulneración de ese derecho constitucional.

Respecto a la vulneración del principio constitucional de no retroactividad.

QUINCAGESIMO SEGUNDO: Que, se alega, en síntesis, la disposición reglamentaria cuestionada, con el artículo 2º, que modifica los artículos 5º y 9º del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, en los extremos antes precisados, vulneraría el principio constitucional de no retroactividad. Como se explicó líneas arriba, de acuerdo a este principio, la nueva Ley se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes. En los supuestos antes señalados, la disposición reglamentaria cuestionada solamente estaría regulando las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes derivados de los contratos de tercerización; más bien, de lo que se trata es de corregir o emendar declarativamente situaciones derivadas de una desnaturalización originaria en la estructura o en la génesis del esquema de tercerización, por lo que es coherente que para los efectos señalados se tome el momento que se habría producido tal situación (desplazamiento), salvo prueba en contrario; por lo que bajo esa alegación tampoco se aprecia una vulneración de dicho principio constitucional.

Respecto a la vulneración del principio constitucional de proporcionalidad.

QUINCAGESIMO TERCERO: Que, de antemano, para precisar, que tal como se desprende de todo lo desarrollado anteriormente, lo medular en la presente controversia y de lo cual se deriva todo lo demás, es que la disposición reglamentaria cuestionada prohíbe la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio y por otro lado, que todo este tema, conlleva a poner en el tapete los derechos constitucionales de los trabajadores frente al principio constitucional de tipicidad o taxatividad, el derecho a la libertad de empresa y el derecho constitucional a la libertad de contratación. Como es sabido, el test de proporcionalidad de la prohibición cuestionada se debe realizar bajo el examen de los sub principios de *idoneidad o adecuación, necesidad y ponderación en sentido estricto.*

QUINCAGESIMO CUARTO: Que, en cuanto al análisis de idoneidad o **adecuación**, se debe partir, de que la disposición reglamentaria cuestionada, según se desprende de su parte considerativa, fue expedida porque habría una utilización indiscriminada de la tercerización, constituyendo una de las principales causas de abaratamiento de los costos laborales y una afectación a los derechos de los trabajadores. Para la ilustración, los costos laborales, en general, son los egresos de la parte empleadora, relacionados al inicio, durante y fin de la relación laboral, y que se originan en las disposiciones normativas, el contrato de trabajo y las convenciones colectivas; encontrándose conformados por la remuneraciones, beneficios laborales de obligatorio cumplimiento, como la compensación por tiempo de servicios (CTS), gratificaciones por fiestas patrias y navidad, vacaciones, seguro de salud, asignación familiar, seguro de vida, seguro complementario de trabajo de riesgo, contribuciones y otros.

QUINCAGESIMO QUINTO: Que, el artículo 23° de la Constitución Política del Estado, consagra principalmente que el Estado promueve las condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo; de igual modo, consagra que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador⁷³; entonces, si la disposición reglamentaria cuestionada prohíbe la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio para evitar que se afecten los derechos labores de los trabajadores, es evidente que busca un fin constitucionalmente legítimo y en sí misma es adecuada o idónea para el logro de este fin (idónea o adecuada para para la protección de ese bien jurídico tutelado constitucionalmente)⁷⁴.

QUINCAGESIMO SEXTO: Que, cuanto el análisis de **necesidad**, también se debe partir de lo expresado en la propia disposición reglamentaria cuestionada, en el sentido, que se considera a la **utilización indiscriminada** de la tercerización como una de las principales causas del abaratamiento de los costos laborales y una afectación a los derechos de los trabajadores. Trasladada esta motivación a la prohibición de tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio, la lectura sería que la utilización de esta forma de contratación significaría

⁷³ El artículo 23° de la Constitución Política del Estado, dispone que: “*El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento*”.

⁷⁴ Esto definitivamente no significa la constitucionalidad de la prohibición.

un medio de provisión de trabajadores sin asumir directamente los costos laborales, afectando sus derechos.

QUINCAGESIMO SETIMO: Que, asimismo, es imprescindible indicar, que cuando se hace referencia al uso indiscriminado o abusivo en la tercerización con la intencionalidad de afectar los derechos de los trabajadores, se está frente a una tercerización fraudulenta. En efecto, la tercerización fraudulenta no solamente significa el incumplimiento de normas de carácter laboral, sino también la afectación de una serie de derechos laborales de los trabajadores; o mejor dicho, el único móvil no es la generación de una mayor competitividad en el mercado a través de la descentralización productiva, sino también existe finalidad subalterna en disminuir o anular los derechos de los trabajadores, con el aumento de las ganancias empresariales; **pero es indudable, que esa situación de uso indiscriminado o abusivo en la tercerización solamente puede ser determinado o constatado en concreto**; y en lo que también concuerda ARCE ORTIZ al opinar sobre este tema, cuando señala que “*Aunque **el abuso del derecho debe analizarse en el caso concreto, a efectos de medir su impacto**”⁷⁵ (Resaltado y subrayado es nuestro). Contrariamente a esto, se infiere pues que la disposición reglamentaria cuestionada considera concluyentemente *-a priori*, en abstracto y en forma absoluta- que toda tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio, sirven para que la empresa principal evada costos laborales en perjuicio de los trabajadores.*

QUINCAGESIMO OCTAVO: Que, en este contexto, la gran interrogante que surge es: ¿Para prohibirse la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio, en protección de los derechos de los trabajadores, se tenían otras alternativas? Para contestar esta interrogante, de antemano, se debe tener en cuenta, que en un Estado Constitucional los derechos constitucionales no son absolutos, y esto también lo ha precisado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, como en la **STC N° 00004-2010-PI/TC**, cuando señala que: “**...los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos, es decir, que el contenido de cada derecho fundamental no es definitivo** sino que en cada caso concreto se va a definir en función de las circunstancias específicas y de los grados de restricción y satisfacción de los derechos o bienes constitucionales que se encuentren en conflicto” y además, acota, que “**...pueden ser limitados, restringidos o intervenidos** en

⁷⁵ ARCE ORTIZ, Elmer. *Tercerización en actividades nucleares*. Blog de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú; pág. 3. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/maestriaderechodeltrabajo/wp-content/uploads/sites/471/2022/02/Articulo-1-copia.pdf>

alguna medida cuando dicha limitación, restricción o intervención **resulten justificadas en la protección proporcional y razonable de otros derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional**". (Resaltado y subrayado es nuestro); es decir, toda aparente tensión o contradicción entre las disposiciones constitucionales deben ser resueltos optimizando su interpretación, sin sacrificar ninguno de ellos. Entonces, si con la emisión de la disposición reglamentaria cuestionada se buscaba la protección de los derechos constitucionales de los trabajadores frente a esa clase de tercerización, **concordando y optimizando con los otros principios y derechos constitucionales mencionados y tutelados**, como alternativa se pudo entender que esa 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.

QUINCAGESIMO NOVENO: Que, en esa perspectiva de alternatividad, tampoco debe dejarse de lado, el artículo 7° de la Ley N° 29245, que dispone: "Los trabajadores de las empresas que prestan servicio de tercerización tienen los siguientes derechos, sin perjuicio de los establecidos en la legislación laboral vigente: (...) **4. Cuando corresponda, los trabajadores pueden interponer denuncias ante la Autoridad Administrativa de Trabajo 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**".(Resaltado y subrayado es nuestro); es decir, a los trabajadores que prestan el servicio de tercerización se les garantiza su derecho de recurrir a las Autoridades Administrativas de Trabajo o al Poder Judicial en la defensa y en la protección de sus derechos individuales o colectivos que puedan verse afectados por el ejercicio abusivo de esa forma de contratación, y este mecanismo sin duda es importante, porque coadyuva a concretizar esa alternativa.

SEXAGESIMO: Que, ahora, es cierto, que el procedimiento de la inspección del trabajo, no constituye la única herramienta con la que cuenta la Administración del Trabajo para lo indicado anteriormente, pero sin duda en la práctica es la más utilizada⁷⁶, y cuya relevancia es anotada por DE LAMA LAURA cuando señala, que: *“En relación con la importancia de la inspección del trabajo, en el marco de las funciones que desarrolla la Administración del Trabajo, **es sabido que esta se comporta como un elemento fundamental de la misma, en la medida en que constituye un medio para lograr los objetivos de mayor envergadura, tales como la buena gobernanza y el desarrollo social y económico del país; asimismo se considera que es uno de los instrumentos básicos para poner en práctica el Programa de Trabajo Decente de la OIT, dado que tiene un papel fundamental en la promoción del cumplimiento de los principios y derechos de las normas internacionales del trabajo**”*⁷⁷ (Resaltado y subrayado es nuestro). En ese orden de ideas, es evidente que **el eficiente y garantizado** procedimiento de inspección del trabajo no solamente contribuye al reforzamiento de la tutela en las normas protectoras de los derechos laborales, sino también posibilita el cumplimiento de lo consagrado en el ya referido artículo 23° de la Constitución Política del Estado y además en el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Convenio 81 de la OIT⁷⁸. A pesar de estas consideraciones, el Colegiado considera que sería preocupante y grave, si el Estado en todos estos años de vigencia de la tercerización a través de sus sistemas inspectivos del trabajo no fue eficiente en la identificación y corrección de casos fraudulentos (que incluye sin duda la tercerización de las actividades que forma parte del núcleo del negocio), y que en un afán de remediar fácilmente esta situación, haya emitido una disposición reglamentaria como la cuestionada, en lo que respecta a los vicios de inconstitucionalidad señalados.

SEXAGESIMO PRIMERO: Que, por otro lado, también en ese cometido de alternatividad debe tenerse presente la importancia del principio de primacía de la realidad, que como línea directriz e inspiradora de una serie de soluciones, y orientadora en la interpretación de normas, se determina que en caso de existir discrepancia o divergencia entre los hechos y lo declarado en los documentos o en las formalidades se preferirá lo primero; o como señala el Tribunal Constitucional en

⁷⁶Según el artículo 1° de la Ley N° 28806, la inspección del trabajo *“es el servicio público que se encarga permanentemente de vigilar el cumplimiento de las normas de orden socio laboral y de seguridad y salud en el trabajo, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, orientar y asesorar técnicamente en dichas materias; así como, de conciliar administrativamente en las materias que correspondan, y teniendo en cuenta el Convenio N° 81 de la Organización Internacional del Trabajo”*

⁷⁷ DE LAMA DE LAURA, Manuel Gonzalo. *La inspección del trabajo como vía de tutela de derechos laborales y su relación con el proceso laboral: buscando (¿o identificando?) las “intersecciones” de ambos caminos.* En *Laborem* N° 24, 2021, pág. 581. Disponible en: <https://www.sptdss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem24-25-1.pdf>

⁷⁸ Convenio sobre la Inspección del Trabajo.

la **STC N° 0991-2000-AA/TC**: **“El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho., base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22°) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos”** (Resaltado y subrayado es nuestro); principio, que busca prevalecer la equidad y sobreponer a la voluntad de las partes el carácter imperativo del ordenamiento laboral; no busca resolver el conflicto a favor del trabajador, toda vez que para ello existen los principios protectores del Derecho Laboral (como el indubio pro operario) sino a favor de la realidad como hecho objetivo, veraz y fehaciente⁷⁹; y sin cuya aplicación, no se hubieran podido establecer las tercerizaciones fraudulentas y la protección de los derechos de los trabajadores, tal como se demuestra con la abundante jurisprudencia existente.

SEXAGESIMO SEGUNDO: Que, finalmente, el Colegiado en este apartado, también considera pertinente señalar, que esa prohibición de la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio, en la forma realizada y cuestionada, podrían generar impactos negativos en las economías de las empresas y que a las finales se trasladan negativamente a los trabajadores; ya que no solamente obliga a una reorganización empresarial con todo lo que esto significa, sino también a que se generen costos no proyectados.

SEXAGESIMO TERCERO: Que, en resumidas cuentas, en la disposición reglamentaria cuestionada para prohibir la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio, en protección de los derechos de los trabajadores, se tenían otras alternativas como la considerada anteriormente, **la que no solamente era eficaz e idónea para alcanzar el mismo fin, sino también menos perjudicial** en el ejercicio de los derechos constitucionales y aplicación de los principios constitucionales de los demandantes; por lo que dicha prohibición al no superar el análisis de necesidad, vulnera el principio constitucional de proporcionalidad, corriendo igual suerte los demás extremos que se generan a partir de dicha prohibición; careciendo ya de objeto realizar el análisis de proporcionalidad en sentido estricto.

⁷⁹ Siguiendo a lo explicado por LORA ALVAREZ, German y AVALOS RODRIGEZ, Brian. *Del dicho al hecho: Límites a la aplicación del principio de primacía de la realidad por parte de la autoridad administrativa de trabajo*. Revista Ius Veritas, 2009, N° 38, pág. 163. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12197>

Las sentencias interpretativas -manipulativas.

SEXAGESIMO CUARTO: Que, según todo lo desarrollado, los extremos de la disposición reglamentaria cuestionada que contravienen los derechos y principios constitucionales, en principio deberían ser declarados nulos, conforme lo dispone el artículo 80° del Código Procesal Constitucional; sin embargo, el Colegiado realizando una evaluación del contexto factico y jurídico en el que surge la controversia, considera que en el caso 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.

SEXAGESIMO QUINTO: Que, para evitarse lo anterior desde una perspectiva constitucional, aparecen las denominadas *sentencias interpretativas manipulativas*, mediante las cuales 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; como bien señala GARCIA TOMA: “... **supone llevar a cabo líneas de interpretación y adaptación de una Ley acusada de ser contraria a la Constitución con la finalidad de hacer compatible con esta.** Es por medio de este esfuerzo que se salva la vigencia de la ley, aunque subordinándola a los cánones de la Constitución. En este caso se restablece la soberanía de la Constitución por medio de la transformación del significado de la Ley”⁸⁰ (Resaltado y subrayado es nuestro); precisándose que estas sentencias resultan pertinentes en los casos de inconstitucionalidad parcial de las normas, por lo que se consideraría la parte que guarda concordancia con la Constitución y se reformula la otra, arribándose a una solución completamente constitucional; ahora, conforme señala el Tribunal Constitucional en la **STC N°004-2004-CC/TC**, la elaboración de estas sentencias está sujeta alternativamente a la operación ablativa o de exéresis o la operación reconstructiva o de reposición: “**La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada “eliminando” del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución.** Para tal efecto, se declara la nulidad de las

⁸⁰ GARCIA TOMA, Víctor. *El Tribunal constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas)* En: Interpretación y Aplicación de la Ley Penal- Anuario de Derecho Penal 2005. Pág. 202. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/dercho_penal/anuario/an_2005_09.pdf.

“expresiones impertinentes”; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley. **La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada “agregándosele” un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo**”(Resaltado y subrayado es nuestro); y asimismo, se encuentra vinculado a los principios rectores de la actividad –constitucional jurisdiccional, como el **principio de conservación de la Ley**: Se exige al Juez Constitucional salvar —hasta donde sea razonablemente posible— la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado; en otras palabras, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional debe ser la última ratio a la que debe apelarse; así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable; y **el principio de interpretación de desde la constitución**: Se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, con la finalidad de que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental. Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución. Para ello, cabe que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos⁸¹.

La interpretación de los extremos del dispositivo reglamentario cuestionado.

SEXAGESIMO SEXTO: Que, en ese orden de ideas, y conforme a todo lo argumentado anteriormente, debe interpretarse que el artículo 2° del dispositivo reglamentario cuestionado, 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 se da 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 de igual forma y alcances, el extremo del artículo 5° que señala: “**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 9°, que señala :“**...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 (...).**”

⁸¹ GARCIA TOMA, Víctor. *Ídem*, pág. 203.

SEXAGESIMO SETIMO: Que, con relación a los otros extremos de la disposición reglamentaria cuestionada, como el artículo 1° que establece los criterios para identificar el núcleo del negocio y la Unica Disposición Complementaria Transitoria, que dispone un plazo de adecuación de los contratos y figuras contractuales, no sucede lo mismo, por cuanto a pesar de pretender darle una interpretación constitucional, en el caso del primero, la situación de indeterminación e incertidumbre con esos criterios persiste; y en el caso, del segundo, dicho plazo de adecuación es contrario a lo interpretado y entendido sobre la prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio; por lo que se debe declarar la nulidad de estos extremos desde la vigencia de la disposición reglamentaria cuestionada, al ser a partir de este momento en que se afectaron los derechos y principios constitucionales, de acuerdo al artículo 80°, último párrafo, del Código Procesal Constitucional⁸².

Respecto a los costos del proceso.

SEXAGESIMO OCTAVO: Que, con relación a los costos del proceso⁸³, estando a lo considerado y decidido en la presente sentencia, y además observándose que en todo caso con la disposición reglamentaria cuestionada se pretendió regular la protección de los derechos laborales de los trabajadores, y los demandantes realizaron un ejercicio regular de su derecho de acción, es posición del Colegiado exonerar cualquier pago de costos.

A manera de reflexión y exhortación.

SEXAGESIMO NOVENO: Que, finalmente, el Colegiado no puede dejar de hacer mención, que en el país todavía existen secuelas de la pandemia del COVID 19, que sin duda ha tenido efectos negativos sin precedentes, no solamente el ámbito sanitario sino también en la economía y el mercado laboral; y esta preocupación tampoco ha sido ajena a la Organización Internacional del Trabajo-OIT-Oficina para los Países Andinos, cuando en general señala como parte de las recomendaciones para superar esa secuelas, que: ***“La gestión de la crisis del empleo requiere la coordinación y los acuerdos tripartitos entre, gobierno,***

⁸² El artículo 80°, último párrafo, del Código Procesal Constitucional, establece que: *“Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el diario oficial El Peruano”*

⁸³ El artículo 86° del Código Procesal Constitucional dispone que: *“Si la sentencia declara fundada la demanda se impondrán los costos que el juez establezca, los cuales serán asumidos por el Estado. Si la demanda fuere desestimada por el juez, este podrá condenar al demandante al pago de los costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad. En todo lo no previsto en materia de costos, será de aplicación supletoria lo previsto en el Código Procesal Civil.”*

empleadores y trabajadores.”(Resaltado y subrayado es nuestro) y describiendo la situación acota que: “ *La pandemia aún no acaba y **está afectando tanto a trabajadores como a empresas.** Por ello, es **importante mantener el apoyo a los trabajadores,** cuyos medios de vida se han visto afectados por la inmovilización obligatoria, las restricciones durante el periodo de confinamiento y la desaceleración económica. **Esto ha significado una reducción de sus ingresos laborales, por la contracción de la demanda, el cierre definitivo o temporal de los lugares de trabajo, los despidos o suspensión perfecta de labores y la reducción de las horas de trabajo. También se requiere continuar con el apoyo a las empresas: un grupo de ellas ha cerrado, y otro ha visto reducidos sus ingresos por ventas y, con ello, su liquidez para cubrir costos y obligaciones (tributarias, con proveedores y trabajadores, alquileres, etc.)**”⁸⁴ (Resaltado y subrayado es nuestro); sin duda, para superar esas secuelas, es necesario que se desplieguen esfuerzos en el ámbito político, en forma oportuna y gran escala para fomentar el empleo, los ingresos y promover la mano de obra; como señala también la Organización Internacional del Trabajo-OIT: “**Es necesario adoptar medidas eficaces e integradas a gran escala en todas las esferas políticas para lograr resultados favorables y sostenibles.** Habida cuenta de la rápida evolución de la crisis, es primordial llevar a cabo un meticuloso seguimiento de los efectos directos e indirectos de cada intervención, **a fin de velar por la pertinencia de las medidas de respuesta en el plano normativo.** El fomento de la confianza por medio del diálogo es fundamental para que las medidas políticas resulten eficaces. **En una coyuntura de mayor tensión social y de falta de confianza en las instituciones, es especialmente importante fortalecer los mecanismos de diálogo social y la confianza en los mismos, a fin de sentar unas bases sólidas que propicien una estrecha colaboración entre empleadores, trabajadores y gobiernos. El diálogo social a nivel empresarial es también primordial.**”⁸⁵ (Resaltado y subrayado es nuestro). En el Perú, se cuenta con Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo-CNTPE⁸⁶, como órgano de composición tripartita, **en la***

⁸⁴ Organización Internacional del Trabajo-OIT. Oficina para los Países Andinos. *Peru. Impacto de la COVID 19 en el empleo y los ingresos laborales*. Setiembre del 2020, pag.26. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---américas/---ro-lima/documentos/publicación/wcms_756474.pdf.

⁸⁵ Organización Internacional del Trabajo-OIT. *¿Qué políticas serán las más eficaces para mitigar los efectos del COVID-19 en el mundo del trabajo?* Disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_739403/lang-es/index.htm

⁸⁶ El Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo (CNTPE) es un mecanismo de diálogo social y concertación laboral del MTPE, que tiene por objeto la concertación de políticas en materia de trabajo, promoción del empleo y capacitación laboral, y de protección social para el desarrollo nacional y regional. El CNTPE integra a las organizaciones sindicales y gremios empresariales más representativos del país, así como funcionarios del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y representantes de las organizaciones sociales vinculadas al Sector Trabajo. El Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo como órgano tripartito de diálogo socio laboral e institucionalidad creciente,

discusión y concertación de políticas en materia de trabajo y protección social; y esta anotación vale y resulta pertinente, porque en la realidad nacional esas secuelas post pandémicas todavía son evidentes y del contexto de la presente controversia 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; debiéndose realizar la exhortación correspondiente.

III.-PARTE RESOLUTIVA:

Por estas consideraciones, los Magistrados integrantes de la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima; **RESUELVEN:**

- 1. DECLARAR: INFUNDADAS las excepciones de incompetencia por la materia** deducidas por el **Procurador Público Especializado en Materia Constitucional.**

- 2. DECLARAR: FUNDADA EN PARTE** las demandas interpuestas por SEDAPAL y otros; por tanto, se **DECLARAN: NULOS** los siguientes extremos del Decreto Supremo N° 001-2022-TR: **“Artículo 1.- Definiciones (...)** 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. (...)** y **LA**

mediante el respeto y reconocimiento entre sus representantes, y una eficiente gestión de sus acciones y objetivos, contribuye permanentemente a la generación y mantenimiento de políticas estables en materia de trabajo, empleo, formación y seguridad social. La naturaleza y las funciones del CNTPE, quedan establecidos en el Reglamento de Organización y Funciones del MTPE (Decreto Supremo N° 004-2014-TR) y en el Reglamento Interno de Organización y Funciones del CNTPE (Decreto Supremo N° 001-2005-TR). Según página Web del CNTP. Disponible en: <https://www2.trabajo.gob.pe/cntpe/quienes-somos/>

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA “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 adecuado 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”; desde la vigencia de la disposición reglamentaria cuestionada.

- 3. INTERPRETAR** que el artículo 2° 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 5° 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 9°, 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 (...). Sin Costos.

4. En caso de no interponerse recurso impugnatorio contra los extremos estimados de las demandas interpuestas, **ELEVESE EN CONSULTA** a la Corte Suprema de Justicia de la Republica.
5. **EXHORTAR** al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y las organizaciones más representativas de los trabajadores y empleadores, para que, en el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, dialoguen, discutan y de una vez por todas arriben a una solución concertada sobre el tema de la tercerización de las actividades que forma parte del núcleo del negocio y sobre cualquier otro relacionado.

En lo seguidos, por **SEDAPAL** y otro contra la Presidencia de la Republica y otros, sobre proceso constitucional de acción popular. Notificándose.

SS.

PAREDES FLORES

VELARDE ACOSTA

SALAZAR MENDOZA