

Tercerización de Servicios en el Perú: Estado de la cuestión

Diego Castillo Fuentes*

Resumen. - Tras intentos reglamentarios para limitar la ejecución de servicios de tercerización en el Perú, criterios judiciales con carácter firme han hecho retroceder tales reformas reglamentarias, lo que nos invita a determinar cuál es el estado actual regulatorio aplicable para la ejecución de un esquema de tercerización de servicios válido, con especial incidencia en la posibilidad de tercerizar actividades que puedan ser consideradas como consustanciales a las actividades principales de la empresa o entidad contratante.

Palabras clave. - Tercerización de Servicios - Externalización de servicios - Núcleo de negocio - Reorganización empresarial.

Abstract. - Following regulatory attempts to limit the provision of outsourcing services in Peru, final judicial rulings have set back such regulatory reforms, prompting us to determine the current applicable regulatory framework for implementing a valid service outsourcing arrangement, with particular emphasis on the possibility of outsourcing activities that may be considered integral to the core activities of the contracting company or entity.

Keywords. - Outsourcing of services - Externalization of services - Core business - Corporate reorganization.

* Abogado Socio del Área Laboral de Hernandez & Cía. Magister en Dirección de Recursos Humanos por EAE Business School de Madrid y por la Universidad Rey Juan Carlos de España. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Laboral en la Universidad del Pacífico.

I. Apuntes preliminares

Desde una apreciación netamente personal del autor, no ha pasado inadvertida la tendencia peruana de referirse a la tercerización de servicios como “tercerización laboral”. En diversos trabajos o notas periodísticas se habla de tercerización de servicios como “tercerización laboral”.

Si bien pareciese que es solo un tema de nomenclatura, tal fraseo que busca identificar a la tercerización de servicios como una institución del derecho del trabajo, limita y encierra una figura de reorganización corporativa como la tercerización, como si su propósito empresarial fuera netamente laboral, a pesar de que tal premisa es profundamente equivocada.

La tercerización de servicios no se agota en las implicancias laborales que puede conllevar tal figura de reorganización empresarial; por el contrario, se trata de una herramienta para lograr eficiencias empresariales. En términos latos, estamos ante un esquema de organización por el cual una empresa o entidad, para lograr tener un desarrollo más eficiente de sus actividades productivas (sean éstas las principales o complementarias a su giro de negocio), opta por externalizar éstas a través de la contratación de empresas con mayor especialización, *know how* y sustentos técnicos para realizar estas actividades de manera más profesional, con mayor valor agregado, en un menor tiempo o, en síntesis, con un mayor valor a un menor costo (eficiencia económica).

Ciertamente, esquemas de tercerización u *outsourcing* podrán tener implicancias de naturaleza laboral, en cuyo caso deberá entrar a tallar la regulación laboral para procurar la protección de derechos laborales como la estabilidad laboral, libertad sindical entre otros que puedan ser conculcados bajo el uso fraudulento de esquemas de tercerización de servicios. No obstante, englobar cualquier esquema de tercerización como “tercerización laboral”, es una apreciación limitada y peligrosa, pues puede dar a entender que el principal propósito (sino el único) de dicha figura persigue eficiencias netamente laborales (relacionadas con desplazamiento de personal), lo cual está totalmente alejado de la realidad y del verdadero propósito de una tercerización de servicios.

II. Marco legal de la tercerización de servicios

El 24 de junio de 2008 se publicó la Ley 29245, “Ley que Regula los Servicios de Tercerización”, a través de la cual se plasmó un cuerpo normativo específico que aborda el tratamiento legal aplicable a esquemas de tercerización de servicios. Ello no quiere decir que, con anterioridad al 2008, no haya habido regulación alguna que haya buscado delinear un esquema ya usado el *outsourcing* o externalización productiva.

Ante confusiones del real tratamiento de una figura legal relacionada -pero no similar- a la tercerización de servicios, como la intermediación laboral, surgió la

necesidad de que el reglamento de esta segunda institución defina tangencialmente qué es lo que se tiene que entender por “tercerización de servicios”. Así, el Decreto Supremo 003-2002-TR, publicado el 28 de abril de 2002 para reglamentar la Ley 27626 que regula la Intermediación Laboral, cinco años antes de la publicación de la Ley 29245, utilizó los siguientes términos para esbozar lo que es una tercerización de servicios:

Artículo 4.- De la tercerización de servicios

No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al Artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.

La Ley 29245 recoge varios elementos de esta definición reglamentaria para establecer el concepto de tercerización en el artículo 2 de la referida ley:

Artículo 2.- Definición

Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.

La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

Las líneas coincidentes en estas definiciones se encuentran en el desarrollo de actividades especializadas por parte de la empresa contratada (la empresa tercerizadora), que involucre (i) la asunción de los servicios prestados por su cuenta y riesgo; (ii) cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; (iii) sean responsables por los resultados de sus actividades y (iv) sus

trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Así, ambas definiciones recogen lo que ahora se conoce como los requisitos de validez de una tercerización de servicios.

Nótese que, en ambas definiciones, nos encontramos ante una tercerización de servicios que puede ser llevada a cabo de manera totalmente externa (tercerización sin desplazamiento de personal) como llevada a cabo con participación del personal de la empresa de tercerización en las instalaciones de la empresa contratante o empresa principal (desplazamiento de personal). Para efectos del ámbito de aplicación de las normas que regulan la tercerización de servicios en materia laboral, el Decreto Legislativo 1038 publicado el 25 de junio de 2008 resuelve esa omisión, estableciendo que el ámbito de aplicación de la Ley 29245 se circunscribe a:

Aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica².

También es importante advertir que, ni el Decreto Supremo 003-2002-TR ni la Ley 29245, limitan la aplicación de las normas que regulan la tercerización de servicios a actividades principales o complementarias. No obstante, es el Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, aprobado por Decreto Supremo 006-2008-TR el cual determina que el ámbito de aplicación de esta regulación comprende a las empresas que tercerizan actividades principales, en la medida que tal tercerización se produzca con desplazamiento continuo:

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.

² Artículo 2 del Decreto Legislativo 1038. Posteriormente, el Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, aprobado por Decreto Supremo 006-2008-TR, establecerá cuándo nos encontraremos ante una tercerización con desplazamiento continuo, lo que se configurará en caso de que a) el desplazamiento ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o, b) exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

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.

Creemos que la mención de esta limitación en la aplicación de las normas de tercerización de servicios en el Reglamento y no en la Ley, generó la controversia sobre la validez de la tercerización sobre actividades que puedan ser catalogadas como parte del núcleo de negocio.

A la luz de las normas antes citadas, pareciese que no es posible determinar si las normas vigentes (o en todo caso, las normas vigentes antes de la publicación del ya ilegal Decreto Supremo 001-2022-TR) permiten la tercerización de servicios sobre actividades que puedan ser catalogadas como núcleo de negocio. Sin embargo, veremos a continuación que, en rigor, el Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, el Decreto Supremo 003-2002-TR resolvía de forma positiva tal incertidumbre, como veremos a continuación.

III. Decreto Supremo 001-2022-TR: prohibición de tercerizar el núcleo de negocio

Durante gran parte del año 2022 y todo el 2023 y 2024 se generó un acalorado debate, incluso en sede judicial, sobre si la modificación al Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, aprobado por Decreto Supremo 006-2008-TR, efectuada por el Decreto Supremo 001-2022-TR publicada durante el gobierno de Pedro Castillo, era constitucional y legal. Vale la pena recordar que el Decreto Supremo 001-2022-TR dispuso prohibir la tercerización de actividades que recaigan sobre el núcleo de negocio de la empresa principal con la modificación del artículo 2 del Decreto Supremo 006-2008-TR, antes citado (en su versión original):

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. (el énfasis es nuestro)

Diversas acciones de amparo se interpusieron contra el Decreto Supremo 001-2022-TR (por ser una norma autoaplicativa) por vulnerar derechos constitucionales como la libertad de contratar en el caso de empresas clientes de servicios de tercerización y libertad de empresa en el caso de empresas de servicios. Asimismo, se interpusieron sendos procesos de acción popular cuestionando la legalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR.

Con cargo a analizar con mayor detalle el devenir de estos procesos de acción popular que fueron acumulados en el Expediente 00756-2022-0-1801-SP-DC-03, la primera aproximación para resolver la controversia sobre prohibición de tercerizar actividades que formen parte del núcleo de negocio, provino de la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que resolvió en primera instancia el expediente acumulado y declaró fundada en parte la acción popular interpuesta por diversos gremios y entidades contra el Decreto Supremo No. 001-2022-TR; dejando sin efecto la necesidad de las empresas de adecuarse a una regulación -a nuestro juicio- ilegal e inconstitucional, pero dejando subsistente la restricción de tercerizar el “núcleo de negocio” de las empresas, término sin definición ni mención alguna en el texto de la Ley de Tercerización de Servicios.

Con la modificación del Reglamento de la Ley de Tercerización, cuyos efectos se encontraban ya suspendidos por medidas cautelares ante Indecopi³, entró en boga el uso del término “núcleo de negocio”, propuesto por el Decreto Supremo 001-2022-TR para prohibir el uso de contratos de tercerización de servicios para actividades que recaigan sobre el “núcleo de negocio” de la empresa contratante.

Es precisamente este término el que la Tercera Sala Constitucional dejó subsistente en su sentencia⁴:

INTERPRETAR que el artículo 2º del Decreto Supremo N° 001-2022-TR en el extremo que establece; “(...) No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio.”, es constitucional siempre que se entienda que esta prohibición debe establecerse ante la acreditación de la utilización indiscriminada y abusiva (fraudulenta) de esa forma de contratación con el consiguiente perjuicio de los derechos de los trabajadores; **INTERPRETÁNDOSE y ENTENDIÉNDOSE** en igual forma y alcances, el extremo del artículo 5º que establece que: “Se produce la desnaturalización de la tercerización: (...) b) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio (...) desde

³ Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas INDECOPI (2023). Expediente 000362-2022/CEB. Lima: 10 de febrero de 2023.

⁴ Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente acumulado 00756-2022-0-1801-SP-DC-03. Lima: 8 de marzo de 2023.

el inicio el desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto al momento en”; y el extremo del artículo 9º, que establece que:“...con la determinación del momento desde el cual se considera a la empresa principal como empleador de los trabajadores desplazados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del presente Reglamento (...). Sin Costos.

En opinión del autor, no se trata de una interpretación, sino la modificación sustancial de lo que establece el texto expreso del artículo 2 del Decreto Supremo 001-2022-TR al contemplar la prohibición de tercerizar actividades que formen parte del núcleo de negocio. Difícilmente puede sostenerse que, producto de mecanismos de interpretación normativa -llámese interpretación teleológica, literal, histórica, sistemática u otras-, pueda determinarse que una prohibición deja de serlo si no se demuestra un uso indiscriminado (fraudulento) de esa figura para afectar derechos laborales de los trabajadores desplazados al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal. En síntesis, bajo un pretexto de interpretación, la Tercera Sala Constitucional cambia el sentido de la prohibición de tercerizar el núcleo de negocio (el cual claramente tenía por propósito prohibir cualquier tercerización sobre el núcleo de negocio, sea que su uso sea indiscriminado o no), modificando sustancialmente su texto.

Fundamentos para concluir que dicha prohibición es ilegal existen, prueba de ello es que la Corte Suprema en segunda instancia finalmente declara la nulidad de la prohibición de tercerizar actividades que formen parte del núcleo de negocio (como veremos en este trabajo). Sorprendentemente, la Tercera Sala Constitucional opta por no declarar la ilegalidad de dicho texto normativo y decide cambiar sustancialmente el sentido de éste.

A pesar de tratarse de una definición elemental para determinar si una tercerización de servicios era válida o no a la luz del referido Decreto Supremo 001-2022-TR -norma cuya legalidad y constitucionalidad, nuevamente, resulta cuestionable-, no existe dentro del conjunto de normas que regula la tercerización de servicios en el Perú, una definición de lo que califica como “núcleo de negocio”, situación suficiente para declarar su ilegalidad (dado que un Reglamento no puede regular más allá de lo que dispone la Ley).

La norma que trajo a colación el término no definió qué era el núcleo de negocio para efectos de aplicación de tal prohibición, solo propuso indicios para su identificación, indicios que fueron declarados ilegales por la Tercera Sala Constitucional en la acción popular de marras:

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.⁵

El encargado de la fiscalización del cumplimiento del Decreto Supremo 001-2022-TR, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral -SUNAFIL-, tampoco tuvo claro qué era el “núcleo de negocio”. Para el desarrollo de sus actividades inspectivas, SUNAFIL emitió un Protocolo para la Fiscalización de la Tercerización Laboral⁶, en el que definió al “núcleo de negocio” en función a lo que no es: “lo que forma parte de la actividad principal de la empresa pero, por sus particulares características, no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento”.

Siendo la definición de núcleo de negocio trascendental para la aplicación de una prohibición expresa a la contratación de actividades de tercerización, ¿no resultaba indispensable por parte del Ministerio de Trabajo que, como mínimo, sea claro en qué consiste el núcleo de negocio como actividades no tercerizables?

Ad portas de la aplicación de una norma que supone en muchos casos la desaparición de empresas a las que se les prohibirá prestar servicios a sus clientes regulares, lo mínimo que se podía esperar era predictibilidad y claridad en la determinación de los supuestos de hecho prohibidos para la tercerización, más allá de los cuestionamientos de su legalidad y constitucionalidad. Por el contrario, solo tuvimos por parte del Ministerio de Trabajo y de la SUNAFIL, indicios y definición de aquello que no es núcleo de negocio. Esta incertidumbre tampoco fue resuelta por la Tercera Sala Constitucional de Lima, pues dejó como subsistente el famoso término de “núcleo de negocio” con definición ausente, bajo una interpretación que, en rigor, solo cambia el sentido de la prohibición, no la declara ilegal.

Si tuviéramos que esbozar qué es núcleo de negocio, partiendo de los indicios propuestos por el Ministerio de Trabajo y lo que SUNAFIL consideró que no es núcleo de negocio, lo definiríamos como aquella actividad que es consustancial al giro de negocio de la empresa.

De hecho, tal definición ya era utilizada por normas que regulan la tercerización de servicios en el Perú (léase el Decreto Supremo 003-2002-TR), precisamente para

⁵ Artículo 1 del Decreto Supremo 001-2022-TR.

⁶ SUNAFIL (2022). Resolución de Superintendencia 428-2022-SUNAFIL. Lima: 24 de agosto de 2022.

definir qué es una actividad principal, actividad que expresa y específicamente puede ser objeto de tercerización de servicios según las normas sobre tal materia.

En efecto, en las definiciones contempladas en el artículo 1 del Decreto Supremo 003-2002-TR, se definió “Actividad Principal” en los siguientes términos:

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

La lectura de esta definición es esclarecedora, pues esta definición de actividad principal es prácticamente coincidente con lo que el Decreto Supremo 001-2022-TR quiso considerar -sin decirlo expresamente- como núcleo de negocio.

Debemos señalar además que, tanto en la versión original del Reglamento de la Ley de Tercerización de Servicios como en versión modificada por el Decreto Supremo 001-2022-TR, se mantuvo la remisión al Decreto Supremo 003-2002-TR para definir lo que es una actividad principal (que, como vemos, comprende lo que puede entenderse como “núcleo de negocio”) para efectos de una tercerización de servicios. Esto es evidencia de que el espíritu de la Ley de Tercerización de Servicios, complementada reglamentariamente por el Decreto Supremo 006-2008-TR, es el que se pueda tercerizar cualquier actividad principal (incluso aquella que pueda formar parte de lo que el Decreto Supremo 001-2022-TR trata de distinguir como “núcleo de negocio” y otros autores distinguen como *core business*), en la medida que se cumplan con los requisitos de validez de dicha figura de reorganización empresarial previstos en la Ley en mención.

Esta práctica errada de dejar en la indefinición al término específico en el que reside el sentido (y, por tanto, las consecuencias) de una norma, quedaría en lo anecdótico y pasaría al olvido como tantas otras normas, sino fuera que la aplicación de ésta puede suponer la eliminación de empresas formales, la restricción de derechos fundamentales como la libertad de contratación y de empresa, así como la destrucción del empleo formal en el sector servicios.

IV. Pronunciamiento de la Corte Suprema que resuelve declarar la ilegalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR

En el mes de abril de 2026 se publicó la Sentencia ACCIÓN POPULAR 30989-2023 LIMA, que puso fin a la discusión sobre la legalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR, que prohibía la tercerización de las actividades del núcleo de negocio de la empresa principal.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, en segunda -y final- instancia, resolvió revocar el extremo de la sentencia emitida por la Tercera Sala Constitucional de Lima que declaró fundada en parte la demanda, para declarar fundada la demanda de Acción Popular del expediente acumulado 00756-2022-0-1801-SP-DC-03, en su totalidad. Como consecuencia de lo anterior, se declaró la nulidad del Decreto Supremo 001-2022-TR.

Los principales fundamentos por los cuales la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República resolvió declarar la nulidad del Decreto Supremo 001-2022-TR, fueron los siguientes:

- a. **Vulneración del principio de jerarquía normativa:** de acuerdo con la Corte Suprema, el Decreto Supremo 001-2022-TR vulneró el citado principio, “al introducir la denominación de núcleo del negocio que restringe la tercerización de los servicios de especialización u obra de la actividad principal de una empresa”, sin que la Ley 29245 lo haya previsto.

Es preciso acotar que la Corte Suprema resolvió en ese sentido sin anotar uno de los argumentos esgrimidos por una de las codemandantes (Sedapal), consistente en que el artículo 1 de la Ley 29245, establece expresamente que la ley es el único instrumento normativo que puede establecer limitaciones a la tercerización⁷; consecuentemente, una norma reglamentaria no podría establecer requisitos o prohibiciones adicionales a las previstas en la Ley. Creemos que esta razón también debió ser considerada para declarar la ilegalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR.

- b. **Exceso de potestad reglamentaria:** relacionado al primer punto o fundamento para declarar la nulidad del Decreto Supremo 001-2022-TR, la Corte Suprema sostuvo que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo la potestad de reglamentar leyes, sin que con ello pueda transgredirlas ni desnaturalizarlas, potestad que ha sido desvirtuada al establecer limitaciones (como la prohibición de tercerizar el núcleo de negocio) que no se encontraban previstas en la Ley 29245.

Vale la pena reincidir en el propósito identificado en la Ley 29245, bajo una lectura sistemática de la Ley en mención, su Reglamento y el Decreto Supremo 003-2022-TR. La Ley 29245, complementada reglamentariamente por el Decreto Supremo 006-2008-TR (su Reglamento), denota el propósito de que se pueda tercerizar cualquier actividad principal (incluso aquella que pueda formar parte de lo que el Decreto Supremo 001-2022-TR trata de

⁷ Ley 29245: “**Artículo 1.- Objeto de la Ley**

La Ley regula los casos en que procede la tercerización, los requisitos, derechos y obligaciones, así como las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalizan el uso de este método de vinculación empresarial”. (el énfasis es nuestro)

distinguir como “núcleo de negocio”), en la medida que se cumplan con los requisitos de validez de dicha figura de reorganización empresarial. Para ello es relevante atender a que la definición de “actividad principal” prevista en el Decreto Supremo 003-2002-TR (al que se remite el Reglamento de la Ley de Tercerización de Servicios para definir actividad principal) comprende a las actividades que son “consustanciales al giro de negocio”, lo cual, sin temor a dudas, debe referirse a lo que el Decreto Supremo 001-2022-TR catalogaba como “núcleo de negocio”.

- c. **Afectación a derechos constitucionales como libertad de empresa y libertad de contratación:** En este extremo, la Corte Suprema coincide con la Tercera Sala Constitucional de Lima al sostener que las restricciones previstas en el Decreto Supremo 001-2022-TR sí afectaban los derechos constitucionales a la libertad de empresa y libertad de contratación, al restringir el uso de la figura empresarial de tercerización de servicios, bajo una prohibición sometida a una indefinición absoluta.

En lo que difiere la Corte Suprema con la Tercera Sala Constitucional de Lima, es en la solución ante tal vulneración. Mientras que la Tercera Sala Constitucional de Lima propuso como fórmula de solución la reinterpretación de la prohibición de tercerizar el núcleo de negocio, la Corte Suprema ha cuestionado tal salida, por no aclarar precisamente el cuestionamiento central de las demandas de acción popular: si es que la prohibición de tercerizar el núcleo de negocio es una restricción ilegal o no. Por tal motivo, la Corte Suprema considera inválida la interpretación de la Tercera Sala Constitucional de Lima.

Debemos resaltar la importancia del resultado de las demandas de Acción Popular, cuya sentencia en segunda instancia tiene carácter firme y efectos *erga omnes*, como mecanismo de control de la legalidad previsto por nuestra Constitución Política. En consecuencia, el Decreto Supremo 001-2022-TR es expulsado de nuestro ordenamiento jurídico por ilegal.

V. Corte Suprema vs Tribunal Constitucional: ¿Existen realmente una incompatibilidad de criterios?

Como consecuencia de los procesos de amparo iniciados para inaplicar el Decreto Supremo 001-2022-TR, el Tribunal Constitucional se pronunció vía recurso de Agravio Constitucional interpuesto por la demandante Lima Airport Partners en el Expediente 03097-2024-PA/TC sobre la constitucionalidad y legalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR, a pesar que la pretensión específicamente recaía en declarar la inaplicación del referido Decreto Supremo respecto del demandante por vulnerar derechos constitucionales como la libertad de empresa y la libertad de contratar, por tratarse de una norma autoaplicativa.

En síntesis, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda respecto de la pretensión sobre la infracción al principio de jerarquía normativa, declarando infundada la demanda respecto de las pretensiones de inaplicación del Decreto Supremo 001-2022-TR por vulneración de los derechos a la libertad de empresa y contratación.

Sin embargo, la importancia de esta sentencia reside en el pronunciamiento -no invocado por las partes- sobre la constitucionalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR. Si bien pareciese una pretensión implícita, debemos recordar que el cuestionamiento a dicho Decreto Supremo se centra en la ilegalidad y contradicción de éste con la Ley 29245 que pretende reglamentar. Hacemos notar también que esta sentencia no fue emitida en unanimidad; de los siete Magistrados del Tribunal Constitucional, cuatro de ellos⁸ conformaron sentencia que con el sentido final que hemos detallado; tres de ellos⁹ emitieron votos singulares, los cuales concluyeron que el Decreto Supremo 001-2022-TR vulneraba el principio de jerarquía normativa.

En síntesis, más allá de la decisión final, el Tribunal Constitucional sostuvo entre sus fundamentos que el contenido del Decreto Supremo 001-2022-TR tiene una finalidad constitucionalmente válida, al tratar de regular y limitar un uso indiscriminado de la figura de la tercerización de servicios para proteger derechos laborales¹⁰.

Para culminar este razonamiento, los Magistrados que conformaron sentencia determinaron que no era procedente atender la pretensión de infracción al principio de jerarquía normativa por cuanto -bajo sus criterios- el control de constitucionalidad que la parte demandante estaba buscando era uno de carácter abstracto, que debió canalizarse a través de una demanda de acción popular. Para ello, evidentemente, concluyeron previamente que el Decreto Supremo 001-2022-TR no tenía carácter autoaplicativo, posición con la que discrepamos.

Noten que con tal posición previa sobre la incompetencia por razón de materia (por considerar que se trata de una pretensión que debe ventilarse en un proceso de acción popular), errada o no, daba por improcedente la demanda sin necesidad de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre si el Decreto Supremo 001-2022-TR tiene una finalidad constitucionalmente legítima o no. Sin embargo, añadieron tal razonamiento a la sentencia.

⁸ Los Magistrados Pacheco Zerga, Morales Saravia, Gutierrez Ticse y Ochoa Cardich.

⁹ Los Magistrados Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Hernández Chávez tuvieron votos singulares.

¹⁰ Fundamento 69 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 03097-2024-PA/TC:

“69. Precisamente, este Tribunal advierte que la prohibición de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio a la que se refiere el reglamento de la ley, encuentra fundamento en la protección constitucional de los derechos laborales que la Constitución reconoce.”

La Corte Suprema, en la Sentencia ACCIÓN POPULAR 30989-2023 LIMA comentada en el acápite anterior, desarrolla su manifiesta discrepancia con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en dicho extremo:

12.10. Un aspecto que no se puede dejar de analizar está referido a la sentencia de amparo emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 3097-2024- PA/TC, en el que efectuando control difuso, solo aplicable inter partes, llegó a la conclusión de que la norma cuestionada afecta los derechos de los trabajadores de la empresa tercerizadora; sin embargo, esto colisiona no solo con lo establecido en la Ley que regula los servicios de tercerización, sino también con los fundamentos expuestos en la acción de inconstitucionalidad, pues introduce una limitación (núcleo del negocio) que impide tercerizar los servicios especializados u obra que implique un desplazamiento del trabajador de la empresa tercerizadora a la empresa principal, cuando se refiera a la actividad principal de la empresa; no advirtiéndose – como se señaló anteriormente – que la ley haya querido realizar una distinción respecto de la actividad principal de una empresa, que comprenda el núcleo del negocio y aquello que está exento del mismo. Por tanto, para este Supremo Tribunal, la referida sentencia expone fundamentos que contravienen la ley. Es de señalar, además, que en la parte resolutive de dicha acción constitucional se expresa que “(...) **IMPROCEDENTE la demanda respecto de la presunta infracción al principio de jerarquía normativa**”. No obstante, debe tenerse en cuenta que la decisión aludida no tiene carácter vinculante sobre la constitucionalidad de la norma y, además, se dejó establecido conforme a las razones competenciales que solo resuelve el Poder Judicial en última instancia la acción popular, lo que también es admitido en la sentencia del Tribunal Constitucional aludida.

Es esclarecedor como la Corte Suprema, independientemente del manifiesto desacuerdo con el Tribunal Constitucional respecto de un presunto fin constitucionalmente legítimo en las restricciones previstas en el Decreto Supremo 001-2022-TR, hace recordar que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional no es vinculante sobre la constitucionalidad de la norma y que quien resuelve tal materia conforme al ordenamiento procesal constitucional, es la Corte Suprema en última instancia en la vía del proceso de acción popular.

Entonces, si bien hay una clara discordancia entre criterios sobre la constitucionalidad y legalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, estamos ante dos pronunciamientos en los que los efectos de uno se anteponen al otro. En efecto, en el caso de la sentencia del proceso de acción popular, nos encontramos ante efectos *erga omnes*, aplicables a todos los administrados de la justicia peruana. Por el contrario, por más que el Tribunal Constitucional haya querido definir criterios para que instancias

inferiores en sede constitucional resuelvan de manera unívoca, se trata de un proceso cuyos efectos de la sentencia solo recaen sobre las partes involucradas.

VI. Conclusiones

Es menester responder a la pregunta que subyace al título de este trabajo. ¿en qué estado se encuentra la tercerización de servicios en el Perú? ¿Es posible tercerizar actividades que forman parte del núcleo de negocio?

- a. Nuestra posición es que sí, sí es posible tercerizar actividades que forman parte del núcleo de negocio de las empresas principales. Si bien la Ley 29245 no lo dice expresamente, podemos concluir que la finalidad de tal norma y del Decreto Legislativo 1038 es esa, lo cual es desarrollado en el Decreto Supremo 006-2008-TR, Reglamento original sobre la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038.
- b. La propia Ley 29245 propone ejemplos de tercerización que no sugieren, sino que explicitan la finalidad de que tal mecanismo de organización empresarial pueda recaer sobre actividades que puedan ser consustanciales al giro de negocio. Entre estos ejemplos se encuentra el contrato de gerenciamiento previsto en la Ley General de Sociedades. ¿qué actividad más medular que la tercerización de la gerencia de una empresa?
- c. A nivel reglamentario, el Decreto Supremo 006-2008-TR se remite a la definición de actividad principal prevista en el Decreto Supremo 003-2002-TR, la cual define como actividad principal a “aquella que es consustancial al giro del negocio (...) en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa”. Ello también muestra que, a nivel reglamentario, con el propósito de desarrollar el espíritu de la Ley objeto de reglamentación, se reconoce la posibilidad de tercerizar actividades que puedan ser catalogadas como núcleo de negocio.
- d. La Sentencia ACCIÓN POPULAR 30989-2023 LIMA emitida para resolver en última instancia el expediente acumulado 00756-2022-0-1801-SP-DC-03, fortalece tal posición. Hacemos notar que la nulidad del Decreto Supremo 001-2022-TR responde al hecho que se constató la vulneración al principio de jerarquía normativa y el exceso de potestad reglamentaria; no obstante, para llegar a tal conclusión previamente se ha tenido que determinar que el Ministerio de Trabajo no podía crear una prohibición de tercerizar que no se encontraba en la Ley, lo que nos lleva a la conclusión (en virtud del principio de libertad¹¹) que lo que no está prohibido, se encuentra permitido.

¹¹ Constitución Política del Perú
Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho:
(...)

- e. Es relevante mencionar que el Tribunal Constitucional en el Expediente 0013-2014-PI/TC que resuelve el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 29245 (sentencia con efectos generales), descartó la inconstitucionalidad de dicha Ley, añadiendo en el análisis de la constitucionalidad de la norma en mención, el hecho que las actividades principales de una empresa puedan ser susceptibles de tercerización. Esto nos lleva a pensar que, a falta de mayor desarrollo (precisamente lo que el Decreto Supremo 001-2022-TR intentó de manera ilegal) las actividades que forman parte del núcleo de negocio, comprendidas indudablemente dentro de una actividad principal, pueden ser susceptibles de tercerización conforme a la óptica del Tribunal Constitucional en el Expediente 0013-2014-PI/TC.
- f. Ciertamente, la tercerización de actividades que puedan catalogarse como núcleo de negocio de la empresa principal, no es irrestricta. Esta tercerización tiene que buscar los propósitos empresariales que otorgan contenido a dicho esquema de organización. Esto es, lograr una eficiencia económica de especialización y mejor producto/servicio a menor costo, sin afectar derechos laborales ni buscar aparentar una tercerización con el solo propósito de eliminar posiciones de trabajo o reducir condiciones laborales.
- g. Buscar la restricción de la tercerización de servicios para actividades que puedan ser llamadas “*core business*” o núcleo de negocio, es ir en contra de la tendencia mundial de búsqueda de eficiencias y, que duda cabe, empleo formal de calidad. En el mundo globalizado ya es de común uso la figura del “*Employer of Record*” o EOR, que consiste básicamente en contratar a una empresa que se encargue de materializar la presencia corporativa de una entidad extranjera en el país, contratando personal a su nombre, en la planilla de la entidad EOR, sin que sea necesaria la incorporación de la entidad extranjera bajo una entidad domiciliada en el Perú bajo su propiedad accionarial. Esta figura supone que el EOR se haga cargo de manera integral de todas las actividades que necesita la entidad extranjera para operar en el país sin la necesidad de abrir una filial. Para ello el EOR debe cumplir cabalmente las normas legales del país en el que ejecuta sus labores, lo que incluye las normas laborales aplicables. Esta figura no sería posible si existiese una restricción como la prohibición de tercerizar el núcleo de negocio.

A la libertad y 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.