

Tercerización laboral en el Perú: límites normativos, tendencias globales y debida diligencia en la cadena de suministro

Entrevista a Jorge Luis Toyama Miyagusuku^{***}

Resumen. - En esta entrevista, Jorge Luis Toyama Miyagusuku analiza la sentencia de la Corte Suprema que anuló el Decreto Supremo 001-2022-TR, que prohibía tercerizar actividades nucleares. Aborda el conflicto entre el INDECOPI, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, las tendencias en subcontratación, el concepto “núcleo del negocio”, la fiscalización de empresas ficticias, la debida diligencia en la cadena de suministro y la protección social.

Palabras clave. - Tercerización - Núcleo del negocio - Libertad de empresa - Subcontratación - Cadena de suministro - Devida diligencia - Fiscalización laboral - SUNAFIL.

Abstract. - In this interview, Jorge Luis Toyama Miyagusuku analyzes the Supreme Court ruling that annulled Supreme Decree 001-2022-TR, which prohibited outsourcing core business activities. He addresses the conflict among INDECOPI, the Constitutional Court, and the Judiciary, outsourcing trends, the validity of the “core business” concept, the inspection of shell companies, due diligence in supply chains, and the challenges of social protection.

Keywords. - Outsourcing - Core business - Freedom of enterprise - Subcontracting - Supply chain - Due diligence - Labor inspection - SUNAFIL.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la misma casa de estudios. Socio del estudio Vinatea & Toyama. Profesor principal de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico. Experto internacional en relaciones laborales, negociación colectiva y consultoría corporativa.

** La entrevista fue realizada por Acacia Bautista Cervantes, estudiante de Derecho de la Universidad del Pacífico y exdirectora del Área de Comercialización de la Revista FORSETI.

I. Tras un prolongado periodo de pronunciamientos divergentes entre el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, la Corte Suprema declaró la nulidad del Decreto Supremo 001-2022-TR. ¿Cuál es su punto de vista sobre este desenlace y qué acciones deberían tomar las empresas que habían adecuado sus contratos a la norma anulada?

Afortunadamente, muy pocas empresas llegaron a adecuarse a la norma emitida durante la gestión del expresidente Castillo. La mayoría continuó operando de la misma manera, no por un acto de insubordinación, sino porque, por un lado, existía un periodo de adecuación y, por otro, carecían de un plan alternativo viable a corto plazo. Asumir de un día para otro operaciones complejas —como la explotación en una mina o la producción total en una fábrica que habían sido tercerizadas— resultaba materialmente imposible.

Muchas empresas evaluaron como contingencia la contratación directa del personal, pero no llegaron a ejecutarla gracias a que la resolución del INDECOPI suspendió inicialmente la fiscalización y, posteriormente, inaplicó la medida. En retrospectiva, podemos distinguir tres etapas claras en este proceso:

- a. El primer periodo abarca desde la sorpresiva publicación de la norma en febrero de 2022 hasta la resolución del INDECOPI. Fue una etapa de gran preocupación, marcada por litigios y acciones de amparo, aunque con escasa adecuación práctica debido a la inviabilidad operativa y a la convicción de que la medida era inconstitucional e ilegal.
- b. El segundo periodo comprende el lapso entre la decisión del INDECOPI y la sentencia de la Corte Suprema. Fue una etapa de mayor tranquilidad para el sector empresarial, aunque los sindicatos aún mantenían la expectativa de que la Corte validara la norma.
- c. El tercer y actual periodo, consolidado con el reciente fallo de la Corte Suprema, deja establecido con claridad que sí es jurídicamente viable tercerizar las actividades nucleares.

II. Trascendiendo la coyuntura nacional, ¿qué tendencias globales y locales se observan en materia de subcontratación e intermediación laboral, y de qué forma estas transforman la estructura organizacional de las empresas?

Aunque las cifras oficiales del Ministerio de Trabajo no siempre reflejan su magnitud total, la tercerización sigue expandiéndose y ganando terreno en las estructuras empresariales. Este es un fenómeno a nivel global. Las organizaciones ya no solo tercerizan a nivel local, sino también internacional, encargando productos o servicios a otros países.

Un ejemplo claro es el sector de los *call centers*, donde el Perú se ha posicionado como un centro regional. Desde nuestro país se exportan estos servicios a Argentina, Colombia y otras naciones, favorecidos por un acento considerado neutral, nuestra ubicación geográfica y costos laborales competitivos.

La tendencia global apunta hacia una mayor tercerización, abarcando no solo áreas periféricas o principales, sino también el núcleo del negocio. De este modo, muchas empresas evolucionan hacia un modelo de inversionistas en activos. Por ejemplo, una empresa de energía eléctrica puede no contar con maquinistas ni operarios propios si la operación y el mantenimiento de sus centrales están totalmente tercerizados a un experto. Lo mismo ocurre con los fondos de inversión, un fenómeno global cuya esencia los lleva a preferir que un tercero especializado ejecute determinadas operaciones antes que desarrollar internamente esas capacidades. Esta irrupción del capital de inversión es uno de los grandes motores de la tercerización en el Perú y en el mundo.

III. La noción del “núcleo del negocio” constituyó el eje dogmático de la prohibición derogada. ¿Cómo evalúa la solidez jurídica de este concepto y cuál es su correlato en el derecho comparado?

El “núcleo de negocio” es una creación netamente peruana. Se introdujo en la norma para evitar que la prohibición sonara excesivamente radical, ya que vetar toda “actividad principal” habría paralizado múltiples operaciones esenciales que no necesariamente son nucleares.

Para ilustrarlo: en una empresa minera, la actividad nuclear comprende a quienes tienen contacto directo con el mineral (extracción, procesamiento en planta, obtención del metal). Las actividades principales, en cambio, abarcan a profesionales como los abogados o contadores de la mina; no son el núcleo, pero tampoco son meramente complementarios, pues son esenciales para la operación corporativa. Finalmente, las actividades complementarias o periféricas incluyen servicios accesorios como la limpieza o la vigilancia.

Existen áreas grises, como el transporte. El transporte del mineral extraído hacia la planta es indudablemente una actividad nuclear, o por lo menos principal. Por el contrario, el transporte del personal hacia el campamento calificaría como actividad complementaria o principal, dependiendo de su intensidad y relevancia. Sin embargo, a nivel internacional, generalmente solo existen dos categorías: principal y complementaria. Además, en el mundo y en organismos como la Organización Internacional del Trabajo, el término utilizado es “subcontratación”, siendo “tercerización” un vocablo de uso predominantemente peruano.

IV. Revisando las cifras de 2022, hubo poco más de cien inspecciones de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral frente a miles de empresas de tercerización activas. ¿Considera que el problema de fondo radica en el diseño normativo o en una falta de fiscalización efectiva?

Ese es un punto fundamental. Se suele asociar la tercerización con la precariedad laboral, argumentando que es una “forma moderna de esclavitud”. Es cierto que, a medida que se desciende en la cadena de suministro, las condiciones y beneficios pueden disminuir debido a la menor capacidad económica de los subcontratistas.

En un proyecto inmobiliario, el dueño del terreno contrata a una gran constructora. Esta, a su vez, subcontrata a una empresa global experta en ascensores. Esta última puede subcontratar a una empresa instaladora local, la cual, finalmente, podría subcontratar a dos técnicos independientes. Mientras más se baja en esta cadena, las empresas tienen menor envergadura y los beneficios laborales suelen reducirse, lindando a veces con la informalidad.

No obstante, también existen tercerizaciones donde el trabajador del tercero percibe mayores ingresos que el de la empresa principal, como ocurre con especialistas internacionales en perforación petrolera. El verdadero problema radica en las empresas ficticias o “de paja”. Se trata de empresas “huecas” que no poseen activos, herramientas ni *expertise* real, y cuyo único aporte es la provisión de personal en planilla para abaratar costos.

El ordenamiento ya prohíbe la simulación y el fraude. Bajo el pretexto de que existen abusos, se intentó prohibir la figura en su totalidad, cuando lo que realmente corresponde es controlar y supervisar de manera efectiva. Una tercerización legítima se caracteriza por la especialidad. Si una empresa busca un servicio de calidad, contrata a un especialista; si solo busca evitar cargas laborales mediante una figura ficticia, estamos ante un fraude que el Estado debe sancionar.

V. En ese sentido, ¿cómo afecta la prohibición de la tercerización a la libertad de empresa y a la eficiencia económica, considerando la economía de opción de las organizaciones?

Prohibir la tercerización tiene un efecto devastador, porque existen actividades que las empresas simplemente no pueden, ni deben, realizar por sí mismas. Si existe un tercero que puede ejecutar un proceso de manera más rápida, eficiente y económica utilizando sus propios recursos especializados, carece de sentido que la ley obligue a las empresas a ser especialistas en todo.

Esto se observa en los canales de televisión, donde los programas son producidos por terceros que alquilan el espacio y gestionan su propia publicidad. También es evidente en el sector salud: los laboratorios de análisis clínicos o centros de rayos X dentro de las clínicas suelen pertenecer a terceros especializados. Si se prohibiera esta práctica, la clínica tendría que implementar su propio laboratorio, lo que incrementaría sustancialmente los costos operativos. Al final, el principal perjudicado sería el ciudadano, quien tendría que asumir esos mayores costos. Prohibir la tercerización, al margen de atentar contra la libertad de empresa, atenta directamente contra la productividad y la viabilidad del crecimiento económico del país.

VI. ¿Considera que el debate sobre las restricciones a la tercerización está definitivamente cerrado, o anticipa una futura respuesta legislativa que busque reintroducir este tipo de limitaciones?

En el Perú, el panorama jurídico rara vez se encuentra definitivamente cerrado. Sin embargo, las recientes resoluciones de la Corte Suprema y del INDECOPI, sumadas a la actual composición del Congreso, sugieren que en los próximos años gozaremos de cierta estabilidad jurídica en esta materia, la cual es indispensable tanto para las empresas como para los trabajadores.

Para mantener este equilibrio, es crucial que los actores asuman sus roles. Por un lado, el Estado debe focalizar su fiscalización en las malas prácticas, utilizando herramientas modernas como la inteligencia artificial para detectar empresas con alta facturación, grandes consumos operativos, pero sin personal en planilla. El esfuerzo debe orientarse hacia los verdaderos bolsones de informalidad.

Por otro lado, el sector empresarial debe autorregularse y aislar a las organizaciones informales. Los gremios deben ser estrictos y, de ser necesario, expulsar a aquellos miembros que acumulen infracciones reiteradas y compitan de manera desleal. Los extremos son nocivos: un uso abusivo y descontrolado de la figura genera el caldo de cultivo para que surjan corrientes políticas que busquen prohibirla nuevamente.

VII. Respecto a esta autorregulación empresarial, ¿de qué manera la normativa internacional sobre la cadena de suministro impacta en las prácticas laborales de las empresas peruanas?

El impacto es cada vez mayor. En Europa, por ejemplo, ya están vigentes normativas estrictas de debida diligencia en la cadena de suministro. Un supermercado en Londres que importa productos agroindustriales peruanos tiene la obligación legal de verificar que la cosecha se haya realizado sin trabajo forzoso o infantil, y respetando los derechos laborales fundamentales.

Este estándar trasciende la legalidad estricta local para convertirse en una exigencia ética y comercial. Un caso emblemático ocurrió hace años en el sector textil, cuando una marca internacional exigió a su proveedor peruano la reposición de dirigentes sindicales despedidos, condicionando la continuidad de sus compras al cumplimiento de prácticas laborales adecuadas.

Un hito ilustrativo en materia de debida diligencia transnacional en el Perú fue el caso de la proveedora textil Topitop frente al grupo internacional Inditex (matriz de Zara). Ante el despido de dirigencia sindical en las plantas locales, la representación de los trabajadores acudió a la Federación Internacional de Trabajadores del Textil, Vestuario y Cuero, exponiendo el caso ante Inditex. Pese a que la empresa peruana sostenía la legalidad de los ceses al amparo de la normativa nacional y la existencia de procesos judiciales en trámite, el estándar ético y de debida diligencia exigido por Inditex fue determinante: la multinacional

apercibió con suspender sus órdenes de compra si no se restituía a los trabajadores desposeídos y se suscribía un código de buenas prácticas de cese.

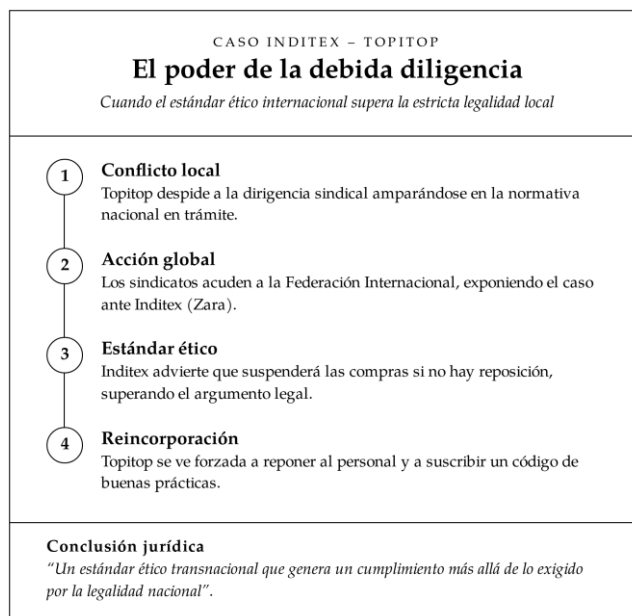


Gráfico generado con inteligencia artificial.

Ello motivó la reincorporación del personal, demostrando cómo la debida diligencia internacional genera un efecto de “contagio” positivo. Varias empresas transnacionales que operan en el Perú ya exigen estos estándares a sus proveedores de empaques o insumos, fomentando una responsabilidad social que va más allá del simple cumplimiento normativo.