



Universidad  
**Inca Garcilaso de la Vega**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**TESIS**

LA INCIDENCIA DEL NÚCLEO DEL NEGOCIO EN LA  
TERCERIZACIÓN LABORAL Y EL RECONOCIMIENTO  
DE DERECHOS LABORALES

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO**

**AUTOR**

HENRY ANTONIO DEL CARPIO JIMÉNEZ

**ASESOR**

DRA. CS. CINTHYA CERNA PAJARES

**LIMA, PERÚ, ENERO DE 2023**

# HENRY ANTONIO DEL CARPIO JIMÉNEZ

## INFORME DE ORIGINALIDAD



## FUENTES PRIMARIAS

1	<a href="http://img.lpderecho.pe">img.lpderecho.pe</a> Fuente de Internet	2%
2	Submitted to Universidad Inca Garcilaso de la Vega Trabajo del estudiante	2%
3	<a href="http://portaldeperiodicos.unisul.br">portaldeperiodicos.unisul.br</a> Fuente de Internet	1%
4	<a href="http://pirhua.udep.edu.pe">pirhua.udep.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
5	<a href="http://tesis.usat.edu.pe">tesis.usat.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
6	<a href="http://doku.pub">doku.pub</a> Fuente de Internet	1%
7	<a href="http://repositorio.unheval.edu.pe">repositorio.unheval.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
8	<a href="http://docplayer.es">docplayer.es</a> Fuente de Internet	1%
9	<a href="http://www.mintra.gob.pe">www.mintra.gob.pe</a> Fuente de Internet	

## **Dedicatoria:**

Dedicado a mi padre celestial quien guía mis pasos por este sendero que elegí como profesión, que me ha proveído de la sabiduría necesaria para esclarecer mis ideas y poder plantearlas en la tesis que presento.

De igual forma dedico esta tesis al pilar más importante, mi familia, quienes creen y confía en mí, brindándome todo su cariño y protección, y me incluyen en sus oraciones por mi bienestar.

Por último, dedico esta tesis a mis maestros, quienes con los conocimientos que me transmitieron y sus sabios consejos, brindados durante el desarrollo de mi formación profesional conllevaron a fortalecer mis ideales.

## **Agradecimientos:**

Quiero expresar mi profunda gratitud a mi Dios quien me bendice a diario.

A mi familia quienes siempre creyeron en mí, dándome el ejemplo de superación, sacrificio y humildad, enseñándome a valorar y disfrutar las cosas simples que la vida me ofrece en el camino de mi profesión.

A mis maestros, por fomenta en mí el deseo de superación y de triunfo en esta etapa de mi vida, lo que contribuyó a que pueda afrontar los retos que se me han presentado a lo largo de mi carrera.

## Índice

### Caratula

Dedicatoria.....	i
Agradecimientos .....	ii
Índice .....	iii
Resumen.....	viii
Abstract .....	x
Introducción .....	xii
<b>Capítulo I:</b>	
<b>Fundamentos teóricos de la investigación .....</b>	<b>14</b>
1.1 Marco teórico.....	15
1.1.1 Nociones básicas de la empresa.....	15
1.1.1.1 Libertad de empresa.....	15
1.1.1.2 Actividades de la empresa .....	16
1.1.1.3 El modelo tradicional y la subcontratación en la gestión y la organización descentralizada de las empresas .....	20
1.1.2 Tercerización de servicios .....	21
1.1.2.1 Causas de la tercerización .....	21
1.1.2.2 Antecedentes de la tercerización .....	22
1.1.2.3 Concepto de tercerización y su aplicación según la Ley N° 29245 y su reglamento.....	27
1.1.2.4 Operadores de la Tercerización y su relación jurídica.....	31
1.1.3 Derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras .....	35

1.1.3.1 Posibles vulneraciones a los derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras.....	35
1.1.3.1 Relación jurídica entre la empresa tercerizadora y sus trabajadores.....	38
1.1.3.2 Condiciones laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras.....	40
1.1.3.3 Posibles soluciones para mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras.....	41
1.2 Antecedentes de investigaciones.....	43
1.2.1 Antecedentes Nacionales .....	43
1.2.2 Antecedentes internacionales .....	46
1.3 Marco conceptual .....	48
1.3.1 Tercerización.....	48
1.3.2 Outsourcing.....	49
1.3.3 Intermediación laboral .....	50
1.3.4 Decreto Supremo .....	50
1.3.5 Desplazamiento de Personal.....	50
1.3.6 Derechos laborales .....	52
1.3.7 Provisión de personal .....	53
1.3.8 Desnaturalización.....	53
1.3.9 Subordinación .....	53
1.3.10 Fiscalización laboral .....	54
<b>CAPÍTULO II:</b>	
<b>EL PROBLEMA, OBJETIVOS, HIPÓTESIS Y VARIABLES .....</b>	<b>55</b>
2.1 Planteamiento del problema .....	56

2.1.1 Descripción de la realidad problemática.....	56
2.1.2 Definición del problema.....	60
2.1.2.1 Problema general.....	60
2.1.2.2 Problemas específicos.....	60
2.2 Finalidad y objetivos de la investigación.....	61
2.2.1 Finalidad de la investigación.....	61
2.2.2 Objetivo general y específicos.....	61
2.2.2.1 Objetivo General.....	61
2.2.2.2 Objetivos Específicos.....	61
2.2.3 Delimitación del estudio.....	61
2.2.3.1 Delimitación espacial.....	61
2.2.3.2 Delimitación temporal.....	62
2.2.3.3 Delimitación temática.....	62
2.2.4 Justificación e importancia del estudio.....	62
2.2.4.1 Justificación del estudio.....	62
2.2.4.1.1 Justificación teórica.....	62
2.2.4.1.2 Justificación práctica.....	63
2.2.4.1.3 Justificación metodológica.....	63
2.2.4.2 Importancia del estudio.....	63
2.3 Hipótesis y Categorías Jurídicas.....	64
2.3.1 Hipótesis general.....	64
2.3.1 Hipótesis específicas.....	64
2.3.2 Categorías Jurídicas.....	65
2.3.2.1 Categoría Jurídica X.....	65

2.3.2.2 Categoría Jurídica Y .....	65
------------------------------------	----

### **CAPÍTULO III:**

#### **MÉTODO, TÉCNICA E INSTRUMENTO.....66**

3.1 Diseño de la investigación .....	67
3.2 Enfoque de la investigación .....	67
3.3 Método de investigación.....	67
3.3.1 Método general.....	67
3.3.2 Métodos particulares .....	67
3.3.2.1 Método dogmático .....	68
3.3.2.2 Método interpretativo.....	68
3.3.2.3 Método transversal – argumentativo .....	68
3.4 Nivel de investigación .....	69
3.5 Técnicas e instrumentos de recolección de datos .....	69
3.6 Ética de la investigación .....	69
3.7 Procesamiento de datos.....	70

### **CAPÍTULO IV:**

#### **PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS.....72**

4.1 Presentación de Resultados.....	73
4.1.1 Registro documentario .....	73
4.1.2 Análisis e interpretación de documentos.....	80
4.2 Contrastación de Hipótesis .....	87
4.2.1 Contrastación de la hipótesis general.....	87
4.2.2 Contrastación de hipótesis específicas.....	89
4.2.2.1 Primera hipótesis específica .....	89



4.2.2.2 Segunda hipótesis específica .....	91
4.2.2.3 Tercera hipótesis específica.....	94
<b>CAPÍTULO V:</b>	
<b>CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>96</b>
5.1 Conclusiones.....	97
5.2 Recomendaciones .....	98
<b>Referencias.....</b>	<b>100</b>
<b>Anexos .....</b>	<b>105</b>

## Resumen

### LA INCIDENCIA DEL NÚCLEO DEL NEGOCIO EN LA TERCERIZACIÓN LABORAL Y EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS LABORALES

Henry Antonio Del Carpio Jiménez

Universidad Inca Garcilaso de la Vega

Mediante el presente trabajo de investigación se analizó la figura de la tercerización laboral, en específico la figura del núcleo del negocio, incorporada en nuestro ordenamiento laboral a través del Decreto Supremo N° 001-2022-TR que modifica el reglamento de tercerización, con el fin de determinar si estas modificaciones beneficiaban a la empresa principal o permiten el reconocimiento de derechos laborales de los trabajadores contratados por las empresas que tercerizan

El diseño empleado en la elaboración de la presente tesis es el no experimental, el enfoque es el cualitativo, el método es el hipotético deductivo, además de emplearse otros métodos particulares como es el método dogmático, el nivel de investigación ha sido el deductivo y como técnica de investigación se utilizó el análisis documental.

Como resultado de la investigación se obtuvo que las modificaciones al reglamento de la tercerización laboral perjudican la estructura y organización de la empresa principal, además de su modelo económico al limitar su competitividad en el mercado.

Asimismo, se determinó que no era la vía más idónea para mejorar las condiciones o derechos laborales de los trabajadores contratados por estas empresas tercerizadoras de servicios.

Estos problemas de tercerización laboral surgen por su uso fraudulento o simulado, los cuales se resuelven a través de los procesos de fiscalización y sancionador que realiza la Sunafil. Determinando que otro mecanismo que beneficia a los trabajadores de estas empresas tercerizadoras es el fortalecimiento de los derechos laborales colectivos, como el sindicato o la negociación colectiva.

**Palabras clave**

- Tercerización
- Derechos laborales
- Subordinación
- Actividad principal
- Núcleo del negocio
- Desnaturalización laboral

## **Abstract**

### THE INCIDENCE OF THE CORE OF THE BUSINESS ON OUTSOURCED LABOR AND THE RECOGNITION OF LABOR RIGHTS

Henry Antonio Del Carpio Jiménez

Universidad Inca Garcilaso de la Vega

Through this research work, the figure of labor outsourcing was analyzed, specifically the figure of the core of the business, incorporated into our labor law through Supreme Decree No. 001-2022-TR that modifies the regulation of outsourcing, with the in order to determine if these modifications benefited the main company or allow the recognition of labor rights of the workers of the outsourcing companies.

The design used in the elaboration of this thesis is non-experimental, the approach is qualitative, the method is hypothetical deductive, in addition to using other particular methods such as the dogmatic method, the level of research has been deductive and as research technique documentary analysis was used.

As a result of the investigation, it was obtained that the modifications to the labor outsourcing regulations harm the structure and organization of the main company, in addition to its economic model by limiting its competitiveness in the market.

Likewise, it was determined that it was not the most suitable way to improve the labor conditions or rights of the workers of the service outsourcing companies.

The problems of labor outsourcing arise from its fraudulent or simulated use, which are resolved through the inspection and sanctioning processes carried out by the National Superintendency of Labor Inspection - Sunafil. It was determined that another mechanism that benefits the workers of outsourcing companies is the strengthening of collective labor rights, such as the union or collective bargaining.

#### **Keywords:**

- Outsourcing

- Labor rights
- Subordination
- Main activity
- Core business
- Labor denaturation

## **Introducción**

Las empresas se instituyen y desarrollan su objeto social con la intención de cosechar beneficios económicos, ser competitivas en un mercado en constante cambio (oferta y demanda), brindar el mejor producto o servicio, satisfacer las exigencias y las necesidades de sus clientes, expandirse en el mercado, obtener ingresos superiores a sus gastos, entre otros objetivos comerciales. Es por este motivo que las empresas necesitan herramientas que les faciliten competir en el mercado, siendo una de ellas la descentralización productiva.

La descentralización productiva permite que las empresas no estén sujetas a organizaciones, planificaciones, estrategias, diseños fijos o rígidos que dificulten su adaptabilidad en el mercado. Esta herramienta permite que las empresas tengan libertad de decisión sobre su estructura y organización, amparados en el artículo 59 de nuestra Constitución Política de 1993 que reconoce el derecho a la libertad de empresas.

A través de esta herramienta una empresa puede ceder parte de su actividad productiva a una empresa externa para que la desarrolle a cambio de una contraprestación económica. Asimismo, la empresa externa o tercera debe cumplir con todos los requisitos exigidos por Ley, que permita demostrar su autonomía respecto a la empresa que contrató sus servicios.

Nuestra legislación laboral es la encargada de regular la descentralización productiva, reconociendo dos figuras, la intermediación laboral que está normada por la Ley 27626, reglamentada mediante Decreto Supremo N° 003-2022-TR y modificatorias; y, la tercerización laboral regulada por la Ley N° 29245, el Decreto Legislativo N°1038, así como por su reglamento el Decreto Supremo N°006-2008-TR y modificatorias.

El problema de investigación de la presente tesis surge a partir de la vigencia del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, el cual modificó el reglamento de la

tercerización laboral, introduciendo una nueva figura denominada núcleo del negocio.

Específicamente el DS. N° 001-2022-TR, establece la prohibición de tercerizar las actividades pertenecientes al núcleo del negocio de las empresas contratante o principal, así como sus consecuencias desde la desnaturalización laboral, hasta la pérdida de registro de la empresa tercerizadora, entre otras sanciones.

Es por ello que esta investigación, se desarrolla con el objetivo de determinar si las modificaciones introducidas mediante el DS. N° 001-2022-TR, benefician a los operadores de la tercerización (empresa principal, empresa tercerizadora y trabajadores de la empresa tercerizadora), si benefician a trabajadores que laboran en las empresas tercerizadoras en cuanto al reconocimiento y protección de sus condiciones y derechos laborales, además de determinar si hay otras figuras del derecho laboral que beneficien a estas trabajadoras.

Para ello se ha estructurado esta tesis en cinco capítulos. En cuanto al el primer capítulo, se ha desarrollado el marco conceptual, utilizando la recolección y el análisis documental, siendo necesario el estudio la legislación en sus diferentes materias y niveles jerárquicos (Constitución Política de 1993, Leyes civiles y laborales, Decretos Legislativos, Decretos supremos), informes emitidos por diversas entidades del Estado como es el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; tesis universitarias de diversas casas de estudios nacionales y extranjera; doctrina nacional e internacional y jurisprudencia de tribunales judiciales (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) y tribunales administrativos (Indecopi).

Asimismo, en el segundo capítulo se desarrolló la problemática de la investigación y se establecieron los objetivos y las hipótesis, mientras que en el tercer capítulo, explico la metodología empleada, siendo el diseño el no experimental, el enfoque es el cualitativo, el método es el hipotético deductivo, además de emplearse otros métodos particulares como es el método dogmático y el nivel de investigación ha sido el deductivo.

En el cuarto capítulo se contrastan los resultados con las hipótesis planteadas para la realización de la presente tesis, ya en el último capítulo, se establecen las

conclusiones y recomendaciones, con las cuales se pretende mejorar la figura de la tercerización laboral.



**CAPÍTULO I:**  
**FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN**

## **1.1 Marco teórico**

### **1.1.1 Nociones básicas de la empresa**

El concepto de empresa se entiende como una unidad de organización conformada por una o muchas personas naturales o jurídicas, que se dedica a actividades económicas, como pueden ser industriales, tecnológicas, manufactura, mercantil, agrícola, textil, prestación de servicios, entre otras; para obtener un fin lucrativo.

El gran economista británico Ronald Coase (1994) citado por Stewart Balbuena (2018) brinda la descripción de empresa de la siguiente manera:

“La doctrina citada ha evidenciado que la empresa es un objeto económico desde la creación de la sociedad, por la voluntad de los empresarios que le otorgan recursos, mediante aportes líquidos o valorizables líquidamente, para conformar su capital inicial, único pasivo con el que nace su patrimonio; todo ello, a fin de posibilitar la cobertura de los costos materiales, operativos y transnacionales que implican la realización de su objeto social, los múltiples actos de producción, de distribución o de servicio que tipifican a la economía, todo esto para lograr la satisfacción del consumo en determinados segmentos de mercado, materializando lo planificado por los empresarios”. (pág. 64)

Algunos derechos que nuestra Constitución Política de 1993 les otorga a las empresas, relacionados al tema de investigación, son la libertad para contratar regulado por el numeral 14 artículo 2, la libertad de contratar regulado en el artículo 62, la libertad de empresa, la libertad de comercio y la libertad de industria, regulados por el artículo 59.

Para efectos de esta investigación, el principal derecho que analizaremos es la Libertad de empresa, porque permite que las empresas decidan sobre su gestión, organización y estructura.

#### **1.1.1.1 Libertad de empresa**

El artículo 59° de nuestra Constitución Política que data desde 1993, regula la Libertad de empresa, la cual es entendida como la capacidad que tiene la

empresa para organizarse y tomar sus propias decisiones, siendo los límites la Constitución y las leyes. A su vez, se establece que la libertad de empresa no debe ser lesiva a la moral, ni a la seguridad pública, ni a la salud.

Por lo tanto, la empresa posee la opción de elegir si realiza todas sus actividades dentro de su organización interna o decide encargar algunas actividades a terceros externos a la empresa.

Es por este motivo, y como respuesta a diversos factores económicos y cambios en el mercado, que se crea la figura de la externalización de actividades. Como señala Arce Ortiz, 2006, las empresas ya no buscan centralizar todo su ciclo productivo, por el contrario, encargan a empresas externas (terceros) el desarrollo de estas actividades.

Cabe señalar que la intermediación y la tercerización son el resultado de esta subcontratación o externalización de actividades y están al amparo del artículo 59 de la Constitución, independientemente de que existan leyes o reglamentos de nuestro derecho laboral que las regulen.

“Es decir, la tercerización se podría seguir llevando a cabo al amparo del artículo 59 de la Carta Magna, incluso si no existiera la Ley de Tercerización. La única diferencia sería que en este caso no existiría una protección especial para los trabajadores que prestan servicios en situaciones de tercerización”. (Espinoza Laureano, 2008, pág. 9)

Nuestro ordenamiento laboral regula las figuras de la intermediación laboral, así como la tercerización laboral en función a actividades que la empresa principal decide encargar a una empresa externa.

#### **1.1.1.2 Actividades de la empresa**

Se denomina actividad de la empresa a cualquier tarea o labor que resulte necesaria para conseguir los fines por los cuales se constituyó la empresa. Nuestra legislación laboral en referencia a la descentralización productiva, establece que la actividad de la empresa puede ser de 3 tipos:

- a) Actividades Principales;

- b) Actividades Complementarias; y,
- c) Actividades de alta especialización u obra.

Las actividades empresariales son definidas de la siguiente manera por las disposiciones legales que regulan la intermediación laboral y la tercerización de servicios.

a) Actividades Principales

La definición de actividad principal fue establecida por primera vez en el artículo 1 del DS. N°003-2002-TR, reglamento de la Ley 27626, Ley reguladora de las actividades de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, cuya definición es la siguiente: “Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el desarrollo del mismo”. (MTPE, 2002, art. 1).

Posteriormente su definición fue modificada mediante DS. N°008-2007-TR, art. 1, modificación del art. 1 del DS. N° 003-2002-TR, Reglamento de la Ley que regula las actividades de las empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores:

“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”. (MTPE 2007, art. 1).

b) Actividades complementarias

Al igual que las actividades principales fue definida por el art. 1 del DS. N°003-2002-TR, este mismo reglamento establecía que la actividad complementaria era la de carácter auxiliar, secundario o la que no estaba vinculada a la actividad principal. Al mismo tiempo brindaba ejemplos de actividades que podrían ser consideradas como complementarias como lo son vigilancia, limpieza, mensajería externa, mantenimiento y seguridad.

El DS. N° 008-2007-TR, amplió la definición de la actividad complementaria, añadiendo que “su ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial” y “que no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa”.

c) Actividades especializadas u obras

El reglamento de la tercerización de servicios establece que la definición de actividad principal desarrollada en el DS. 003-2002-TR y sus normas modificatorias es válida para la figura de la tercerización, sin embargo, si brinda la definición de actividad especializada u obra; no tomando en consideración lo desarrollado por el art.1 del reglamento de la Ley 27626 denominada actividades de alta especialización.

El DS N° 006-2008-TR, antes de ser modificada en este presente año, establecía que eran obras o servicios prestados en circunstancias de tercerización, he incluía la prohibición de que no podían ser una simple provisión de personal.

Con las modificaciones al reglamento interpuestas en el DS N° 001-2022-TR, las actividades especializadas son definidas como aquellas que exigen un nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados y que están vinculadas a la actividad principal de la empresa principal.

Mientras que las obras se entienden como la ejecución de un encargo concreto que está vinculado a la actividad principal de la empresa principal. Además, se establece un requisito para que se puedan tercerizar las obras, el contrato civil suscrito entre la empresa tercerizadora y la empresa principal tiene que estar debidamente especificado.

A su vez, se establece la prohibición de tercerizar las actividades especializadas u obras que tengan por objeto el núcleo del negocio de la empresa principal.

El DS N° 001-2022-TR denominado DS. que modifica el DS 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, ha introducido la figura del núcleo del negocio en la legislación laboral relacionada a la tercerización de servicios.

El Decreto antes mencionado señala que el núcleo del negocio forma parte de la actividad principal de la empresa, sin embargo, no puede ser tercerizado. Al igual que tampoco se puede tercerizar actividades especializadas u obras vinculadas al núcleo del negocio que incluyan el desplazamiento continuo de los trabajadores de la empresa tercerizadora a las instalaciones de la empresa principal. Asimismo, desarrolla un listado que permite indentificar esta nueva figura:

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 marco en el que desarrolla sus actividades;
4. La actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes; y,
5. La actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos.

Cabe señalar que este listado no es un número clausus, pues se incluye el término “entre otros”.

Como se irá desarrollando en la presente investigación, la incorporación del núcleo del negocio a través de las modificaciones al reglamento, han generado muchas controversias debido a que existen muchas similitudes con el concepto de actividad principal, además, los supuestos para la prohibición de la tercerización son muy abstractos, por ejemplo, no queda claro que se entiende por elemento diferenciador o valor añadido, dependiendo de la interpretación de cada caso en concreto.

Incluso la Sunafil, que es la entidad encargada de fiscalizar, promover, y supervisar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo, presento un pliego conteniendo dieciocho preguntas al MTPE en referencia al DS. N° 001-2022-TR, siendo su primera pregunta referente al núcleo del negocio.

El 22 de marzo del 2022, el MTPE emitió el Informe N°099-2022–MTPE/2/14.1 absolviendo las consultas planteadas, entre ellas indico que para identificar el núcleo del negocio se deberá emplear el criterio realidad para cada caso en concreto y que los criterios establecidos en el DS N° 001-2022-TR, no son conjuntivos.

### **1.1.1.3 El modelo tradicional y la subcontratación en la gestión y la organización descentralizada de las empresas**

Como se ha mencionado anteriormente, la libertad de empresa permite que las empresas puedan decidir sobre como organizan su estructura interna para desarrollar su modelo de negocio y así puedan ser más competitivas ante las exigencias del mercado y de los clientes.

El ejemplo tradicional de organización empresarial es en el cual se controlan todos los niveles de producción y distribución, si se utilizara la construcción de un proyecto inmobiliario como modelo, la inmobiliaria tendría que hacerse cargo del diseño del edificio, movimiento de tierras, la cimentación estructural, el concreto armado, la instalación de tuberías y desagüe, la instalación de la red eléctrica, la instalación de ascensores, los acabados, la publicidad, la venta de los departamentos, la contratación de personal, la asesoría legal, la limpieza, la seguridad, la jardinería, entre otras actividades propias del rubro de la construcción.

Otro ejemplo de organización empresarial, es cuando una empresa, en este caso la inmobiliaria, subcontrata los servicios de otra empresa, empresa tercerizadora, para que esta pueda hacerse cargo de parte o varias partes del proceso productivo de manera integral. En el caso del ejemplo anterior, una empresa tercerizadora podría ser la encargada de realizar el movimiento de tierras, teniendo a su cargo personal especializado, poseyendo conocimientos y experiencia para realizar la actividad y teniendo maquinaria como excavadoras o grúas para desempeñar la función encargada.

Cruz Villalón (1994) citado por Arce Ortiz (2006) señala lo siguiente respecto a la subordinación:

“Consiste en una forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo”. (pág. 13)

Antes de continuar, es importante indicar que la tercerización también es nombrada por la doctrina como subcontratación, descentralización productiva, externalización de actividades, tercerización laboral, desconcentración productiva, tercerización de servicios, outsourcing, desverticalización, descentralización empresarial, triangulación, horizontalización, focalización entre otros conceptos análogos.

No obstante, también se puede subcontratar a una empresa para que efectúe actividades de intermediación laboral, dicho ejemplo empleado, la inmobiliaria como empresa usuaria podría subcontratar los servicios de la empresa intermediadora para que realice las actividades de seguridad.

En nuestra Legislación la Ley 29245 utiliza el termino tercerización, solo que esta denominación hace referencia únicamente a la empresa principal que es la que terceriza, en la doctrina la palabra inglesa outsourcing es la más empleada para referirse a este fenómeno.

## **1.1.2 Tercerización de servicios**

### **1.1.2.1 Causas de la tercerización**

Tal y como señala Espinoza Laureano la tercerización se da por causas económicas, organizativas y tecnológicas.

Las causas económicas se dan cuando la empresa principal decide abaratar los costos de producción, encargándole a una empresa externa una parte o varias partes del proceso producción a un menor coste. Por ejemplo, antes de la revolución industrial una sola persona se encargaba de todas las fases productivas para la elaboración de un determinado bien, la revolución industrial beneficio la creación de la economía de escalas, porque ahora a cada trabajador se le asigna una determinada función del proceso productivo. En lo que consiste la tercerización es que sea una empresa externa la encargada de realizar esta actividad.

Las causas tecnológicas se dan cuando la empresa externa posee una mayor especialización, know how y/o experiencia en la utilización e implementación de nuevas tecnologías, por lo tanto, beneficiará a la empresa principal que esta



empresa tercerizadora se encargue de lo que es la fase productiva donde se emplee esta tecnología. A su vez corresponderá a la empresa tercerizadora contar con el software y hardware necesarios y encargarse de su mantenimiento, reduciendo costes a la empresa principal.

Las causas organizativas se dan debido a que las empresas tienen que estar en constante adaptación del mercado (de la oferta y la demanda) y de las exigencias de los clientes, es por ello que es recomendable que las empresas no estén sujetas a organizaciones, planificaciones, estrategias, diseños que no permitan la descentralización. “En ese contexto, los empresarios recurren a la tercerización para no tener que soportar todos los días del año una estructura rígida, pesada y, finalmente, costosa, pudiendo enfocarse más bien en mejorar su posicionamiento dentro del mercado”. (Espinoza Laureano , 2008, pág. 6)

#### **1.1.2.2 Antecedentes de la tercerización**

En el siglo XX empiezan a darse los primeros casos de tercerización en el mundo, siendo a partir de mediados del siglo pasado, en la década de 1960 cuando tiene su mayor apogeo.

En nuestro país la tercerización se empieza a dar sus primeros pasos en la década de 1980, cuando estaba vigente la Constitución de 1979, cuyo modelo económico brindaba al Estado un rol participativo en economía, permitiéndole promover y regular los procesos económicos.

Con la Constitución de 1993, el Estado adquiere un rol de garante de las libertades y estimulante de la producción de riqueza, como he mencionado anteriormente, esta libertad de empresa adquiere importancia en lo que se refiere al desarrollo de la tercerización.

La intermediación laboral fue regulada a por la Ley 27626, promulgada el 08 de enero de 2002; esta norma, no hace referencia a la tercerización labora, sin embargo, el art. 4° del DS N° 003-2002-TR, Reglamento de Ley N° 27626, enuncia un conjunto de figuras donde podría aplicarse la tercerización, excluyendo estos casos de la intermediación laboral, como lo son, los contrato 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

de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas, además, indica los requisitos que deben cumplirse, como lo son, asumir las labores contratadas por su cuenta y riesgo, contar con recursos financieros propios, materiales o técnicos, y que los trabajadores a su cargo estén bajo su exclusiva subordinación.

El art. 1° del DS. N° 003-2002-TR, “Establecen disposiciones para la aplicación de las leyes N° 27626 y N° 27696, que regulan la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores”, establece tres tipos de actividades empresariales (actividades principales, actividades de alta especialización u obra y actividades complementarias) y brinda su definición; las mismas definiciones serán empleadas en el DS. N° 006 – 2008 - TR, Reglamento de la tercerización.

No obstante, se dio la necesidad de modificar los conceptos de las actividades de la empresa, es decir, con el art. 1 del DS. N° 008 – 2007 - TR, publicado con fecha 27 de abril del 2007, y que entro en vigor el 19 de julio de 2007, se ampliaron los conceptos de actividad principal y actividad complementaria del reglamento de la Ley de intermediación laboral.

Posteriormente, con el DS. N°020-2007-TR, publicado con fecha 20 de setiembre de 2007 se amplió el art. 4 del reglamento de la Ley de intermediación laboral y se incorporaron los artículos 4-A, 4-B y 4-C.

“Teniendo en cuenta que la norma reglamentaria citada era la única que se refería en nuestro espectro legal a la tercerización de servicios, la aplicación, o mejor dicho la mala aplicación, de este mecanismo ha originado malestar en determinados sectores laborales, especialmente en el área de minería. Esto suscitó un debate acerca de la necesidad de reglamentar de manera más extensa y completa la aplicación del outsourcing, habiéndose expedido el Decreto Supremo N°020-2007-TR (E.P. 20/09/07) que amplía el artículo 4 del precitado Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, incorporándose los artículos 4°- A, 4° - B y 4°- C”. (Toledo Toribio, 2015, pág. 30)

Los artículos incorporados con el DS N° 020-2007-TR sirvieron para reivindicar y defender los derechos de los trabajadores del art. 4 del DS N° 003-

2002- TR, es decir, la tercerización laboral, además de regular el desplazamiento del personal y la desnaturalización.

Finalmente, en el año 2008 se implementa la regulación laboral específica sobre los servicios de tercerización, se expide la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, divulgada el 24 de junio de 2008 y al día siguiente el DLeg.Nº1038, que precisa los alcances de la Ley Nº 29245.

Ambas normas fueron reglamentadas por el DS. Nº 006-2008-TR, Reglamento de la Ley Nº 29245 y del DLeg. Nº 1038, que regulan los servicios de tercerización, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 12 de setiembre de 2008.

Es importante señalar el contexto político social que permitió la regulación de la tercerización laboral, en el año 2008 durante el segundo gobierno del expresidente García Pérez. La tercerización se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de abrir las puertas a la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos.

A través de la Ley Nº 29157, El Congreso delego en el Ejecutivo facultades de legislar acerca de diversas materias relacionadas a este fin, como lo son la inversión privada y el empleo. Otra figura importante de nuestro ordenamiento laboral que se implementó en esta época es el DLeg Nº1057 que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios – Régimen CAS, que de igual forma que la tercerización laboral, es una figura del derecho laboral muy controvertida.

En el Decreto Legislativo Nº1038, se puede apreciar lo siguiente:

“La tercerización es una manera de alentar activamente la participación de agentes privados en la generación de empleo, actividad que debe ser adecuadamente regulada a fin de compatibilizar la cautela de los derechos laborales de los trabajadores con la promoción de la actividad privada” (Presidencia de la República del Perú, 2008)

El 23 de enero del presente año se publicó en el Diario Oficial El Peruano el DS. Nº001-2022-TR, que modifica el DS Nº 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley Nº 29245 y del D. Leg Nº 1038, que regulan los servicios de tercerización.

El DS N° 001-2022-TR introduce limitaciones a la tercerización de servicios, incorpora la figura del núcleo del negocio, prohíbe tercerizar acciones que formen parte del núcleo del negocio, amplía la desnaturalización de la tercerización en el caso de que se produzca un desplazamiento continuo del trabajador y este realizando una actividad que forme parte del núcleo del negocio, prohíbe que las empresas tercerizadoras puedan despedir a los trabajadores por causas de la adecuación y brinda un plazo de 180 días calendario para que las empresas se adecuen a las modificaciones del reglamento, plazo que finalizó el 22 de agosto de 2022.

Las modificaciones al reglamento de la Ley de tercerización laboral están siendo muy controvertidas, desde el MTPE, con el apoyo del Presidente y algunos congresistas, señalan que las modificaciones son para la defensa de los trabajadores y sus derechos laborales, debido a que la figura de la tercerización laboral ha sido mal empleada por algunos empresarios para ahorrar costes en personal; sin embargo a muchas empresas les está costando adecuarse a las modificaciones del reglamento, al no tener certeza sobre el concepto de núcleo del negocio, también se cuestiona que a través del reglamento se pretende limitar la Ley 29157 al establecer prohibiciones que la norma legal no contempla. Además, se cuestiona la efectividad del DS N° 001-2022-TR al considerar que van a desaparecer puestos de trabajo formales, perjudicando de esta forma a los trabajadores de las empresas que brindan el servicio de tercerización.

Existen algunas empresas que han decidido acudir a la vía judicial en contra del DS N° 001-2022-TR, presentando recursos de acción de amparo, basándose en lo estipulado en el numeral 2 art 200 de nuestra Constitución y artículos 39 al 52 del Nuevo Código Procesal Constitucional; Ley N°31307, publicado el 23 de julio del 2021 en el Diario Oficial El Peruano; al considerar que vulnera derechos fundamentales como libertad de empresa, libertad para contratar, libertad de contratar, la seguridad de los contratos, seguridad jurídica, entre otros.

Otro recurso constitucional presentado es la acción popular, según lo establecido por el numeral 5° del art. 200 de nuestra Constitución de 1993 y los art. 74 al 96 del Nuevo Código Procesal Constitucional, la cual, se emplea ante reglamentos, resoluciones, normas administrativas, y decretos de carácter general

que infrinjan nuestra Constitución o la Ley, como podría ser este caso, donde el DS. N°001-2022-TR, refrendado por el MTPE, modifica el reglamento que regula los servicios de tercerización.

Además de los recursos antes mencionados, otro medio que han encontrado las empresas para defenderse de las posibles sanciones que conllevan no cumplir con la adecuación que establecen las modificaciones al reglamento de tercerización, es acudir a la vía administrativa, a través de interponer denuncias por la imposición de barreras burocráticas ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, según lo regulado por el DL N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas.

La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas en la Resolución N° 0289-2022/CEB-INDECOPI, de fecha 18 de agosto del 2022 señala que el procedimiento para la eliminación de barreras burocráticas tiene por objetivo:

“La identificación y evaluación de aquellas exigencias, requisitos, prohibiciones, limitaciones y/o cobros que impone la administración pública, entre otro, a las personas que ejercen actividades económicas en aplicación de las normas de acceso al mercado y libre iniciativa privada, teniendo la potestad legal de inaplicar estas barreras, sin que ello implique efectuar algún análisis sobre la vulneración de derechos constitucionales”.

(2022, Fundamento 39)

Es necesario señalar la diferencia entre la interposición del recurso de la acción popular ante los tribunales constitucionales, que buscaría se declaren las modificaciones al reglamento como inconstitucionales, mientras que la interposición de la denuncia para la eliminación de barreras burocráticas buscaría que se declare su ilegalidad

Además de los recursos legales antes mencionados, algunas empresas han presentado medidas cautelares para que no sean perjudicadas por las inspecciones laborales que realiza Sunafil, para asegurar el cumplimiento del DS N°001-2022-TR.

Cabe mencionar, que en el último subtítulo del marco teórico y en el Capítulo IV “Presentación de análisis y resultados”, se desarrollara a mayor profundidad la

situación actual que ha generado la promulgación del DS N° 001-2022 que modifica el reglamento de servicios de tercerización, además de las posibles consecuencias, como pueden ser; su aplicación o adecuación por parte de los operadores económicos (empresa principal y empresa tercerizadora), su modificación realizada por el MTPE, su derogación ante el Congreso de la República, su declaración de ilegalidad al ser considerado como barrera burocrática o su declaración de inconstitucionalidad en un proceso constitucional de acción popular.

Respecto a las inspecciones realizadas por Sunafil, el 17 de agosto del 2022 se publicó el DS. N° 015-2022-TR, que modifica el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante el DS N° 019-2006-TR; el cual, modifica el numeral 34.7 del art. 34 e incorpora los numerales 33.5 y 33.6 al art 33 y numerales 34.8 y 34.9 al art. 34 e incorpora la Undécima Disposición Final y Transitoria del reglamento de Ley general de inspección del trabajo, esto se da con el fin de establecer las faltas gravas y muy graves que originen por el incumplimiento o falta de adecuación del DS N° 001-2022-TR.

Por último, el 23 de agosto de 2022 la Sunafil, mediante Resolución de Superintendencia N°428-2022-SUNAFIL, aprobó el Protocolo N°001-2022-SUNAFIL/DINI, para la fiscalización de la tercerización laboral.

El Protocolo para la Fiscalización de la Tercerización Laboral, en adelante “el Protocolo”, tiene por objeto contar con un instrumento técnico normativo que establezca de forma clara y precisa las reglas y disposiciones para el adecuado ejercicio de la función inspectora en la verificación del cumplimiento de la normativa sobre la tercerización laboral.

(Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, 2022)

Con el mencionado protocolo se establecen las obligaciones de las empresas al ser fiscalizadas por los inspectores de trabajo, además se determina la documentación que podrán solicitar los inspectores para corroborar el cumplimiento de la vigente normativa.

### **1.1.2.3 Concepto de tercerización y su aplicación según Ley N° 29245 y reglamento.**

En cuanto a nuestro ordenamiento laboral, La Ley N° 29245, que regula los servicios de tercerización, en su art N°2 establece la definición de tercerización:

“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”. (Congreso de la República del Perú, 2008, art. 2)

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, la Ley 29245 emplea el término tercerización, en lugar de otras denominaciones utilizadas por la doctrina como subcontratación, descentralización productiva o la palabra inglesa outsourcing.

Esta denominación hace referencia únicamente a la empresa principal que es la que terceriza sus actividades empresariales, siempre que cumpla con los requisitos establecidos por la Ley y su reglamento.

Además, El art. 2 de la Ley 29245 establece los elementos característicos de la figura de la tercerización que la empresa tercerizadora debe cumplir, los cuales son:

1. Contar con pluralidad de clientes, salvo las excepciones que establece el numeral 4.2 del art. 4 del DS N° 006-2008-TR, en concordancia con el DLeg. N°1038, en referencia a la adecuación de la Ley 29245.
2. Que la empresa tercerizadora cuente con su propio equipamiento. Las herramientas, equipo y local deben ser de su propiedad, excepcionalmente pueden estar bajo su administración o responsabilidad siempre que formen parte componente o vinculada directamente a la actividad productiva que se le ha encargado, como puede ser las herramientas obtenidas por arrendamiento financiero.
3. Inversión de capital, la empresa tercerizadora debe demostrar que posee un soporte empresarial efectivo, que tiene un patrimonio suficiente para desempeñar las actividades encargadas por la empresa principal o que puede hacerse cargo de sus obligaciones fiscales, mercantiles, laborales o previsionales.

4. Retribución por obra y servicio, el cual debería estar fijado en el contrato civil, en función a la actividad realizada.

Según lo que determina el art. 2 del DS N°006-2008-TR, Reglamento de la Ley N° 29245 y del DLeg. N° 1038, que regulan los servicios de tercerización, a su vez modificado por el artículo 2 del DS. N°001-2022-TR, actualmente el ámbito de aplicación de la tercerización se da en actividades especializadas u obras que formen parte de su actividad principal, siempre que exista desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras. Existiendo la prohibición de tercerizar actividades que formen parte del núcleo del negocio de la empresa principal.

Antes de las modificatorias al reglamento introducidas por el DS N°001-2022-TR, las empresas podían tercerizar las actividades principales, siempre que hubiera desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras.

El reglamento también hace referencia a lo que no puede ser considerado como servicios de tercerización, “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” (MTPE, 2008, artículo 2). Tampoco se considerarían las actividades establecidas en la Ley 27626 que regula la intermediación laboral y su reglamento.

Es importante señalar que el desplazamiento de personal se produce cuando el trabajador o los trabajadores de la empresa tercerizadora acuden al centro de trabajo o al centro de operaciones de la empresa principal, siempre que el desplazamiento trascorra en el plazo de un tercio de los días laborables que se pactaron en el contrato, o cuando en el plazo de un semestre, el desplazamiento del trabajador o de los trabajadores de la empresa tercerizadora exceda las 420 (cuatrocientas veinte) horas o los 52 (cincuenta y dos) días de trabajo efectivo.

El debate doctrinario a la reforma al artículo 2 del reglamento surge en la interrogante de si se ha tenido en consideración lo establecido en el artículo 3 de la Ley 29245.

Si bien es cierto, que esta disposición legal no hay un pronunciamiento expreso sobre si se puede tercerizar actividades principales, en el artículo 3 se enuncian los casos que constituyen tercerización de servicios, los cuales pueden



interpretar como actividad principal, incluso como núcleo del negocio, por lo tanto se estaría intentando limitar una Ley a través de su reglamento, situación que vulnera el principio de legalidad. Los supuestos de tercerización establecidos en la Ley son los siguientes:

- a) Los contratos de gerencia, conforme a la Ley General de Sociedades;
- b) Los contratos de obra;
- c) Los procesos de tercerización externa; y,
- d) Los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.

El artículo 193 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, permite que se pueda designar como gerente a una persona jurídica, la cual debe designar a una persona natural que la represente, creandose la figura triangular de sociedad gerenciada – entidad gerente – representante persona natural.

Al ser la gerencia uno de los órganos de administración de la sociedad (empresa principal), junto con el directorio, resulta poco probable que se suscriba el contrato de gerencia con una empresa tercerizadora para realizar un actividad que no sea nuclear.

Respecto al supuesto “los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo”. El término proceso productivo podría incluirse en los nuevos parámetros que las modificaciones del reglamento le dan al núcleo de negocio.

No obstante, el art. 3 de la Ley que regula los servicios de tercerización emplea el término “entre otros”, por ende debería entenderse este listado de casos de tercerización como de *numerus apertus*. Siendo las reformas introducidas por el DS N° 001-2022-TR un limitante a los supuestos de tercerización establecidos en la ley.

Otra reforma importante que se ha introducido en el reglamento es que el sector público ya no puede tercerizar sus actividades, independientemente de si son actividades principales o no lo son. Antes de las modificaciones el Artículo 2 del DS N° 006-2008-TR, establecía que: “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”. (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2008, Artículo 2).

En el Informe N° 032-2022-MTPE/2/14.1, Proyecto de Decreto Supremo que modifica el DS N° 006-2008-TR que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del DL N° 1038, que regulan los servicios de tercerización, se excluyó al sector público por el siguiente motivo:

Por otra parte, en la medida que la tercerización de servicios en el sector público no forma parte del ámbito de la Ley N° 29245 y su Reglamento, aprobado por el DS N° 006-2008-TR, se identifica la necesidad de modificar el art 2 del DS N° 006-2008-TR excluyendo la regulación referida a la tercerización en el sector público. (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2022).

Asimismo, el informe antes mencionado no hace referencia si incluye empresas estatales de derecho privado, como es el caso de la empresa Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – Sedapal, que es una de las empresas que más actividades terceriza, siendo algunos ejemplos, el mantenimiento de bombonas, mantenimiento de las redes de agua, instalación de medidores de agua, instalación de tuberías en la vía pública entre otras actividades propias prestar el servicio de distribución de agua potable, alcantarillado, tratamiento y reuso de aguas residuales.

A modo de conclusión de la idea de concepto y aplicación de la tercerización, Toledo Toribio indica:

La tercerización - supone que la producción o prestación se realice de manera organizada bajo la dirección y el control del contratista, usualmente una empresa, que cuenta con un patrimonio y una organización propia dedicada a la producción de bienes o servicios, la cual se realiza a favor del contratante dentro del centro de labores de este o fuera de él, de manera que los trabajadores de la contratista se encuentran bajo las ordenes y el control de este y no del contratante, y para su realización además se requiere de total independencia administrativa y funcional de la actividad tercerizada de las demás que realiza la empresa contratante de modo que su tercerización no entorpezca su normal desenvolvimiento. (2015, pág. 23)

#### **1.1.2.4 Operadores de la Tercerización y su relación jurídica**

Desde una perspectiva empresarial o económica, se entiende por tercerización cuando una empresa encarga a un tercero parte de su proceso productivo, pudiendo ser una actividad especializada, una obra o una actividad principal. El derecho a la libertad de empresa, reconocido en el artículo 59 de nuestra Constitución Política permite que las empresas puedan decidir libremente sobre su estructura, organización y gestión, permitiéndoles la utilización de esta figura jurídica.

Esto facilita que la empresa que terceriza sus actividades, pueda establecer sus objetivos, facilita la dirección y planificación de su actividad permite mantener altos niveles de productividad y competitividad, tener una estructura flexible les permite adaptarse constantemente a un mercado globalizado y cambiante, además de satisfacer las demandas de los clientes, incluyendo en algunos casos un valor agregado, entre otros beneficios que otorga la tercerización según la perspectiva empresarial.

Por lo tanto, es necesario la existencia de una relación jurídica entre la empresa que terceriza sus actividades (contratante – principal ) y la empresa externa (contratista o tercerizadora). Esto se logra a través de un contrato.

Debido a que el contrato de tercerización no se encuentra regulado explícitamente en el Código Civil de 1984 como un contrato nominado, existe el debate doctrinario de si se trata de un contrato mercantil, un contrato laboral, un contrato civil o incluso un contrato administrativo.

Respecto al contrato mercantil, se podría entender como una herramienta de gestión de negocios, siendo algunos ejemplos los contratos de engineering, marketing. Echaiz Moreno (2010) citado por Toledo Toribio (2015) indica:

“Diremos que el contrato de outsourcing no guarda relación con las figuras de intermediación laboral definidas en nuestra legislación laboral y ello obedece a que no constituye a una institución de derecho laboral como tampoco lo es el derecho civil, pues se ubica en el derecho mercantil, específicamente en el ámbito contractual”. (pág. 29)

Respecto al contrato administrativo, este podría entenderse como un contrato de obra pública o un contrato de concesión de servicio público, entre otros. Los cuales están regulados por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado,

siendo uno de los principales el Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de contrataciones del Estado, Decreto Supremo N°082-2019 –EF y su Reglamento, Decreto Supremo N° 344 -2018- EF. No obstante, solo se hubiera podido aplicar este tipo de contratos a las entidades del estado, no pudiendo ser aplicado como norma general a las entidades del sector privado. Cabe señalar, que las modificaciones introducidas por el DS N° 001-2022-TR al Reglamento excluyen la tercerización en el sector público, sin contar que sería muy difícil determinar su núcleo del negocio.

Los contratos laborales no pueden ser considerados como contratos de tercerización bajo ningún concepto, debido a que la empresa principal o contratante establece su relación contractual con la empresa tercerizadora o contratista, no con los empleados que laboran en ella. Cabe señalar que la simple provisión de personal está prohibida, si se detectara fraude a la ley o simulación conllevaría a una desnaturalización de los contratos laborales, pasando el trabajador de empresa tercerizadora a la planilla de la empresa principal, entre otras sanciones como es la multa.

Consideramos que los contratos de servicios de tercerización son contratos civiles regulados en el Libro VI Obligaciones del Código Civil, en la figura de la locación de servicios, artículos 1764 al 1770, debido a que la empresa tercerizadora sin estar subordinada, se obliga a prestar sus servicios para un trabajo determinado a cambio de una retribución. El plazo máximo que establece la norma civil para este tipo de contratos es de seis años si se tratan de servicios especializados y en caso sean otra clase de servicios el plazo máximo es de tres años. Además, el artículo 1768 permite que se pueda pactar un plazo mayor al límite establecido, si el locador así lo indica.

El artículo 1766 establece que la prestación del servicio es personalísima, sin embargo, se permite que el locador, la empresa tercerizadora, pueda valerse de auxiliares o sustitutos, siempre que en el contrato o por los usos se permita la colaboración y que no sea incompatible con la actividad a realizar.

El legislador también ha querido incluir las obras entre las actividades permitidas para la tercerización, en este caso, las modificaciones al artículo 1 del reglamento específicamente establecen que el encargo de obra debe estar establecido en el contrato civil.

El contrato de obra se encuentra regulado en el Código Civil entre los artículos 1771 al 1789, en el cual el contratista o la empresa tercerizadora se compromete a realizar una obra y el comitente o empresa principal se compromete a pagarle una retribución por dicha obra.

Al igual que en la locación de servicios, en los contratos de obra el contratista puede subcontratar, con la condición de que tenga una autorización escrita del comitente. Esto solo puede ser excepcionalmente y no en toda la obra, debido a que el encargo es personalísimo. La obra se considera finalizada con la aprobación del comitente, esta aprobación puede ser después de una comprobación, tácita o a satisfacción del comitente mediante pericia.

Como señala Espinoza Laureano (2008) los contratos de tercerización, sean de locación de servicios o contratos de obra, se caracterizan porque su objeto es una obligación de hacer (actividad o resultado), quedando excluidos de la figura de tercerización los contratos con obligaciones de dar, como lo son los contratos de compraventa o los contratos de suministro. Si se pueden pactar dentro del contrato obligaciones de no hacer, como es el caso de no revelar secretos de la empresa, know how, entre otros.

Las obligaciones de hacer pueden ser definidas de la siguiente manera, Roca Mendoza (2013) indica que: “La obligación de hacer se refiere a negocios positivos que consisten en una acción, una actividad o un servicio que debe realizar el deudor”. (pág. 325) , Mientras que el legislador en el artículo 1148 del Código Civil estableció que en las obligaciones de hacer el obligado debe cumplir en el plazo o modo pactado o en su defecto cumplir con las circunstancias del caso o con lo exigido por la naturaleza de la obligación.

Arce Ortiz (2006) señala que los contratos de compraventa son excluidos de la tercerización de servicios debido a que no hay un encargo previo con la empresa principal, simplemente se da entrega el objeto de la venta a cambio de una prestación, mientras que del contrato de suministros indica: “es lógico que el contrato de suministros este excluido por tratarse de una mera entrega continuada y periódica de bienes muebles”. (pág. 54)

Es importante señalar la diferencia entre la relación jurídica que existe entre la empresa principal y la empresa tercerizadora la cual es de origen civil y la relación jurídica que existe entre la empresa tercerizadora y sus empleados, la cual es de

origen laboral. La ley que regula los servicios de tercerización prohíbe que exista una relación laboral entre la empresa principal y los empleados de la empresa tercerizadora, (la simple provisión de personal está expresamente prohibida) debido a que se desnaturalizaría la figura de la tercerización.

Arce Ortiz (2006) hace referencia las diferencias legislativas que hay entre el ordenamiento civil y el laboral, si bien es cierto se refiere a la intermediación laboral, se puede aplicar en la tercerización:

“A pesar de que tanto el Código Civil como la Ley de Intermediación laboral son normas con rango de ley, la aplicación del principio de especialidad hace prevalecer la regulación del Código Civil. Reitero, la Ley 27626 no puede prohibir que las empresas contraten entre ellas, simplemente puede regular los efectos perjudiciales que estos contratos puedan generar sobre los trabajadores de las empresas de servicios”. (pág. 36)

Es innegable los beneficios que la tercerización brinda a las empresas, sin embargo, existe la controversia si se produce la vulneración de los derechos laborales (individuales, colectivos, brindados por el empleador o de costumbre) de los empleados de las empresas tercerizadoras en comparación con los beneficios laborales que tienen los trabajadores de la empresa principal.

### **1.1.3 Derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras**

#### **1.1.3.1 Posibles vulneraciones a los derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras**

Respecto a este subtema, podemos destacar lo que señala Arce Ortiz (2006) en relación al derecho civil y al derecho laboral:

“Sería ilógico que el derecho civil y el mercantil, respaldados en la libertad de empresa (artículo 59 de la Constitución peruana), admitan que el empresario tiene la posibilidad de elegir la forma de organizar y de actuar de su empresa, sin que el derecho laboral pueda establecer ciertas garantías de protección a los trabajadores de las empresas contratistas. Como se sabe, la

flexibilidad no supone desregulación en el ámbito laboral. La flexibilidad supone libertad de organización y actuación de las empresas con el objeto que se adecuen a un mercado cambiante, pero con la correspondiente tutela de los intereses laborales”. (pág. 21)

Este anhelo por proteger los derechos laborales es lo que ha impulsado al MTPE para promulgar el DS N° 001-2022-TR que modifica el reglamento de la ley que regula los servicios de tercerización.

Así lo establece el Ministerio en la justificación de la propuesta normativa para la modificación del reglamento de la tercerización, como se puede apreciar en el Informe N° 032-2022-MTPE/2/14.1 denominado “Proyecto de 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” promulgada el 08 de febrero de 2022:

“Si bien resulta innegable la importancia de la tercerización como herramienta de gestión de la empresa moderna que contribuye a hacerla competitiva, la utilización indiscriminada de dicha figura convierte a este mecanismo en una de las principales causas de abaratamiento de los costos laborales afectando los derechos de los trabajadores”. (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2022, Antecedentes)

Carhuatocto Sandoval (2012) señala que las vulneraciones mas comunes a los derechos laborales de los trabajadores bajo esta modalidad de contratación, los cuales, son los siguientes:

- Menores condiciones laborales en comparación con los trabajadores de la empresa principal;
- Menores remuneraciones, no participan en el reparto de utilidades de la empresa principal;
- Falta de seguridad laboral al estar precarizados bajo contratos de trabajo temporales;
- No gozan de los beneficios laborales obtenidos por negociación colectiva, conciliación, arbitraje laboral o costumbre, que si gozan los trabajadores de empresa pincipal;

- Debilitación en la actividad sindical, en este caso afecta a los trabajadores de la empresa principal y los empleados de las empresa tercerizadora, lo cual también vulnera su capacidad de negociación y su capacidad para organizar huelgas.

Por su parte, el Colegio de Abogados del Callao presentó una demanda de inconstitucional contra la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038, el cual fue resuelto por el Tribunal Constitucional la sentencia del Expediente N° 00013-2014-PI/TC de fecha 10 de setiembre del 2019.

En esta demanda de inconstitucionalidad el Colegio de abogados del Callao alegaba lo siguiente:

- La Ley 29245 en su artículo 3 es contradictorio a los artículos 23, 26 y 27 de la Constitución Política de 1993, así como vulnera los Convenios Internacionales en materia laboral suscritos por el Estado.

- El artículo 7 de la Ley de Tercerización Laboral viola la dignidad del trabajador y el principio de igualdad al permitir que exista un trato diferente entre los empleados (de la empresa principal y la empresa tercerizadora) a pesar de que realizan las mismas actividades.

- El artículo 9 establece de la Ley 29245 vulnera el derecho a la dignidad y la igualdad del trabajador, establecidos en el art. 23 de la Constitución al reducir el plazo de prescripción a un año para exigir que la empresa principal se haga responsable de los adeudos patrimoniales o extrapatrimoniales, cuando el plazo de prescripción que tienen los trabajadores de la empresa principal es de cuatro años para exigir sus adeudos provenientes de la relación laboral.

- La primera disposición complementaria final del mismo cuerpo normativo vulnera el artículo 23 de la Constitución al permitir que la empresa tercerizadora pueda subcontratar con otra empresa, creando relaciones laborales aún más precarias y con peores condiciones laborales.

- El Colegio de Abogados del Callao también hace referencia a que el DLeg. N°1038 flexibiliza la pluralidad de clientes, al regular supuestos de excepción, lo cual permite que se originen fraude a ley o simulación de tercerización de servicios. Además, indica que debería establecerse un porcentaje de trabajadores tercerizados, como es el caso de la intermediación laboral. La Ley 27626 en su artículo 6 establece que los trabajadores que presten el servicio de intermediación,



no puede superar el 20% de los trabajadores de la empresa usuaria (en la intermediación la empresa principal se denomina empresa usuaria).

Como se aprecia en los autores citados, Carhuatocto Sandoval hace referencia a posibles vulneraciones a los derechos de los trabajadores en el ordenamiento laboral, mientras que el Colegio de Abogados del Callao señala posibles violaciones a la Constitución Política de 1993, en específico los art. 23, 26 y 27 que guardan relación con el derecho laboral.

El artículo 23 prescribe que el trabajo en cualquiera de sus modalidades es prioridad del Estado, siendo el encargado de promover condiciones para el progreso social y económico. Además, establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

El artículo 26 de la Constitución hace referencia a los principios de la relación laboral siendo estos la no discriminación, la igualdad de oportunidades entre los trabajadores, la irrenunciabilidad de derechos laborales y el in dubio pro operario en caso exista alguna duda sobre cómo interpretar una norma en materia laboral, se da como resultado favorecer al trabajador.

Mientras que la Constitución en su art.27 establece que el Estado debe brindar una protección adecuada en contra del despido arbitrario.

### **1.1.3.1 Relación jurídica entre la empresa tercerizadora y sus trabajadores**

Como se ha señalado anteriormente, la empresa principal tiene una relación civil con la empresa tercerizadora, la cual consiste en que la empresa contratista se encargue de realizar parte de la actividad productiva de la empresa principal, la cual puede ser una actividad especializada u obra de su actividad principal.

La empresa tercerizadora debe tener sus propios trabajadores para que realicen actividad u obra encargada, estos trabajadores deben estar bajo su exclusiva subordinación, tal y como señala el artículo 2 de la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.

Para que se puede comprobar la existencia de un contrato de trabajo, este debe contar con tres elementos, los cuales son copulativos, es decir la exclusión de alguno determinaría la no existencia de una relación laboral:

- Prestación personal;

- Servicios remunerados; y,
- Subordinación

Para entender el elemento de subordinación, es necesario analizar el DS N° 003-97-TR, texto único ordenado del DLeg, N° 728, Ley de productividad y competitividad laboral, debido a que, define la subordinación en su artículo 9, de la siguiente manera:

“Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador”. (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 1997, Artículo 9)

Como se puede apreciar la subordinación le otorga tres poderes al empleador (empresa contratista o tercerizadora) sobre sus empleados, estos tres poderes son: el poder de dirección, el poder de control y el poder de sanción.

- a) El poder de dirección: Consiste en la capacidad del empleador, de ordenar y dirigir al trabajador sobre como realizará su actividad asignada, establece de forma unilateral, cómo se realizará el trabajo, cuándo se realizará y dónde se realizará el trabajo.  
A través del poder de dirección, el empleador puede reglamentar normas de imperativo cumplimiento para sus trabajadores (manuales, procedimientos, el reglamento interno del trabajo, directivas), el empleador regula la forma en que se presta el servicio.
- b) El poder de control: Consiste en la capacidad del empleador de controlar si el trabajador está realizando las labores asignadas, vigilar el cumplimiento de obligaciones laborales.
- c) El poder sancionador: Consiste en la capacidad del empleador de sancionar el incumplimiento de ordenes por parte del trabajador. Las medidas disciplinarias son las amonestaciones verbales o escritas, la suspensión y el despido.

Por lo expuesto, la empresa principal solo tiene una relación civil con la empresa tercerizadora, la empresa tercerizadora tiene una relación laboral con sus empleados y entre la empresa principal y los empleados de la empresa tercerizadora no hay ninguna relación jurídica.

En caso hubiera subordinación entre uno o varios trabajadores de la empresa tercerizadora y la empresa principal, esto se castiga con la desnaturalización laboral, pasando el o los trabajadores a la planilla de la empresa principal, tal y como lo establece el inciso d) del artículo 5 del DS N° 006-2008-TR, reglamento de la Ley N° 29245 y del DLeg N° 1038, que regulan los servicios de tercerización: “Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal”. (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2008, Artículo 5)

Además de la desnaturalización laboral, si durante un proceso de fiscalización la Sunafil determina la existencia de una relación laboral – subordinación de la empresa principal hacia los trabajadores de la empresa tercerizadora, correspondería aplicar multas administrativas.

### **1.1.3.2 Condiciones laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras**

Es incuestionable que existen diferencias en las condiciones laborales de los trabajadores de la empresa principal y los trabajadores de la empresa tercerizadora, esto se debe a que los empleados son dos empresas completamente distintas, sin embargo, esas es la crítica de un sector de la doctrina, como se pudo apreciar en los argumentos expuestos por el Colegio de Abogados del Callao en la demanda de inconstitucionalidad contra el Congreso y el Poder Ejecutivo, alegando que varios artículos de la Ley 29245 y del DLeg N° 1038, son inconstitucionales al ir en contra de los art 23, 26 y 27 de la Constitución.

Esto se debe a que consideran que lo trabajadores de la empresa tercerizadora realizan iguales actividades que un trabajador de la empresa principal, sin embargo, tienen una remuneración menor (por ende, afecta en el cálculo de las gratificaciones, de la compensación por tiempo de servicio, de la indemnización en caso de despido arbitral, de las horas extras, de la remuneración por descanso vacacional, de la indemnización vacacional, entre otros beneficios laborales), también señalan que afecta la estabilidad laboral, debido a que un trabajador la

empresa principal suele tener un contrato a plazo indeterminado, mientras que un trabajador de la empresa tercerizadora suele tener un contrato a plazo fijo, que suele durar el periodo pactado entre la empresa principal y la empresa contratista para realizar el servicio de tercerización, entre otros supuestos de precarización laboral producidos por la descentralización productiva.

Este planteamiento es incorrecto, debido a que, en la tercerización de servicios, la empresa principal encarga a la empresa contratista una o más partes de su actividad principal, por ende, no hay trabajadores de la empresa tercerizadora que realicen la misma actividad que los trabajadores de la empresa principal.

Si se diera el caso, estaríamos ante un destaque de trabajadores, una intermediación laboral, por lo tanto, al estar prohibida la simple provisión de personal, se produciría la desnaturalización de la tercerización.

Por los motivos expuestos, al tener distinto empleador y realizar distintas actividades, es razonable que tengan derechos, beneficios o condiciones laborales distintas, sin que las normas que regulan la tercerización laboral sean ilegales o inconstitucionales. Como desarrollaremos a más profundidad en el Capítulo 4, apartado 4.1 presentación de documentos de la presente investigación, al analizar e interpretar la sentencia sobre una demanda de inconstitucionalidad, emitida por el Tribunal Constitucional en el Exp.N° 00013-2014-PI/TC

Otra crítica que suele emplear en contra de la tercerización laboral es que hay empresarios inescrupulosos que cometen fraude o simulación de la tercerización para ahorrar en costos laborales.

En este caso si se estarían vulnerando derechos laborales, debiendo la Sunafil aplicar la máxima sanción administrativa.

### **1.1.3.3 Posibles soluciones para mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras**

El MTPE considera que la desigualdad entre ambos grupos de trabajadores proviene del DS N°006-2008-TR al haber definido la actividad principal de forma amplia, tal y como lo establecen en el Informe N° 032-2022-MTPE/2/14.1, de fecha 8 de febrero de 2022, donde el MTPE, *sustenta los motivos por los que decide*

*incorporar modificaciones al reglamento de la tercerización laboral, respecto a la actividad principal señala lo siguiente:*

*“En atención a ello, observamos que de la definición de actividad principal vigente puede desprenderse un alcance significativamente amplio del concepto de actividad principal que incluya incluso aquellas actividades que forman parte del núcleo del negocio. Ello llevaría a desnaturalizar la figura jurídica que permite la externalización de servicios, abriendo la puerta a supuestos de empresas fraudulentas.” (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2022, pág. 4)*

Esto ha ocasionado que se introduzca la figura del núcleo del negocio en la legislación laboral que regula la tercerización laboral, a través del Decreto Supremo N°001-2022-TR, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 23 de febrero del presente año.

*El reglamento establece elementos para identificar el núcleo del negocio, los cuales, a la fecha, no se pueden tercerizar:*

*“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.” (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2022, Artículo 1)

Desde nuestro punto de vista consideramos que no es adecuado limitar la figura de la actividad principal debido a que los únicos capaces de definir su actividad principal y/o su núcleo del negocio son las propias empresas según su relación con el mercado y con sus clientes, por lo tanto, la actividad principal debe determinarse para cada caso en concreto.

Por ejemplo, dos empresas en el mismo rubro, como puede ser el de minería, se pueden dedicar actividades principales distintas como la extracción, la exploración o el transporte, y tercerizar las otras actividades, se pueden ver afectadas si se hace una interpretación amplia de su núcleo del negocio.

Es imposible definir la actividad principal o el núcleo del negocio porque cambia en cada caso, es por ello que el legislador definió la actividad principal de forma amplia en el DS N° 003-2002-TR, reglamento de la intermediación laboral.

*Es evidente que la intención del MTPE es que la mayor cantidad de trabajadores de la empresa contratista pasen a la planilla de la empresa principal, sin embargo, al haber otorgado una definición amplia y abstracta al núcleo del negocio puede hacer que las empresas principales se planteen continuar con la tercerización de servicios al temor de producirse desnaturalizaciones laborales o cometer infracciones administrativas, entre otras opciones, por lo tanto podrían perderse varios puestos laborales afectando a miles de trabajadores, o, podrían quedarse sin la protección de la Ley 29245 y su reglamento al restringirse el desplazamiento continuo en favor del teletrabajo, perdiendo derechos como responsabilidad solidaria entre empresas.*

*Las mejores opciones para mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras son:*

- La fiscalización*
- Los derechos colectivos.*

*Es necesario fortalecer con herramientas legales y económicas a la Sunafil para que pueda inspeccionar y sancionar a las empresas que hacen mal uso de la tercerización laboral.*

*Los problemas del mal uso de la tercerización laboral se solucionan a través de la fiscalización laboral, no restringiendo su naturaleza, como*

se ha hecho en las modificaciones introducidas por el DS N°001-2022-TR.

La otra solución para mejorar las condiciones laborales es a través del ejercicio de los derechos de libertad sindical, huelga y negociación colectiva, en este sentido el 24 de setiembre de 2022 salió publicado en el Diario Oficial El Peruano, el DS N°014-2022-TR, “Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR”, permitirá el fortalecimiento de los sindicatos por gremios y por actividad, lo cual beneficia a los trabajadores de la empresa contratista, debido a que por sus condiciones laborales les resulta más complicado agruparse en un sindicato.

Entre otras opciones la negociación colectiva puede ayudar a establecer una tarifa fijada para una determinada actividad independientemente de si el empleado labora en una empresa principal o en una empresa tercerizadora.

## **1.2 Antecedentes de investigaciones**

### **1.2.1 Antecedentes Nacionales**

En nuestro país existen diversos trabajos de investigación sobre los servicios de tercerización, desde diferentes enfoques de las distintas carreras universitarias, como el derecho, la administración de empresas, contabilidad, negocios internacionales, ingeniería industrial, ingeniería de sistemas, gestión de recursos humanos, psicología, entre otras carreras. Con resultados a favor y en contra de la figura de la tercerización de servicios.



En el siguiente apartado incluiremos los trabajos nacionales de tesis de distintas partes de nuestro país, como Cajamarca, Lambayeque y Lima, que han aportado en el desarrollo de la investigación que presento, desde un enfoque del derecho laboral.

Romero García (2015) en su tesis de pregrado titulada “La tercerización de servicios y la razón por la que afecta negativamente a la funcionalidad de los derechos laborales” para optar el título profesional de abogado por la Universidad Privada del Norte – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, mediante la aplicación de los métodos dogmático, de análisis- síntesis e interpretativo, con diseño no experimental y transversal o transeccional, alega que, la tercerización de servicios es producto de la globalización, siendo un medio para facilitar la cooperación empresarial, la flexibilidad y la triangulación de las relaciones laborales. Considera que el problema de la tercerización es que no existe una norma correctamente equilibrada que proteja los intereses de los empresarios y los derechos laborales, individuales o colectivos, de los trabajadores.

También hace referencia a que no se deben acudir a medidas tan extremistas como la prohibición en la legislación ecuatoriana de toda descentralización productiva; el derecho debe crear mecanismos que permitan a las empresas ser más competitivas, productivas, asegurar su permanencia en el mercado creando dinamismo económico y mayores puestos de trabajo; siendo necesario, medios que protejan al trabajador al ser el lado más débil de la relación laboral. Asimismo, recomienda la negociación colectiva como una solución para fijar una escala de remuneraciones de los trabajadores de las empresas tercerizadoras en el rubro de las telecomunicaciones.

Salazar Gamboa (2017) en su tesis de pregrado titulada “El uso indiscriminado del contrato de tercerización y sus repercusiones en los derechos de los empleados de las empresas tercerizadoras” para optar el título profesional de abogado por la Universidad San Martín de Porres – Facultad de Derecho, mediante la aplicación del método deductivo, establece que, la regulación laboral tiene que ser acorde con el artículo 22 de la Constitución Política de 1993 y los Tratados Internacionales - Teoría del estado constitucional de derecho – considerando que el reglamento de la Ley que regula los servicios de tercerización, no cumple con este

requisito, al permitir la tercerización de las actividades principales, situación que “no está regulada” en la Ley 29245.

Por lo tanto, recomienda que el Consejo Nacional del Trabajo, donde participan representantes del Estado, de los empresarios - empleadores y de los trabajadores, acuerden modificaciones al art. 2 del DS. N°006-2008-TR, para determinar el ámbito de aplicación de la tercerización, si debe incluir actividades principales o actividades pertenecientes al núcleo del negocio de la empresa principal, además de establecer un concepto adecuado para cada figura y establecer sus diferencias.

Panaque Arbulu (2020) en su tesis de pregrado titulada “La clasificación de organizaciones sindicales en el Perú y su repercusión en la libertad de organización sindical de los trabajadores de las empresas de tercerización de servicios” para optar el título profesional de abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Molgrovejo – Facultad de Derecho, considera que el derecho laboral colectivo es un excelente mecanismo para la defensa de los derechos laborales de los empleados de las empresas tercerizadoras. Considera que la Ley de relaciones colectivas de trabajo debe ser mejor aplicada en concordancia con el Convenio N°87 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT; para facilitar la creación de organizaciones sindicales dentro de las empresas tercerizadoras.

En su periodo de estudio que transcurre desde el mes de enero del 2014 hasta junio del 2018, ha podido comprobar que la constitución de sindicatos en este tipo de empresas es muy reducida, por no decir casi nula, siendo necesaria la modificatoria del artículo 5 de la Ley de relaciones colectivas de trabajo que permita ampliar la clasificación de los sindicatos.

Los beneficios de esta modificatoria serían; alcanzar la igualdad de trato salarial y condiciones de trabajo entre todos los trabajadores que forman parte de la empresa; además del reforzamiento de la figura del sindicato, la negociación colectiva y el derecho a la libertad sindical.

### **1.2.2 Antecedentes internacionales**

Al igual que con los trabajos de investigación nacionales, se han desarrollado innumerables tesis sobre la tercerización laboral que enriquecen nuestra investigación a través de aportes del derecho comparado, doctrina y jurisprudencia internacional.

Los trabajos de investigación utilizados para la elaboración de los antecedentes internacionales provienen de repositorios académicos de universidades de Chile, Argentina y Colombia.

Aylwin Ramírez, Barraza Saavedra y Stade Urizar (2010) en su tesis de pregrado titulada “la subcontratación y el suministro de personal: repercusiones sobre el derecho colectivo del trabajo” para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de Chile – Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, en Santiago de Chile, concluye que para subsanar las deficiencias del sistema y garantizar la protección de los derechos de los trabajadores, debido a que la Ley de subcontratación chilena crea diferencias salariales entre el trabajador transitorio y el trabajador permanente de la empresa usuaria, provocando que los trabajadores transitorios tengan una categoría inferior o una segunda clase, pese a realizar actividades similares que los trabajadores de la empresa permanente.

Como se puede apreciar, resulta un argumento similar a la problemática que surge en nuestro país respecto a la estabilidad laboral y las remuneraciones percibidas por los trabajadores de las empresas tercerizadoras, que se desplazan a realizar sus actividades al centro de trabajo o al centro de operaciones de la empresa principal.

Como solución estos autores proponen que la legislación de derecho laboral colectivo sea modificada para que guarde relación con lo establecido por los tratados internacionales de derechos humanos, en específico con los Convenios N°87 y N°98 de la Organización Internacional de Trabajo sobre la libertad sindical y la liberación de la negociación colectiva, que la República de Chile ha ratificado. Además, proponen nuevas alternativas para formar un sindicato en el ámbito interempresa y una negociación colectiva más flexible que incluya a los trabajadores transitorios de la empresa usuaria.

Alejandro Ponce (2013) en su tesis de pregrado titulada “La Tercerización Laboral” para optar al grado de abogado por la Universidad Empresarial Siglo 21 en Córdoba, Argentina, concluye que es fundamental que el derecho laboral presente respuestas que den solución a los problemas acaecidos por la descentralización productiva.

Alega que prohibir la tercerización laboral es insuficiente e innecesario, debido a que es un medio de organización y gestión que necesitan las empresas no solo para competir en el mercado local, si no que le permiten competir a nivel global con empresas que pertenecen a otros países que mantendría la tercerización en su legislación nacional.

Una solución que plantea el autor para detectar en qué casos se vulneran derechos laborales es a través de la aplicación del principio de primacía de la realidad para cada caso en concreto.

Barrios Torres y Romero Matorel (2017) en su tesis de pregrado titulada “Tercerización en la contratación privada de Colombia en materia laboral” para optar al grado de abogado por la Universidad Libre Sede Cartagena – Facultad de Derecho, en Cartagena, Colombia, alega que esta figura de organización de empresas está permitida por la Constitución y las leyes colombianas, siempre que no se desdibuje con su uso la existencia de verdaderas relaciones laborales.

Teniendo en consideración que los empresarios pueden hacer mal uso de las figuras contractuales, tales como las cooperativas asociadas de trabajo, las empresas de servicios temporales, los contratistas independientes, el contrato colectivo sindical, las empresas asociativas de trabajo, entre otras figuras permitidas por la legislación colombiana, pero utilizadas para ocultar la existencia de verdaderas relaciones laborales.

El autor propone tres mecanismos para combatir la contratación indirecta y el encubrimiento de relaciones laborales, estas son:

- Sancionadora: Endurecimiento de las sanciones a las empresas, como lo son mayores multas para el incumplimiento de normas laborales
- Preventiva: brindar herramientas y procedimientos legales para fortalecer la fiscalización e inspecciones laborales, las cuales se deben realizar de manera

periódica en las empresas que utilizan estos mecanismos de organización empresarial a través de la externalización de actividades.

- Incentivos: brindar beneficios a las empresas que cumplen con el ordenamiento laboral colombiano.

### **1.3 Marco conceptual**

#### **1.3.1 Tercerización**

Carballo Mena (2019) considera que al margen de cualquier ordenamiento legal se debe entender a la tercerización como el modelo de organización empresarial que incluye a personas naturales o personas jurídicas externas a la empresa (terceros) para la producción de bienes o la prestación de servicios. También hace referencia a incorporar el suministro de personal como parte de esta figura, sin embargo, nuestra Ley lo prohíbe.

Como se ha mencionado en el desarrollo del marco teórico, la Ley 29245 en su artículo 2 se encarga de brindar la definición legal de la figura de la tercerización. Sanguinetti Raymond (2013) citado por Toledo Toribio (2015) complementa esta definición al señalar que a través de un contrato civil un tercero se compromete a realizar una actividad especializada, servicio u obra, la cual tiene que ser ejecutada con autonomía, sus empleados deben estar subordinados a él, debe ser desarrolla a cuenta y riesgo del tercero, el cual debe contar con una organización y recursos propios.

Arce Ortiz (2019) hace mención de las caracterizas de los contratos civiles entre los operadores de la tercerización:

- Es una relación entre dos empresas;
- Es un encargo que consistente en la ejecución de una parte de la producción o de ciertos servicios;
- El encargo puede referirse en términos puntuales y delimitados materialmente o puede estar refiera vagamente a una actividad o prestación de hacer; y,
- La empresa tercerizadora es un auxiliar de la empresa principal y no tiene relación con sus clientes.

### **1.3.2 Outsourcing**

En la doctrina internacional el término outsourcing es el más empleado para referirnos a la descentralización productiva, externalización de actividades, subcontratación o en nuestro caso, referirse a la tercerización.

Este vocablo del idioma inglés etimológicamente proviene de los términos out que significa fuera, y source que significa fuente, origen o principio. Por lo tanto, su significado de manera literaria se entendería como fuera del origen (fuera de la empresa) o de fuentes externas.

Las definiciones de la tercerización, brindadas en la presente investigación, son válidas para explicar la figura del outsourcing.

### **1.3.3 Intermediación laboral**

La Ley N° 27626, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 09 de enero del 2002, regula la figura de la intermediación laboral, siendo la primera figura jurídica que permitía la descentralización productiva, al mismo tiempo que enuncia algunos supuestos prohibidos que empezaban a incluir a la tercerización en nuestro ordenamiento legal.

En la intermediación, una empresa denominada usuaria - en lugar de la denominación de empresa principal como ocurre en la tercerización - solicita a la empresa que presta el servicio de intermediación, que puede ser una empresa de servicios o una cooperativa de trabajadores, el destaque de trabajadores para ejercer los supuestos prescritos en la Ley, siempre que no implique la ejecución permanente de la actividad principal.

Las actividades que permite la Ley de intermediación son:

- a) La prestación de servicios temporales; para los supuestos de ocasionalidad y suplencia
- b) La prestación de servicios complementarios; y,
- c) La prestación de servicios especializados.

### **1.3.4 Decreto Supremo**

Durante el transcurso de la presente investigación se han analizado diversas disposiciones legales de diferente nivel de nuestro ordenamiento nacional, como la Constitución Política de 1993, Leyes o Decretos Legislativos, pero, sobre todo se han analizado Decretos Supremos siendo hasta seis los que tienen injerencia directa en la presente tesis.

Los Decretos Supremos surgen por la potestad del Presidente de la República de reglamentar las leyes, siendo la función principal de estos reglamentos desarrollar o ampliar la Ley, pero no pueden transgredirlas o desnaturalizarlas. Los Decretos Supremos también son empleados para regular la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Estos deben ser refrendados por el Presidente de la República y por uno o más ministro que tenga competencia, como es el caso del DS N°006-2008-TR y el DS N° 001-2022-TR refrendados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Según lo disponga la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Los Decretos Supremos también pueden requerir el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Este dispositivo legal establece las materias específicas que requieren el voto aprobatorio.

Según lo establecido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2019) en la Guía de Técnica Legislativa para elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo, la Resolución Ministerial se diferencia del Decreto Supremo debido a que la RM. Es una norma de menor jerarquía al ser refrendada por uno y eventualmente más de uno de los ministros de Estado, sin incluir al Presidente de la República

### **1.3.5 Desplazamiento de Personal**

El Reglamento de la Ley que regula la tercerización de servicios, modificado por el DS N° 001-2022-TR, es la norma laboral que establece la definición del desplazamiento de personal. Surge cuando un trabajador o unos trabajadores de manera continua se traslada desde la empresa tercerizadora hacia las instalaciones de la empresa principal o al lugar donde realizara sus funciones. Los lugares de

destino de los trabajadores de la empresa tercerizadora son dos, el centro de trabajo y el centro de operaciones.

El centro o lugar de trabajo es donde están ubicadas las instalaciones de la empresa principal y, el centro de operaciones es el lugar externo a las instalaciones de la empresa principal donde el personal que labora en la empresa tercerizadora realizara sus funciones. Cabe señalar que este personal que trabaja en la empresa tercerizadora siempre estará bajo la subordinación de aquella, de ninguna manera lo estarán de la empresa principal, de lo contrario se produciría la desnaturalización de la tercerización.

La norma reguladora de los servicios de tercerización y su reglamento, solo contemplan como supuesto la tercerización con desplazamiento continuo, quedando excluido del ordenamiento laboral y su protección la tercerización sin desplazamiento, sin embargo, como hemos señalado anteriormente, la libertad de empresa contemplada en el artículo 59 de nuestra Constitución Política si permite que se de esta figura.

La continuidad del desplazamiento se puede determinar en función del plazo de contrato de tercerización o en función del semestre:

- En función del plazo de contrato de tercerización el desplazamiento del trabajador debe producirse por lo menos durante más de un tercio de los días laborales acordados.

- En función al semestre se da cuando el desplazamiento excede las cuatrocientos veinte horas o los cincuenta y dos días de trabajo efectivo, independientemente de si son consecutivos o no.

### **1.3.6 Derechos laborales**

Los derechos laborales o del trabajador, vienen a ser un conjunto de obligaciones que debe cumplir el empleador a favor de sus trabajadores, los cuales están regulados por la Constitución, los Convenios Internacionales que han sido ratificados por el estado (como los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo – OIT) y las normas laborales. También pueden incluirse los colectivos, los provenientes de la costumbre y los que unilateralmente el empleador quiere brindar a sus trabajadores.



Debido a que una parte de la doctrina considera que la tercerización laboral es un mecanismo para la vulneración de derechos laborales en beneficio del ahorro de costos laborales, los derechos del trabajador más importantes en este tema de investigación son:

- La remuneración que es la contraprestación por el trabajo realizado, el cual tiene la condición de alimentario pues es destinado a la subsistencia del trabajador y su familia. La remuneración es empleada como cálculo de otros derechos del trabajador como lo son las gratificaciones, horas extras, remuneración por descanso vacacional, indemnizaciones por despido, indemnizaciones por vacaciones, compensación por tiempo de servicios, entre otros.

- El trato igualitario, trato sin discriminación y la dignidad del trabajador, reconocido en el artículo 26 de la Constitución, el cual puede interpretarse como idéntico trabajo, idénticas condiciones laborales.

- Utilidades, es el reparto de un porcentaje de los beneficios obtenidos durante el periodo establecido en la ley, que la empresa hace a sus trabajadores.

- Derechos colectivos, establecidos en el artículo 28 de la Constitución Política, son el derecho de sindicación, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga.

### **1.3.7 Provisión de personal**

La Ley 29245, norma reguladora de los servicios de tercerización, señala en el artículo 2° la prohibición de admitir que la empresa contratista o tercerizadora brinde el servicio de la simple provisión de personal a la empresa principal.

Incumplir con esta prohibición conllevaría la desnaturalización del contrato laboral del trabajador desplazado de la empresa tercerizadora. Este trabajador pasaría a estar contratado por la empresa principal con una relación de trabajo directa e inmediata según el artículo 5 de la misma Ley, además de otras sanciones como las multas administrativas por la Sunafil.

A su vez el DS N° 006-2008-TR, define la simple provisión de personal como “la cesión de trabajadores, la cual se considera ilícita”. Esta cesión de trabajadores

se produciría con la intención de cubrir puestos de trabajo en la organización principal, reduciendo costos laborales y la no inclusión en planillas.

### **1.3.8 Desnaturalización**

La desnaturalización se produce cuando se alteran o desvirtúan las condiciones o propiedades del contrato laboral. Valderrama Valderrama (2019) expresa que, en el Derecho Laboral, la desnaturalización se origina cuando se emplea un tipo laboral con el objetivo de ocultar una relación laboral de duración indeterminada, a su vez que reducen costos laborales, o, con la utilización fraudulenta de figuras comerciales y civiles.

Asimismo, la ley de tercerización en su art. 5, establece que se origina la desnaturalización si no se cumple con lo establecido en los art. 2 y 3 de la misma norma y solo se trata de una mera y simple provisión de personal. Mientras que el art. 5° del DS N° 0001-2008-TR modificado por el DS. N° 001-2022-TR establece 5 supuestos de desnaturalización relacionados a las actividades del núcleo de negocio, a la subordinación del personal a la empresa principal, entre otros.

En caso se produzca la desnaturalización, el trabajador de la empresa tercerizada pasará a la empresa principal, reconociéndole el periodo desde que empezó el desplazamiento, además de posibles sanciones administrativas productos de una fiscalización laboral.

### **1.3.9 Subordinación**

Toyama Miyagusuku (2008) citado por Valderrama Valderrama (2019) expresa que la subordinación:

Es el elemento determinante para establecer la existencia de un vínculo laboral, ya que constituye el matiz distintivo entre un contrato de trabajo y un contrato de locación de servicios. De ese modo, la subordinación o dependencia consiste en el sometimiento al trabajador al poder de organización y disciplina del empresario. (pág. 59)

La Ley de productividad y competitividad laboral, Decreto Legislativo 728, en su art. 9, establece que los trabajadores solo prestan servicio bajo la supervisión de

su empleador, el cual tiene las facultades de dirigir, fiscalizar y sancionar sus actividades realizadas.

En el caso de la tercerización laboral los empleados de la empresa tercerizadora solo pueden estar bajo la subordinación de esta, en ningún caso pueden estar bajo la subordinación de la empresa principal, de lo contrario se produciría la desnaturalización de la tercerización, prescrito en el inc. d) del art. 5 del reglamento de la tercerización: “Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal”.

### **1.3.10 Fiscalización laboral**

En la presente tesis de investigación se propone a la fiscalización laboral como un mecanismo para impedir que empresarios inescrupulosos empleen la figura de la tercerización, como un medio para vulnerar los derechos laborales de sus trabajadores, por medio del fraude y simulación.

La precarización laboral no se combate limitando o prohibiendo la figura de la tercerización o modificando su naturaleza descrita en la norma, se combate a través de la fiscalización, fortaleciendo legal y económicamente a la Sunafil.

La fiscalización es el procedimiento que realiza sunafil para comprobar que los empleadores están cumpliendo con el ordenamiento sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo, en beneficio de sus trabajadores, garantizando que las relaciones laborales se desarrollen con armonía, legalidad y veracidad.

**CAPÍTULO II:**  
**EL PROBLEMA, OBJETIVOS, HIPÓTESIS Y**  
**VARIABLES**

## **2.1 Planteamiento del problema**

### **2.1.1 Descripción de la realidad problemática**

Durante el transcurso de la historia, el hombre ha tenido la necesidad de organizarse con otros hombres para la búsqueda de un fin valioso (lucrativo o no lucrativo), al principio para satisfacer necesidades que le permitan sobrevivir, como la caza y la agricultura; para continuar evolucionando en actividades que otorgan sentido a la vida humana en sociedad, como puede ser la constitución de una empresa.

Cabe señalar, que el primer hito importante de las empresas surge por el descubrimiento de nuevas rutas comerciales, que permitieron a los europeos comercializar con sus colonias ubicadas en otros continentes, siendo las empresas de colonización, denominadas Compañías de Indias (Compañía Holandesa de las Indias Orientales y Compañía Inglesa de las Indias Orientales), las empresas principales de aquella lejana época del siglo XVII y XVIII. Otros acontecimientos importantes fueron la Revolución Industrial, el sistema ferroviario, la energía eléctrica, los hidrocarburos, el descubrimiento de internet, el capitalismo, la globalización, etc., los cuales han permitido que el concepto de empresa que existía en los siglos pasados haya quedado desfasado.

Las empresas tienen la necesidad de adaptarse a las nuevas condiciones del mercado, en constante cambio, para volverse más competitivas, viéndose obligadas a cambiar sus modelos de producción a otros más flexibles. Uno de estos cambios es que algunas empresas ya no centralizan o controlan todo el ciclo productivo de sus productos o servicios, si no que encargan su producción a terceros, denominándose descentralización productiva a este cambio en la gestión de la empresa.

“La idea central de esta novedosa estrategia organizativa es que si la empresa pretende destacar en un mercado cada vez más competitivo, entonces debe reducir sus dimensiones con el objeto de tomar decisiones rápidas y eficaces. La adaptación a un mercado cambiante y flexible, requiere

también estructuras organizativas empresariales de corte flexible”. (Arce Ortiz, 2006, pág. 12)

En nuestro país, a partir de la Constitución Política de 1993, se reconoce el derecho a la libertad de empresa en su artículo 59, lo cual otorga independencia a las empresas para que puedan decidir libremente sobre como establecer su organización, gestión y estructura, poniendo como únicos límites, el respeto y cumplimiento de la Constitución y las leyes.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en el Informe N° 032-2022-MTPE/2/14.1, denominado “Proyecto de 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”, establece lo siguiente:

“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 actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del mercado”. (MTPE. 2022)

El art. 59 de nuestra Constitución Política permite la descentralización productiva sin necesidad de la existencia alguna ley que la regule, sin embargo, es necesario establecer límites a través del derecho laboral para salvaguardar los derechos laborales de los trabajadores de las empresas contratistas, tal y como alega Arce Ortiz (2006):

“Sería ilógico que el derecho civil y el mercantil, respaldados en la libertad de empresa (artículo 59 de la Constitución peruana), admitan que el empresario tiene la posibilidad de elegir la forma de organizar y de actuar de su empresa, sin que el derecho laboral pueda establecer ciertas garantías de protección a los trabajadores de las empresas contratistas. Como se sabe, la flexibilidad no supone desregulación en el ámbito laboral. La flexibilidad supone libertad de organización y actuación de las empresas con el objeto que

se adecuen a un mercado cambiante, pero con la correspondiente tutela de los intereses laborales”. (pág. 21)

La primera ley laboral en nuestro país que regula la descentralización productiva es la Ley 27626 y su reglamento el DS N° 003-2002-TR, ambos promulgados en el año 2002, estas disposiciones legales regulan la figura de intermediación laboral, siendo las empresas que pueden brindar este servicio, las empresas especiales de servicios y las cooperativas de trabajadores.

La Intermediación laboral permite que las empresas usuarias puedan encargar a las empresas intermediadoras, que son empresas externas, las actividades temporales o permanentes siempre que sean complementarias, o actividades principales o nucleares con la condición de que sean ocasionales o de suplencia, es decir, temporales.

Posteriormente, durante el año 2008 se regula la tercerización laboral, a través de la Ley 29245, norma reguladora de los servicios de tercerización, el DLeg. N° 1038, Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley 29245 y el Decreto Supremo N° 006-2008- TR, Reglamento de la Ley N° 29245 y el DLeg. N° 1038, que regulan los servicios de tercerización.

La tercerización es uno de los resultados de la descentralización productiva, se da por motivos económicos, tecnológicos y organizativos, que brinda beneficios a las empresas que deciden encargar a una o varias empresas tercerizadoras una o varias partes de su actividad productiva.

Entre los beneficios de la tercerización de servicios que otorga a las empresas principales se encuentran, el gran aporte que brindan a la competitividad empresarial, a la adaptación de cambios producidos por el mercado, al valor agregado que brindan a diversos productos o servicios y a satisfacer las necesidades del consumidor final, entre otros.

Hasta el 23 de febrero del presente año, las empresas principales podían tercerizar las actividades especializadas, las obras y las actividades principales, situación que genera controversia respecto a esta última actividad. Como señala el MTPE:

“Observamos que de la definición de actividad principal vigente puede desprenderse un alcance significativamente amplio del concepto de actividad principal que incluya incluso aquellas actividades que forman parte del núcleo del negocio. Ello llevaría a desnaturalizar la figura jurídica que permite la externalización de servicios, abriendo la puerta a supuestos de empresas fraudulentas”. (2022)

Como se aprecia, la controversia respecto a la actividad principal consiste en que, si se debería tercerizar el core business de la empresa o, por el contrario, limitar esta posibilidad. Como se verá en la presente investigación a través de la incorporación del núcleo del negocio en nuestro ordenamiento laboral vinculado a la tercerización.

Otro de los problemas de la tercerización surge porque una parte de la doctrina considera que la tercerización origina condiciones de desigualdad laboral entre los empleados de las empresas principales y de las empresas tercerizadoras, generan menores remuneraciones y vulneración a derechos conexos, menores repartos por utilidades, precarización laboral, vulneración a la libertad sindical y a la negociación colectiva, etc.

Carhuatocto Sandoval (2012) siendo un gran crítico de la descentralización productiva, como se puede apreciar en su obra “El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización” alega:

“La razón por la que dedicamos nuestra atención a las formas de descentralización de la producción más importantes como lo son la intermediación y la tercerización, es que a través de ellas se puede afectar derechos laborales, y porque en el fondo, pese a laborar en actividades principales o permanentes, los trabajadores contratados bajo estas dos modalidades tienen condiciones laborales disminuidas con respecto a los trabajadores de la empresa principal, y lo peor sus labores están precarizados bajo contratos de trabajo temporales, todo lo cual debilita la actividad sindical, tanto en la empresa contratista, las tercerizadoras, como en la empresa principal, disminuyendo la capacidad de negociación colectiva al punto incluso de desaparecerla”. (pág. 43)



Además de lo señalado, hay que empresas que, si utilizan la tercerización como un medio para la reducción de planillas y el ahorro de costos laborales, creando supuestos de fraude o simulación de la tercerización, perjudicando gravemente a los trabajadores que laboran en estas empresas tercerizadoras, que ven vulnerados sus derechos laborales al encontrarse subordinados por la empresa principal.

Es por ello que la solución planteada por el MTPE fue añadir a nuestra legislación el DS N° 001-2022-TR que modifica el reglamento de la ley que sistematiza o regula los servicios de tercerización, el cual prohíbe que se puedan tercerizar actividades pertenecientes al núcleo de negocio de la empresa y amplía los supuestos de desnaturalización de la tercerización.

La presente investigación surge con intención de demostrar que la limitación de la tercerización laboral no es la solución más adecuada, pudiendo perjudicar a las empresas principales, a las empresas tercerizadoras y a los trabajadores de estas últimas, debido a que las empresas principales se van a cuestionar si resulta económicamente rentable adecuarse a las modificaciones de Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

Además, se propondrán algunas soluciones para mejorar las condiciones laborales de los trabajadores que laboran en las empresas tercerizadoras, tales como la negociación colectiva o la adecuada fiscalización por parte de la Sunafil, así como la creación de incentivos y el aumento de sanciones para prevenir, evitar y castigar la simulación e incumplimiento de esta figura.

## **2.1.2 Definición del problema**

### **2.1.2.1 Problema general**

¿Cuál es la relación existente entre la tercerización de servicios en la actividad principal de las empresas y los derechos laborales de los trabajadores?

### **2.1.2.2 Problemas específicos**

- ¿Cómo la modificación del reglamento de la tercerización de servicios para restringir la actividad principal beneficia a las empresas principales?

- ¿Cómo la modificación del reglamento de la tercerización de servicios restringir la actividad principal beneficia a los trabajadores de las empresas tercerizadoras?
- ¿Cómo se podría mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras?

## **2.2 Finalidad y objetivos de la investigación**

### **2.2.1 Finalidad de la investigación**

El objeto del presente trabajo de investigación es analizar la naturaleza de la tercerización laboral, sus antecedentes legislativos, su origen, su relación sistemática con otras normas de mayor, menor o igual jerarquía, como es percibida por los trabajadores, por la doctrina y la jurisprudencia; y como es utilizada por los empresarios

Al mismo tiempo se analizarán los derechos laborales de los trabajadores que laboran en las empresas contratistas con la finalidad de poder determinar si se cumple con respetar sus derechos laborales o si la figura de la tercerización es empleada para vulnerarlos, creando desigualdades e inestabilidad laboral entre los trabajadores de la empresa principal y la empresa tercerizadora.

### **2.2.2 Objetivo general y específicos**

#### **2.2.2.1 Objetivo General**

Establecer la relación existente entre la tercerización de servicios en la actividad principal de las empresas y los derechos laborales de los trabajadores.

#### **2.2.2.2 Objetivos Específicos**

- Analizar como la modificación del reglamento de la tercerización de servicios para restringir la actividad principal beneficia a las empresas principales.
- Determinar la modificación del reglamento de la tercerización de servicios restringir la actividad principal beneficia a los trabajadores que laboran en las empresas tercerizadoras.
- Establecer como podríamos mejorar las condiciones laborales a los trabajadores de las empresas tercerizadoras

## **2.2.3 Delimitación del estudio**

### **2.2.3.1 Delimitación espacial**

La delimitación espacial del presente trabajo de investigación es la ciudad de Lima – Perú, sin embargo, al tratarse de un estudio de la legislación laboral que regula la tercerización de servicios, las conclusiones de la investigación pueden aplicarse a nivel nacional.

### **2.2.3.2 Delimitación temporal**

La presente investigación se ha realizado empleando el método transversal-argumentativo que consiste en el análisis de la figura de la tercerización en la actualidad, como si fuera una fotografía, no obstante, se ha tenido mayor consideración en el estudio al periodo transcurrido desde el 23 de febrero del 2022 (día en que se divulgó el DS N° 001-2022-TR) hasta diciembre del presente año.

### **2.2.3.3 Delimitación temática**

La presente investigación se realiza tomando como referencia el Derecho Laboral, en específico la regulación de la tercerización de servicios y su relación con los derechos laborales de los trabajadores de las empresas contratistas o tercerizadoras.

Adicional a ello, se ha analizado la Constitución Política, la legislación civil referente a los tipos de contratos de la tercerización, jurisprudencia, doctrina nacional y extranjera.

## **2.2.4 Justificación e importancia del estudio.**

### **2.2.4.1 Justificación del estudio**

#### **2.2.4.1.1 Justificación teórica**

Esta investigación servirá como aporte al estudio del ordenamiento laboral referente a la tercerización de servicios, debido a que se ha realizado un análisis de los antecedentes de esta figura, desde que fue incorporada a nuestra legislación a través del art. 4 del reglamento la Ley 27626 que regula la intermediación laboral que podían realizar las cooperativas de trabajadores y las empresas de servicios,

posteriormente fue promulgada la Ley 29245, la cual regula los servicios de tercerización y su reglamento.

Además del análisis sistemático de la legislación laboral realizado en la presente tesis, se estudiaron diversos aportes doctrinarios de origen nacional y extranjero, además de criterios jurisprudenciales de diferentes Tribunales de justicia como lo son la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, así como de tribunales administrativos como la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi.

En suma, se han analizado las modificaciones al reglamento de la tercerización laboral introducidas por el DS N° 001-2022 –TR, publicado en el Diario Oficial El Peruano el día 23 de febrero de 2022, para determinar si son modificaciones necesarias para la protección de derechos laborales o si por el contrario desnaturalizan la figura de la tercerización.

#### **2.2.4.1.2 Justificación práctica**

Es innegable el beneficio que la descentralización productiva otorga a las empresas, al ser un método de organización y de gestión que flexibiliza la actividad productiva, permitiendo que un tercero pueda encargarse de realizarlas. Sin embargo, puede generar desigualdades entre los trabajadores de la empresa principal y los trabajadores de las empresas tercerizadoras. Además, existe el peligro de que la tercerización laboral sea empleada como un medio fraudulento para vulnerar derechos laborales.

Es por ello que la presente investigación pretende dar aportes para mejorar las condiciones laborales de los empleados que laboran en las empresas tercerizadoras, así como emplear métodos que permitan prevenir, evitar y sancionar el mal uso de los medios de descentralización productiva. Por lo tanto, se pretende beneficiar a las empresas y a los trabajadores.

#### **2.2.4.1.3 Justificación metodológica**

A través de los métodos de investigación utilizados en la elaboración de la presente tesis, como el método hipotético- deductivo, el método dogmático o el método interpretativo, se pretende dar un aporte que permita mejorar la legislación laboral vincula a la tercerización.

### **2.2.4.2 Importancia del estudio**

La descentralización productiva es un medio de organización y gestión empresarial que permite a las empresas encargar a un tercero externo parte de su actividad productiva, siendo las dos principales reguladas por nuestra legislación la intermediación y la tercerización, no se puede negar el gran aporte que brindan a la competitividad empresarial, a la adaptación de cambios producidos por el mercado, al valor agregado que brindan a diversos productos o servicios y a satisfacer las necesidades del consumidor final, entre otros beneficios.

Sin embargo, esta figura muchas veces es criticada debido a que tiene la percepción de ser utilizada para producir desigualdades entre trabajadores que realizan actividades similares o por el mal uso de esta figura a través del fraude a la ley y/o la simulación de una tercerización laboral que beneficien al empresario en una reducción de planilla o una reducción de costos laborales.

Es por ello que se desarrolla esta investigación, su importancia radica en aportar a una posible mejora de la legislación de la tercerización, brindando posibles alternativas que permitan mejorar las condiciones laborales de los empleados de las empresas tercerizadoras y evitar, prevenir y sancionar la mala utilización de esta figura. Además de demostrarse que la limitación, desnaturalización o prohibición de la figura de tercerización debe evitarse en nuestra legislación, debido a que se perjudicarían las empresas y los trabajadores.

## **2.3 Hipótesis y Categorías Jurídicas**

### **2.3.1 Hipótesis general**

La tercerización de servicios en el desarrollo de la actividad principal de las empresas beneficia la competitividad en el mercado, sin embargo, puede generar desigualdades en las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras.

### **2.3.1 Hipótesis específicas**

- Modificar el reglamento de la tercerización de servicios para restringir la actividad principal no beneficia a las empresas principales.

- Modificar el reglamento de la tercerización de servicios para restringir la actividad principal no beneficia a los trabajadores de las empresas tercerizadoras.
- Se pueden mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras, a través de la negociación colectiva o la fiscalización laboral, entre otros medios.

## **2.3.2 Categorías Jurídicas**

### **2.3.2.1 Categoría Jurídica X**

Tercerización laboral

### **2.3.2.2 Categoría Jurídica Y**

Derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras

**CAPÍTULO III:  
MÉTODO, TÉCNICA E INSTRUMENTO**

### **3.1 Diseño de la investigación**

El presente trabajo de investigación busca aumentar el conocimiento teórico de la descentralización productiva, en específico de la tercerización laboral y como influye en la relación jurídica entre la empresa principal, la empresa tercerizadora y los trabajadores de esta última, es por ello que se empleara el diseño no experimental, debido a que se estudiaran las categorías jurídicas de tercerización laboral y los derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras tal y como se desarrollan en su contexto natural, sin manipularlas.

### **3.2 Enfoque de la investigación**

Como enfoque de investigación de la presente tesis, se ha utilizado el enfoque cualitativo, el cual se emplea principalmente en investigaciones jurídicas y sociales, en vista de que permite la recolección de datos de forma no predeterminada ni estandarizada, lo cual facilita y flexibiliza el discurso argumentativo empleado en su desarrollo.

### **3.3 Método de investigación**

#### **3.3.1 Método general**

El método general empleado ha sido el hipotético – deductivo, puesto que al ser una investigación jurídica permite identificar un problema de estudio, en este caso relacionado a la legislación laboral, la tercerización de servicios y los derechos de los trabajadores de las empresas contratistas o tercerizadoras, posterior a ello, a través de la observación y la deducción se plantean hipótesis que busquen solucionar la problemática planteada. Por último, se presentan los resultados obtenidos de la investigación y se contrastan las hipótesis y los hechos.

#### **3.3.2 Métodos particulares**

Además del método hipotético – deductivo, se han utilizado los siguientes métodos particulares:

- Método dogmático;



- Método interpretativo; y,
- Método transversal - argumentativo

### **3.3.2.1 Método dogmático**

El antiguo magistrado del Tribunal Constitucional, Ramos Núñez (2018), hace la siguiente referencia a las investigaciones dogmáticas:

Una tesis de grado que se inspira en el método dogmático visualizará el problema jurídico solo a la luz de las fuentes formales, y como consecuencia, su horizonte se limitará a las normas legales o instituciones en los que está inscrito el problema. No serán parte de su labor inquisitoria los factores reales que han generado esa normatividad. La pregunta esencial del método dogmático consiste en averiguar la naturaleza jurídica de una determinada institución. (pág. 101)

El mismo autor alega que:

Frente a la exégesis, el método dogmático alcanza un mayor rigor teórico. Mientras que la exegesis trabaja fundamentalmente con normas legales, la dogmática recurre a la doctrina nacional y extranjera, el Derecho comparado y ocasionalmente a la jurisprudencia. Por ello, su enfoque se desenvuelve sobre bases más amplias (pág. 101)

Por estos motivos el método dogmático es primordial para determinar la naturaleza jurídica de la tercerización, como también, analizar si ha sufrido variaciones a través de las últimas modificaciones en la legislación.

### **3.3.2.2 Método interpretativo**

De igual manera se ha empleado el método interpretativo, concretamente la interpretación sistemática, debido a que, para el entendimiento de la figura de la tercerización laboral, ha sido necesario el estudio de la Constitución Política y su relación con la legislación civil y la legislación laboral relacionada al tema de investigación.

### **3.3.2.3 Método transversal – argumentativo**

El método transversal – argumentativo es empleado porque se analiza la legislación laboral relacionada a la tercerización en el periodo actual, como si fuera una fotografía, aunque se tenga en consideración posibles cambios a la normativa vigente.

### **3.4 Nivel de investigación**

En esta tesis se emplea un nivel de investigación descriptivo, pues se busca desarrollar las características de la tercerización laboral y sus posibles afectaciones al derecho laboral.

Asimismo, se emplea el nivel explicativo, porque además de analizar la figura de la tercerización laboral, se busca explicar posibles mejoras en su regulación y fiscalización.

### **3.5 Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

La técnica utilizada para la recolección de datos ha sido el análisis documental, en vista de que la principal fuente de información fue la observación y el análisis de documentos, entre ellos la legislación en sus diferentes materias y niveles jerárquicos (Constitución Política de 1993, Leyes civiles y laborales, Decretos Legislativos, Decretos supremos), informes emitidos por diversas entidades del Estado como es el MTPE, doctrina nacional e internacional y jurisprudencia de tribunales judiciales (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) y tribunales administrativos (Indecopi).

El instrumento de recolección de datos empleado en la presente investigación fue el uso de libreta de notas o apuntes en físico, debido a que permite mayores flexibilidades en su utilización y brinda mayores facilidades para su transporte, excepcionalmente también se ha utilizado la libreta de notas virtual, para el registro de textos con gran extensión.

### **3.6 Ética de la investigación**

Los aspectos éticos que se han servido para el desarrollo y culminación de la presente investigación son los siguientes:

Se ha utilizado la citación al estilo APA sexta edición, según lo establecido en el manual de la American Psychological Association – Manual APA 2018, en

concordancia con lo señalado por el Reglamento de normas para la elaboración y aprobación de títulos profesionales, producido en el año 2022 por la Unidad de Grados y Títulos de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Como expresa Ramos Núñez: “La importancia de las citas radica en que ellas constituyen el aparato crítico a partir del cual se construye la tesis, y sin el cual esta no tendría razón de ser”. (2018, pág. 205)

Asimismo, se ha realizado la búsqueda en diversos repositorios instituciones (universidades nacionales, universidades internacionales y el registro nacional de trabajos de investigación – Renati) de tesis universitarias que desarrollaron una investigación complementaria a la nuestra.

En estos casos se han analizado y desarrollado los aportes al presente trabajo de investigación, respetando la idea originaria de los autores, así como destacando sus posibles soluciones a la problemática planteada en el capítulo II y su relación con las hipótesis.

Además, en la parte final de la presente tesis, se encuentra el apartado de referencias, donde el lector podrá ubicar la documentación empleada (dispositivos legales, informes, protocolos, libros, revistas, jurisprudencia y tesis universitarias), con el fin de que pueda comprobar nuestra información y se forme su propia opinión respecto al tema investigado.

### **3.7 Procesamiento de datos**

El procesamiento de datos de la investigación, como se desarrollará a continuación, fue dividida en tres etapas:

- Recolección
- Procesamiento
- Resultados

#### **a) Recolección**

Durante la etapa de recolección, se recabaron todas las fuentes de datos e información documentaria necesarias para el desarrollo de la tesis, empezando por la legislación laboral, luego por libros y artículos de revistas indexadas, para finalizar

con el análisis de la jurisprudencia que fortaleciera nuestros puntos de vista, cabe señalar que también se han analizado videos, notas periodísticas, entre otras fuentes de información, para así poder obtener diferentes perspectivas sobre el mismo tema. En la etapa de recolección ha sido necesaria la utilización de la libreta de notas física.

#### b) Procesamiento

El resultado de esta etapa se puede corroborar en el Capítulo uno de la presente investigación, en ella se ha desarrollado las principales teorías que defienden las hipótesis planteadas, para poder brindar una solución a la problemática desarrollada.

#### c) Resultado

El resultado de esta etapa se puede corroborar en el Capítulo cuatro, donde se buscó contrastar o confrontar las hipótesis, para comprobar si realmente se ha resuelto el problema planteado y se han cumplido con los objetivos de la investigación.

**CAPÍTULO IV:**  
**PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS**

## 4.1 Presentación de Resultados

### 4.1.1 Registro documentario

En la siguiente tabla se realizará el registro de siete resoluciones relacionadas al ordenamiento jurídico de la tercerización laboral.

Estas resoluciones han sido pronunciamientos del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema (demanda de inconstitucional y demandas de acción popular – vía judicial) y de diversas instancias del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (denuncia por la imposición de barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad y medidas cautelares – vía administrativa)

<b>CLASE</b>	<b>Nro.</b>	<b>Expediente</b>	<b>DETALLE</b>
Jurisprudencia	1	Expediente N°00013-2014- PI/TC	Es una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 29245 y el DLeg. N° 1038, presentada ante el Tribunal Constitucional, por el Colegio de Abogados del Callao contra el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo.  La parte demandante alega que las dos normas mencionadas vulneran los artículos 23, 26 y 27 de la Constitución, así como Convenios Internacionales ratificados por el Estado Peruano. Permiten un trato discriminatorio violando el principio de

			<p>igualdad y el principio de dignidad del trabajador. Genera precarización laboral, establece un plazo de prescripción más corto (un año) para reclamar derechos laborales. Además, señala que solo debería permitirse tercerizar actividades complementarias y establecer un máximo de trabajadores, como ocurre en la intermediación.</p> <p>El fallo de la sentencia de fecha 10 de setiembre de 2019 fue de infundada la demanda de inconstitucionalidad con cuatro votos de magistrados del Tribunal Constitucional.</p>
Jurisprudencia	2	<p>Expediente N° 00070-2022/CEB</p> <p>Resolución N°0289-2022/CEB-INDECOPI</p>	<p>Denuncia por la imposición de barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad, interpuesta ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), por la empresa Cosapi Minería S.A.C. contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil).</p> <p>La empresa demandante, que es una empresa tercerizadora del sector minero, denuncia la ilegalidad del DS N° 001-2022-TR, que modifica el reglamento de la ley de servicios de tercerización, alegando que</p>

		<p>una barrera burocrática la prohibición de tercerizar actividades del núcleo del negocio de la empresa principal. Modificatoria introducida en el art. 2 del DS N° 006-2008-TR.</p> <p>Además, alega que no debería producirse la desnaturalización de los trabajadores de la empresa tercerizadora que, con desplazamiento continuo, realizan actividades del núcleo del negocio de la empresa principal. Modificatoria introducida en el artículo 5 del DS N° 006-2008-TR.</p> <p>La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas en la Resolución N°0289-2022/CEB-INDECOPI de fecha 18 de agosto de 2022 declaro fundada la denuncia presentada por Cosapi Minería S.A.C. y declaro que constituyen barreras burocráticas los artículos 2 y 5 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificados por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR</p>
3	<p>Acción Popular N°01949-2004 - Lima</p>	<p>Demanda de acción popular presentada por Ricardo Gómez Yrazaba y otros contra el MTPE</p> <p>La parte demandante que el art. 4 del DS N° 003-2002-TR, contraviene la ley de intermediación laboral y el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución.</p> <p>El artículo 4 establece supuestos de tercerización que son excluidos de la intermediación</p>



		<p>La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en la sentencia de fecha 26 de mayo de 2005, publicada el 21 de noviembre de 2005, revoco la sentencia apelada y reformándola declaro infundada la demanda de acción popular.</p>
4	<p>Acción Popular N°01607-2012 - Lima</p>	<p>Demanda de acción popular interpuesta por el secretario general del sindicato único de trabajadores de servicios de mantenimiento de agua potable y alcantarillado de CONCYSSA y otros contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.</p> <p>La demandante presento la demanda solicitando que se declare la inconstitucionalidad y la ilegalidad de los artículos 4 y 5 del reglamento de la ley que regula los servicios de tercerización, DS N°006-2008-TR, argumentando que contraviene el artículo 51 de la Constitución y art. 2, 3 y 5 de la ley de tercerización, Ley 29245.</p> <p>El art. 4 establece los elementos característicos de la tercerización de servicios y el art. 5 del reglamento regula los supuestos de desnaturalización de la tercerización.</p> <p>La Corte Suprema resolvió en la sentencia de fecha 23 de mayo del 2013, confirmar la sentencia apelada y declarar infundada la demanda de acción popular.</p>

Jurisprudencia	5	Acción Popular N°00764-2011- Lima	<p>Demanda de acción popular interpuesta por el secretario general del sindicato único de trabajadores de Telefónica del Perú y otros contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.</p> <p>En la demanda el sindicato solicita que se declare la inconstitucionalidad y la ilegalidad de los artículos 2, 4, 5 y 6 del DS N° 006-2008-TR por vulnerar los artículos 22, 23, 24, 26 y numerales 1 y 3 del art.139 de la Constitución, además, la demandante indica que contravienen los artículos 2, 4, 5 y 9 de la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.</p> <p>El art. 2 del reglamento regula el ámbito de la tercerización, el art. 4 establece los elementos característicos de la tercerización, el artículo 5 regula los supuestos de desnaturalización y el art. 6 prescribe la duración del desplazamiento.</p> <p>La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema resolvió en la sentencia de fecha 23 de junio del 2011, confirmar la sentencia apelada, por lo tanto, declarar infundada la demanda de acción popular.</p>
		Expediente N°	<p>Medida cautelar de la denuncia por la imposición de barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de</p>

6	<p>00070-2022/CEB</p> <p>Resolución N° 0179-2022/CEB-INDECOPI</p>	<p>razonabilidad, interpuesta ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, por la empresa Cosapi Minería S.A.C. contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) y la Sunafil.</p> <p>La empresa denunciante solicita la inaplicación de las medidas denunciadas con efectos generales, Suspender los efectos de las definiciones de actividades especializadas u obras y núcleo del negocio y abstenerse a realizar fiscalizaciones laborales (actos administrativos y actuaciones materiales) respecto al cumplimiento del artículo 1 sobre las definiciones señaladas, artículo 2 su último párrafo y el art. 5 del DS N°006-2008-TR, modificado por el DS N°001-2022-TR</p> <p>La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas en la Resolución N° 0179-2022/CEB-INDECOPI de fecha 20 de mayo de 2022 resolvió conceder la medida cautelar de la empresa Cosapi Minería S.A.C. por lo tanto, el MTPE y la Sunafil, se abstengan de aplicar de modo provisional las medidas detalladas en la resolución.</p>
7	<p>Expediente N° 00070-2022/CEB</p> <p>Resolución</p>	<p>Confirmación de la medida cautelar de la denuncia por la imposición de barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad, interpuesta ante</p>

N°0355-  
2022/SEL-  
INDECOPI

la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), por la empresa Cosapi Minería S.A.C. contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil).

La controversia es la confirmación de lo resuelto por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas en la Resolución N° 01792022/CEB-INDECOPI de fecha 20 de mayo de 2022.

La Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual en la Resolución N°0355-2022/SEL-INDECOPI de fecha 30 de setiembre del 2022 confirmo la Resolución 0179-2022/CEB-INDECOPI respecto a la abstención de prohibir la tercerización de actividades de formen parte del núcleo del negocio de la empresa y su desnaturalización.

Además, ordeno a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral que se abstenga de realizar cualquier actuación fiscalizadora o sancionadora contra la empresa denunciante, respecto al incumplimiento de las medidas señaladas

		<p>en la presente resolución.</p> <p>Asimismo, de oficio se ordenó como medida cautelar que la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral realice actuaciones fiscalizadoras o sancionadoras contra cualquier administrado, sobre las medidas adoptas en la presente resolución hasta que se resuelva definitivamente el Expediente N° 000070-2022/CEB</p>
--	--	--

#### 4.1.2 Análisis e interpretación de documentos

En los presentes cuadros de doble entrada se desarrollará el análisis en interpretación documental de las siete resoluciones registradas en la tabla anterior y se discutirá su relación con las hipótesis del tema de investigación.

Para facilitar el análisis e interpretación de documentos se denominará sentencias (ST) a las resoluciones emitidas por diversas instancias del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Asimismo, los fundamentos o considerandos de las resoluciones analizadas e interpretadas se abreviarán de la siguiente manera: (F x), siendo la (x) el número del fundamento o el considerando al que se hace referencia.

#### **Leyenda:**

Sentencia 1 (ST1): Expediente N°00013-2014-PI/TC

Sentencia 2 (ST2): Resolución N°0289-2022/CEB-INDECOPI

Sentencia 3 (ST3): Acción Popular N°01949-2004-Lima

Sentencia 4 (ST4): Acción Popular N°01607-2012-Lima

Sentencia 5 (ST5): Acción Popular N°00764-2011-Lima

Sentencia 6 (ST6): Resolución N° 0179-2022/CEB-INDECOPI

Sentencia 7 (ST7): Resolución N°0355-2022/SEL-INDECOPI

Hipótesis General		Análisis e Interpretación
<p>La tercerización de servicios en el desarrollo de la actividad principal de las empresas beneficia la competitividad en el mercado, sin embargo, puede generar desigualdades en las condiciones laborales de los trabajadores que laboran en las empresas tercerizadoras.</p>		<p>ST1: El primer criterio importante que brinda esta sentencia es en el F10 al definir el concepto de tercerización brindado por el MTPE donde se señala que se puede tercerizar la actividad principal (proceso productivo de la empresa). Sobre la vulneración a la dignidad del trabajador y al trato igualitario en los F37 y 38 señala que la propia ley expresa que los derechos laborales no son restringidos, siendo la empresa tercerizadora la única encargada de proteger los derechos laborales. Respecto a la reducción del plazo de prescripción a un año en el F51 se establece que esta situación solo ocurre con la empresa principal, con la empresa tercerizadora (empleador) se mantiene el plazo de prescripción legal para el reclamo de derechos laborales. F55 extender la responsabilidad a la empresa principal por un año protege al trabajador de cualquier incumplimiento de su empleador. El F72 hace referencia a que en abstracto no se aprecia ninguna vulneración constitucional por parte de la norma impugnada y que en el supuesto donde haya un caso en concreto donde se vulnere, corresponde al juez resolver ese caso. Respecto a la igualdad entre los F85 y</p>
<p>Categoría Jurídica Tercerización laboral</p>	<p>x: Categoría Jurídica y: Derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras</p>	

		<p>86 señalan que no situaciones similares que un trabajador labore para la empresa y otro trabajador labore para la empresa tercerizadora, tampoco hacen la misma función debido a que el empleado de la empresa tercerizadora realiza la actividad tercerizada, al mismo tiempo, señala que los trabajadores de distintas empresas, están en situaciones jurídicas distintas, no suelen ganar las mismas remuneraciones o tener las mismas condiciones laborales. En referencia a la precarización laboral en el F97 hace referencia a que la empresa tercerizadora está facultada a realizar contratos modales o indefinidos, siempre que cumpla con las condiciones establecidas por la Ley, por lo tanto, no habría afectación.</p> <p>ST2: en su F108 señala que la ley permite tercerizar cualquier etapa del proceso productivo, siempre que no se dé la simple provisión de personal, En el F114 se establece que regular el núcleo del negocio es ilegal al considerarse una barrera burocrática.</p> <p>Conclusión: de las dos resoluciones se puede concluir que la desigualdad entre condiciones laborales de los trabajadores de la empresa tercerizadora y la empresa principal,</p>
--	--	---

		<p>proviene del mercado, situación que se produce incluso entre empresas donde no hay una relación de tercerización, por el contrario, la norma brinda cierta protección hacia los trabajadores. Respecto a las empresas resulta muy beneficioso poder tercerizar parte de su actividad productiva, incluida la actividad principal, la cual debe entenderse de forma amplia y no restrictiva.</p>
--	--	--

Hipótesis Específica		Análisis e Interpretación
<p>Modificar el reglamento de la tercerización de servicios para restringir la actividad principal no beneficia a las empresas principales</p>		<p>ST2: Como se ha señalado en el cuadro anterior, esta resolución de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) declaró ilegales las modificaciones al reglamento de la tercerización introducidas por el DS N° 001-2022-TR al considerarlas como barreras burocráticas señalan que la legislación y la jurisprudencia si consideran que se puede tercerizar parte de la actividad principal.</p> <p>ST3: en el F5 establece los supuestos de exclusión de la intermediación, al ser considerados como la actividad principal de la empresa, cabe señalar la sentencia es del 2005 y la ley de tercerización y su reglamento es del</p>
<p>Categoría Jurídica X: Tercerización laboral</p>	<p>Categoría Jurídica Y: Derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras</p>	



		<p>2008.</p> <p>ST4: en el F4 establece que se puede tercerizar la actividad principal.</p> <p>ST5: en el F5 establece que se puede tercerizar la actividad principal.</p> <p>Además, ambas resoluciones ST4 y ST5 consideran que los elementos de la tercerización deben interpretarse sin restricciones, de forma amplia para cada en concreto.</p> <p>Conclusión: desde antes de promulgación de la Ley 29245, el DLeg. N°1038 y el DS. N°006-2008-TR, ya se consideraba que se podían tercerizar actividades principales sin limitaciones, situación que se mantuvo hasta las modificatorias introducidas en el presente año. Al igual que no se limitan los elementos de la tercerización, sino que se analizan en cada caso en concreto, consideramos que no se puede limitar la actividad productiva a tercerizar a través de las modificaciones de la norma, sino que los límites los pone el propio mercado.</p>
--	--	---

Hipótesis Específica	Análisis e Interpretación
<p>Modificar el reglamento de la tercerización de servicios para restringir la actividad principal no beneficia a los trabajadores de las</p>	<p>ST1: Como se ha desarrollado anteriormente en el cuadro de la hipótesis general, la tercerización laboral desde que fue introducida en nuestra legislación, en el año 2008,</p>

empresas tercerizadoras.		<p>hasta las modificaciones en su reglamento introducidas por el DS N°001-2022-TR de fecha 23 de febrero de 2022, no vulneraban derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras. Haciendo referencia a las remuneraciones, a la igualdad, a la no discriminación, a la dignidad del trabajador y a la estabilidad laboral.</p> <p>No obstante, si existen desigualdades propias del mercado al ser dos relaciones jurídicas distintas entre el empleador y el empleado.</p> <p>El trabajador de la empresa principal, tiene un distinto y una distinta actividad, que el trabajador que trabaja para una empresa subcontratista que realiza una actividad tercerizada.</p> <p>Conclusión: Aún no hay sentencias que cuyos criterios sean positivos o negativos respecto a si restringir la actividad principal y/o el núcleo del negocio beneficia al trabajador, sin embargo, consideramos que no lo beneficiaría, originando mayor informalidad por la posible liquidación disolución de empresas tercerizadora, lo cual se puede interpretar como peores condiciones laborales.</p>
<p>Categoría Jurídica X: Tercerización laboral</p>	<p>Categoría Jurídica Y: Derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras</p>	

<b>Hipótesis Especifica</b>	<b>Análisis e Interpretación</b>
-----------------------------	----------------------------------

<p>Se pueden mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras, a través de la negociación colectiva o la fiscalización laboral, entre otros medios.</p>		<p>La ST2, ST6 y ST7 pertenecen a un único expediente, el número 00070-2022/CEB, que es una Denuncia por la imposición de barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad, interpuesta ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).</p> <p>El ST2 resuelve el expediente principal en primera instancia de la vía administrativa, mientras que el ST6 y el ST7 son la primera y segunda instancia de la medida cautelar, que entre otras medidas, ordeno de oficio que la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) se abstuviera de realizar actuaciones fiscalizadoras o sancionadoras contra cualquier administrado, sobre las medidas adoptas en la presente resolución hasta que se resuelva definitivamente la controversia del expediente principal.</p> <p>Conclusión: Si bien es cierto que Indecopi ha ordenado que Sunafil se abstenga de realizar fiscalizaciones respecto al incumplimiento del DS N° 006-2008-TR, reglamento de la ley que regula los servicios de tercerización, modificado por el DS N°001-2022-TR,</p>
<p>Categoría Jurídica X: Tercerización laboral</p>	<p>Categoría Jurídica Y: Derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras</p>	

		<p>respecto a las medidas relacionadas con el núcleo del negocio y la desnaturalización por realizar actividades que son consideradas como núcleo del negocio de la empresa principal, consideramos que ha habido un fortalecimiento de la fiscalización de la tercerización, en vista de que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo emitió el Informe N° 099 -2022-MTPE/2/14.1 denominado Absolución de consultas realizadas por la SUNAFIL, en el marco del DS N° 001-2022-TR, de fecha 21 de marzo de 2022</p> <p>Por otro lado, Sunafil emitió el Protocolo N°001-2022-SUNAFIL/DINI, denominado Protocolo para la fiscalización de la tercerización laboral aprobado por Resolución de Superintendencia N°428-2022-SUNAFIL de fecha 22 de agosto de 2022</p> <p>Como se aprecia en el fallo de la ST7, Indecopi ordeno la no aplicación de este protocolo para la fiscalización de la tercerización laboral.</p>
--	--	---

## **4.2 Contratación de Hipótesis**

### **4.2.1 Contratación de la hipótesis general**

Hipótesis general: La tercerización de servicios en el desarrollo de la actividad principal de las empresas beneficia la competitividad en el mercado, sin

embargo, puede generar desigualdades en las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras.

La Libertad de empresa establecida en el art. 59 de nuestra Constitución Política del Estado, permite que las empresas puedan organizarse, estructurarse y gestionarse de la manera que consideren más beneficiosa para que puedan adaptarse y competir en el mercado, siendo los únicos límites la Constitución y las leyes.

Uno de los mecanismos más importantes para la organización empresarial es la descentralización productiva, la cual permite que un tercero externo a la empresa, se encargue de atender una o varias partes del proceso productivo, otorgándole a la empresa principal mayor flexibilidad en su organización y en su producción de bienes o servicios, siendo la tercerización de servicios o la tercerización laboral, el modo de descentralización productiva que se estudia en la presente tesis.

Como señala el propio MTPE en su Informe N° 032-2022-MTPE/2/14.1, es innegable los beneficios que la tercerización laboral otorga a las empresas como herramienta de gestión moderna que contribuye a hacerla más competitiva. Otros beneficios de la tercerización laboral son la adaptación de cambios producidos por el mercado, al valor agregado que brindan a diversos productos o servicios, a satisfacer las necesidades del consumidor final, entre otros.

Es importante que se pueda tercerizar la actividad principal de las empresas sin limitaciones, debido a que el único que está capacitado para establecer cuál es su actividad principal en relación al comportamiento del mercado, es la propia empresa principal.

Debido a la libertad de empresa reconocida en la Constitución, no sería necesario una ley que regule la tercerización para que se de esta figura, sin embargo, es importante la protección de los trabajadores que laboran en empresas que ofrecen servicios de tercerización, es por ello que el legislador considero necesario promulgar la Ley 29245, la cual regula los servicios de tercerización, DLeg N° 1038 que precisa alcances de la ley y el DS N° 006-2008 reglamento de la tercerización. Pese a ello, una parte de la doctrina considera que existen desigualdades en las condiciones laborales de los trabajadores que laboran en la empresa tercerizadora y los empleados de la empresa principal, aunque ambos

grupos de trabajadores se encargan de actividades distintas en el proceso de producción.

Al respecto, estamos de acuerdo con la Sentencia del Expediente 00013-2014-PI/TC, donde el Tribunal Constitucional estima que ambos grupos de trabajadores se encuentran en relaciones laborales distintas, pues tienen diferente empleador y realizando actividades diferentes. Además, señalan que resulta normal que dos personas que trabajen en distintas empresas tengan condiciones laborales diferentes, sin importan que se esté realizando un servicio de tercerización entre ambas.

Una empresa a la que le va bien en el mercado, es competitiva, tiene un flujo de ingresos constantes, una cartera de clientes activa, varias operaciones comerciales en una jornada, entre otros factores económicos, tiene mayores posibilidades de otorgar mejores beneficios laborales a sus trabajadores, a una empresa que recién está comenzando. Aunque ambas empresas tengan trabajadores que realizan la misma función, es evidente que la primera empresa puede otorgar mejores condiciones laborales a sus empleados y no por eso hay una desigualdad o una discriminación al trabajador.

Esta situación también se repite en el sector público, siendo el estado el mayor empleador del país, salvo que en este caso un servidor público con las mismas actividades, por ejemplo, un abogado, no solo va a ganar más dependiendo de la entidad del estado donde labore, si no que va a depender también en que régimen laboral del sector público se encuentre.

Por ejemplo, un servidor público que se encuentre laborando en el Régimen del DLeg 276 (régimen de la carrera pública) va a tener menos beneficios laborales que el mismo servidor público laborando en el Régimen del DLeg 728 (Régimen de la actividad privada), situación que se agrava si lo comparamos con la reducción de derechos laborales de los trabajan en el Régimen del DLeg N° 1057 que regula el contrato de administración de servicios, Régimen CAS, donde la situación de los trabajadores es más precaria al contar con reducidos derechos laborales.

## **4.2.2 Contrastación de hipótesis específicas**

### **4.2.2.1 Primera hipótesis específica**

Hipótesis Específica: Modificar el reglamento de la tercerización de servicios para restringir la actividad principal no beneficia a las empresas principales.

La empresa es la única que puede determinar cuál es su actividad principal en función a su relación con el mercado y con sus clientes, es por ello que el art. 59 de la Constitución Política del Estado le reconoce el derecho a la libertad de empresa, para que pueda organizarse, gestionarse y estructurarse de la forma en que lo considere más adecuado para satisfacer sus intereses económicos.

Hasta antes de las modificatorias del reglamento de tercerización, acertadamente el legislador había definido la actividad principal en el art. 1 del DS N°003-2002-TR de una forma amplia (el mismo significado se empleaba para la intermediación laboral como para la tercerización), debido a que, dependiendo de la actividad económica de la empresa se debe analizar la actividad principal para cada caso en concreto, no pudiendo regularse e interpretarse de manera restringida.

Por ejemplo, el servicio de limpieza es una actividad complementaria en la mayoría de empresas, incluso así lo establece el reglamento de la intermediación laboral; sin embargo, podría entenderse como parte de la actividad principal de un restaurante o de una clínica, incluso podría identificarse con el núcleo del negocio, bajo la premisa de “Lo que la identifica a la empresa frente a sus clientes finales”, como lo establece la modificatoria al reglamento introducidas por el DS N°001-2022-TR.

En ese contexto, el concepto de actividad principal estaba bien regulado por la norma anterior a las modificaciones del reglamento, interpretándose de manera amplia o extensa y siendo aplicado de distintas maneras para cada caso en concreto. Nuestros principales tribunales también se habían pronunciado a favor de que se podían tercerizar actividades principales, como lo estableció el Tribunal Constitucional recientemente en el año 2019, en el Exp. N°00013-2014-PI/TC sobre una demanda de inconstitucionalidad, igualmente hay pronunciamientos de la Corte Suprema en las sentencias de Acción Popular N°01949-2004-Lima, Acción Popular N°01607-2012-Lima y Acción Popular N°00764-2011-Lima. Sentencias que ya se han analizado en el apartado anterior, cabe recordar que la acción popular es la vía adecuada para demandar la ilegalidad y/o la inconstitucionalidad de un reglamento.

Por lo antes expuesto, hace mal el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en limitar el concepto de actividad principal, incorporando la figura del núcleo del negocio, que, a su vez está definido con indicios poco claros y abstractos, sobre lo que está prohibido.

En el Informe N°032-2022-MTPE/2/14.1, el Ministerio (2022) hace alusión para justificar las modificaciones al reglamento de tercerización, a que una definición muy amplia de la actividad principal puede ocasionar el fraude por parte de algunas empresas:

“En atención a ello, observamos que de la definición de actividad principal vigente puede desprenderse un alcance significativamente amplio del concepto de actividad principal que incluya incluso aquellas actividades que forman parte del núcleo del negocio. Ello llevaría a desnaturalizar la figura jurídica que permite la externalización de servicios, abriendo la puerta a supuestos de empresas fraudulentas”. (pág. 4)

Al Respecto, es importante mencionar que el medio para evitar los supuestos de empresas fraudulentas es través de la fiscalización laboral, competencia del Ministerio de Trabajo y de Sunafil. El problema no se resuelve introduciendo una figura restrictiva que resulta en ilegal al pretender modificar la actividad productiva y económica de la empresa a través de un reglamento.

Tal y como lo hemos desarrollado, el Informe N°099-2022-MTPE/2/14.1, el Ministerio (2022) absuelve la consulta número trece realizada por Sunafil indicando que “El núcleo del negocio no es estático. Puede ir variando con el tiempo o abarcar más de una actividad. Se debe aplicar el criterio de realidad y flexibilidad”. (pág. 7) Lo cual demuestra que, aunque la empresa haga sus mayores esfuerzos por adecuarse a la nueva normativa, al final quien decide su núcleo del negocio es el inspector laboral, basándose en indicios que se pueden considerar como amplios y abstractos, situación que no debería ocurrir.

#### **4.2.2.2 Segunda hipótesis específica**

Hipótesis específica: Modificar el reglamento de la tercerización de servicios para restringir la actividad principal no beneficia a los trabajadores de las empresas tercerizadoras.



Es un hecho notorio que en nuestro país existe una fuerte crisis económica producida por la pandemia del covid-19 y la inestabilidad política, entre otros factores. Esto ha producido una reducción de puestos laborales, dificultades para crear puestos de trabajos y que la informalidad laboral llegue hasta porcentajes superiores al ochenta por ciento, lo cual afecta a millones de trabajadores. En estas circunstancias, sería más útil que los órganos del Estado se centren en intentar revertir el desempleo y la informalidad.

En una publicación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en la Plataforma digital única del Estado (Gob.pe) de fecha 22 de agosto del 2022, el Ministerio señala que de acuerdo a la Planilla electrónica del MTPE, en junio de 2021 existían 1002 empresas de tercerización, las cuales declaran un total de 114,060 trabajadores.

Si bien es cierto, es importante mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras (sobre todo remuneraciones y estabilidad laboral). La medida adoptada por el Ministerio que es modificar el reglamento respecto a la actividad productiva de la empresa, limitando el concepto de la actividad principal e introduciendo la figura del núcleo del negocio, no nos parece lo más adecuado.

Como se puede interpretar del Informe N° 032-2022-MTPE/2/14.1, denominado "Proyecto de 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" las intenciones del MTPE, es que los trabajadores de la empresa tercerizadora pasen a la planilla de la empresa principal, con los beneficios que conlleva.

Sin embargo, aunque no sea la intención del Ministerio, esta situación puede que no se realice, en el informe antes mencionado la justificación para las modificaciones al reglamento de tercerización limitando el concepto de actividad principal es porque consideran que la anterior regulación llevaba a: "desnaturalizar la figura jurídica que permite la externalización de servicios, abriendo la puerta a supuestos de empresas fraudulentas". (pág. 4) por ende se basan en consideraciones, sin haber una adecuada fundamentación del motivo.

En nuestra región hay otros tres países que han restringido la descentralización productiva - tercerización laboral:

- En Bolivia se prohibió la tercerización de servicios en el año 2010, lo cual produjo un aumento considerable de la tasa de informalidad.

- En México, siendo el ejemplo más reciente debido a que fue en el 2021, la limitación a la tercerización laboral provocó que más de dos millones de empleados perdieran sus puestos de trabajo.

- En Ecuador se prohibió todo tipo de descentralización productiva, esto es la intermediación y la tercerización laboral en el año 2008, esto provocó que solo el veinte por ciento de los trabajadores pasaran a la planilla de las empresas principales.

Si se tomara el ejemplo de Ecuador en nuestro país, de 114,060 trabajadores solo 22,812 trabajadores pasarían a la planilla de la empresa principal, probablemente el número de trabajadores sería mayor, pero no sería la totalidad, lo cual provocaría que desaparecieran miles de puestos de trabajos.

Aun cuando, el DS N°001-2022-TR prohíbe la extinción de las relaciones laborales por motivo de la adecuación, es imposible que pueda prohibir que la empresa tercerizadora se liquide y disuelva al rescindir los contratos de servicios con sus clientes (empresas principales).

Las empresas principales tienen un plazo para adecuarse a la nueva normativa de 180 días calendario, una de las opciones para adecuarse es que las actividades tercerizadas se realicen sin desplazamiento continuo de personal, lo cual provocaría que estos trabajadores de la empresa tercerizadora no les sea aplicable la Ley 29245 y su reglamento, perdiendo derechos laborales como la responsabilidad solidaria entre empresas. Esta opción es posible debido a que uno de los pocos beneficios que trajo la pandemia, fue la regulación del trabajo teletrabajo.

En una publicación del 09 de setiembre del 2022 en la Plataforma digital única del estado peruano (Gob.pe) se resaltaba la noticia de que Indecopi había recibido 343 denuncias contra el MTPE y la Sunafil, cuestionando la legalidad y la razonabilidad de las nuevas modificaciones al reglamento de la tercerización al

considerarlas barreras burocráticas. Siendo el Expediente más avanzado el de Cosapi Minería S.A.C., a esto hay que añadirle las innumerables demandas de acción de amparo y acción popular que las empresas están interponiendo ante el Poder Judicial.

Ante esta situación, el MTPE realizó el siguiente comunicado:

“El MTPE, en defensa de la legalidad y los derechos de las y los trabajadores, expresa su preocupación por las acciones judiciales y administrativas que contravienen la Ley que Regula los servicios de tercerización. ¡Los derechos laborales no son barreras burocráticas!” (2022)

Si bien es cierto, actualmente existe un nuevo gobierno que puede derogar el DS N°001-2022-TR o continuar defendiéndolo por la vía judicial y/o administrativa, lo cierto es que, hasta que no se resuelva esta incertidumbre, los contratos civiles de tercerización de resolverán o modificaran, perjudicando gravemente a sus trabajadores.

Por estos motivos consideramos que las limitaciones a tercerizar la actividad principal de las empresas, no es lo adecuado para el beneficio de los trabajadores, existen otras opciones que pueden mejorar sus condiciones laborales.

#### **4.2.2.3 Tercera hipótesis específica**

Hipótesis específica: se pueden mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras, a través de la negociación colectiva o la fiscalización laboral, entre otros medios.

Con motivo de fiscalizar la adecuación de las disposiciones introducidas por el DS N°001-2022-TR al reglamento de la ley que regula los servicios de tercerización, la Autoridad de Trabajo ha realizado lo siguiente:

- Emisión del Informe N° 099 -2022-MTPE/2/14.1 denominado “Absolución de consultas realizadas por la SUNAFIL, en el marco del Decreto Supremo N°001-2022 TR” de fecha 21 de marzo del 2022;

- Aprobar el DS N°015-2022-TR, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 019-2006-TR, publicado el 17 de agosto de 2022

- Emisión del Protocolo N°001-2022-SUNAFIL/DINI, denominado “Protocolo para la fiscalización de la tercerización laboral” aprobado por Resolución de Superintendencia N° 428 -2022-SUNAFIL de fecha 24 de agosto de 2022

La medida cautelar de oficio declara en la Resolución N° 355-2022/SEL-INDECOPI de fecha 30 de setiembre de 2022, la Sala Especializada en la Eliminación de Barreras Burocráticas ordena que:

“TERCERO: ordenar, como medida cautelar de oficio, que la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral se abstenga de aplicar las medidas objeto de controversia a cualquier administrado involucrado en su alcance, por la observancia de protocolos y/o reglamentos aprobados para efectos de inspeccionar y/o sancionar conductas relacionadas con tales medidas, hasta que se emita un pronunciamiento definitivo en el marco del procedimiento principal seguido bajo el Expediente 000070-2022/CEB”. (2022, pag. 19)

Si bien es cierto, la medida cautelar de oficio de Indecopi ha limitado la fiscalización de Sunafil respecto a inspeccionar y sancionar el incumplimiento de las modificaciones al reglamento de tercerización, relacionados a la tercerización de actividades pertenecientes al núcleo del negocio y su desnaturalización.

Considero que es un buen comienzo fortalecer la función de la Sunafil, brindándole herramientas económicas y legales para mejorar las actuaciones de fiscalización y sanción.

La fiscalización es el mejor medio para castigar el fraude y la simulación de la tercerización, en beneficio de los trabajadores.

Otro método que es adecuado para la mejora de condiciones laborales es a través del derecho colectivo, buscar mecanismo para fortalecer los derechos de sindicalización, negociación colectiva y huelga en los trabajadores de las empresas tercerizadoras.

En este sentido, el 24 de setiembre de 2022 salió publicado en el Diario Oficial El Peruano, el DS N°014-2022-TR, el cual modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por DS N° 011-92-TR.

Entre otras opciones la negociación colectiva puede ayudar a establecer una remuneración mínima para una determinada actividad independientemente de si el empleado labora en una empresa principal o en una empresa tercerizadora.

También permitiría una mayor fuerza de negociación por parte de los sindicatos en el Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo – CNTPE, el cual es un mecanismo de dialogo social y concertación laboral, conformada por el Estado, gremios empresariales y organizaciones sindicales.

Consideramos que estas medidas serían más eficientes para mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras, antes que limitar o restringir su actividad, poniendo en grave riesgo sus puestos de trabajo.

## **CAPÍTULO V: CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES**

## **5.1 Conclusiones**

1. En la presente investigación se ha demostrado que el modelo de empresa moderna y globalizada necesita de la descentralización productiva, en específico de la tercerización, para poder ser más competitiva en el mercado y conseguir la adaptación de sus productos y servicios a las exigencias de sus clientes. La tercerización permite que la organización y estructura de la empresa sea más flexible, cediendo parte de la actividad productiva a una empresa externa (denominada empresa tercerizadora).

El derecho a la libertad de empresa reconocido en el art. 59 de la Constitución Política de 1993 permite de la descentralización productiva, no existiendo la necesidad de una ley que regule como debe realizarse, sin embargo, la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización y su reglamento, surgen como el mecanismo que tiene el ordenamiento laboral para proteger las condiciones y derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la Ley.

2. Las modificaciones al DS N°006-2008-TR, reglamento de la tercerización, introducidas por el DS N° 001-2022-TR, publicado el 22 de febrero de 2022, no benefician a las empresas que deciden tercerizar parte de su actividad productiva.

Las empresas son las encargadas de establecer cuál es su actividad principal, dependiendo de sus relaciones con el mercado y sus clientes; además de sus intereses económicos, con las modificatorias y la creación de la figura del núcleo del negocio se ha limitado la tercerización de la actividad principal.

Las restricciones que presenta la figura del núcleo del negocio desvirtúan la Ley de Tercerización Laboral que no prohibía la tercerización de actividades principales, afectando el modelo económico, organizacional y estructural de las empresas que decidían descentralizar parte de su actividad productiva. Cabe señalar que los indicios que establece el DS N°001-2022-TR son poco claros y abstractos sobre lo que está prohibido.

Asimismo, afecta a las empresas tercerizadoras debido a que sus clientes pueden decidir que ya no tercerizaran parte de su actividad productiva por la incertidumbre de la desnaturalización de la tercerización, la inclusión de trabajadores de la empresa tercerizadora en sus planillas o por sanciones económicas producidas por la fiscalización de la Sunafil.

3. Los trabajadores de las empresas tercerizadoras están protegidos por el régimen general laboral o por los regímenes especiales, dependiendo de la empresa. La Ley N° 29245, la cual regula los servicios de tercerización y su reglamento les dan protección en caso de que la empresa principal use la figura de la tercerización de manera fraudulenta o simulada, además de otorgar a la empresa principal responsabilidad solidaria en el caso de la empresa tercerizadora no cumpla con sus obligaciones laborales.

Las modificaciones al reglamento de la tercerización tienen como fin incorporar al mayor número de trabajadores a la planilla de la empresa principal, pero pueden generar el efecto contrario, produciendo grandes pérdidas de puestos laborales o crecimiento de la informalidad laboral.

4. Las modificaciones al reglamento, introducidas por el DS N°001-2022-TR, no es la forma más adecuada para solucionar los problemas que produce la simulación y la utilización fraudulenta de la tercerización. Para combatir estas dos situaciones es necesario el fortalecimiento de las fiscalizaciones para asegurar el cumplimiento de la ley de tercerización laboral y su reglamento. Para mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras la solución más adecuada es a través de los derechos laborales colectivos.

## **5.2 Recomendaciones**

1. La figura del núcleo del negocio, introducida en el reglamento de la tercerización por el DS N°001-2022-TR, no beneficia a las empresas principales, ni a las empresas tercerizadoras, ni a los trabajadores de esta última, por lo que debería derogarse.
2. Actualmente hay varias empresas que han presentado acciones legales ante la vía judicial y administrativa en contra de las modificaciones al reglamento de la tercerización laboral, considero que el estado debería abstenerse a continuar con la defensa de estos procesos por considerar adecuada su derogación.
3. La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - Sunafil es la entidad encargada de fiscalizar y sancionar a las empresas que utilicen la figura de la tercerización laboral y detectar si esta se realiza de manera simulada o fraudulenta, por lo que deben darle herramientas legales y económicas para inspeccionar a las empresas registradas que brinden servicios de tercerización.
4. Establecer tarifas fijas por actividad a través de la negociación colectiva y el fortalecimiento de los derechos laborales colectivos, brindando facilidades para la creación de sindicatos por actividad o gremios.
5. El teletrabajo permite que el trabajador de la empresa tercerizadora ya no tenga que desplazarse a la sede o al centro de operaciones de la empresa principal, por lo que debería ampliarse los supuestos de protección regulados por la Ley de tercerización laboral y su reglamento.



6. Ampliar la responsabilidad solidaria de la empresa principal a las obligaciones laborales de origen colectivo o unilateral, que tenga la empresa tercerizadora con sus trabajadores.

### Referencias

Acción Popular N°01949-2004–Lima (Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 26 de mayo de 2005)

Acción Popular N°00764-2011-Lima (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 23 de junio del 2011)

Acción Popular N°01607-2012 –Lima (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 23 de mayo del 2013)

Alejandro Ponce, D. (2013). *La Tercerización Laboral*. (Tesis de pregrado). Recuperado de: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/12077>

Arce Ortiz, E. (2006). *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Lima, Perú : Palestra Editores.

- Arce Ortíz, E. (2019). La Descentralización de la empresa. *En Sanguineti Raymond, W. y Carballo Mena, C. (Ed.) La Tercerización Empresarial en América Latina. Perspectiva Laboralista* (pp. 57-100). Lima, Perú: Palestra Editores
- Aylwin Ramírez, L.A.; Barraza Saavedra, R.P.; y Stade Urizar, M.M (2010). *La subcontratación y el suministro de personal: repercusiones sobre el derecho colectivo del trabajo*. (Tesis de pregrado). Recuperado de: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107005>
- Barrios Torres, E.E y Romero Matorel, M. (2017). *Tercerización en la contratación privada de Colombia en materia laboral*. (Tesis de pregrado) Recuperado de: <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/18631>
- Carballo Mena, C. A. (2019). *Tercerización Laboral*. *En Sanguineti Raymond, W. y Carballo Mena, C. (Ed.) La Tercerización Empresarial en América Latina. Perspectiva Laboralista* (pp. 57-100). Lima, Perú: Palestra Editores.
- Carhuatocto Sandoval, H. (2012). *El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización*. Lima, Perú: Jurista Editores
- Congreso Constituyente Democrático de 1993. (1993). *Constitución Política del Perú*. Lima Perú. Recuperado de: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682678>
- Congreso de la República del Perú. (2002). *Ley N° 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores*. Lima, Perú. Recuperado de: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H819189>
- Congreso de la República del Perú. (2008). *Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización*. Lima, Perú. Recuperado de: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H967354>
- Espinoza Laureano, F. (2008). *Tercerización de servicios*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2022). *El Indecopi recibe 343 denuncias contra decreto supremo que prohíbe la tercerización laboral del núcleo del negocio*. Plataforma digital

única del Estado Peruano. Recuperado de:  
<https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/648843-el-indecopi-recibe-343-denuncias-contradecreto-supremo-que-prohibe-la-tercerizacion-laboral-del-nucleo-del-negocio>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2019). *Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo*. Lima, Perú: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (1997). *Decreto Supremo N° 003-97-TR. Texto Unico Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral*. Lima, Perú. Recuperado de:  
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H774215>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2002). *Decreto Supremo N°003-2002-TR. Establecen disposiciones para la aplicación de las Leyes N°S 27626 y 27696, que regulan la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores*. Lima, Perú. Recuperado de:  
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H824930>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2007a). *Decreto Supremo N° 008-2007-TR. Modificación del artículo 1 del Decreto Supremo N°003-2002-TR, Reglamento de la Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores*. Lima, Perú. Recuperado de:  
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H941912>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2007b). *Decreto Supremo N° 020-2007-TR. Amplían artículo del D.S. N° 003-2002-TR referido a la tercerización de servicios*. Lima, Perú. Recuperado de:  
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H950374>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2008). *Decreto Supremo N°006-2008-TR. Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización*. Lima, Perú. Recuperado de:  
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H972230>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2022a). *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.* Lima, Perú. Recuperado de: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1305512>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2022b). *Decreto Supremo N°015-2022- TR. Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 019-2006-TR.* Lima, Perú. Recuperado de: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1322585>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2022c). *Informe N° 099 -2022-MTPE/2/14.1. Absolución de consultas realizadas por la SUNAFIL, en el marco del Decreto Supremo N° 001-2022-TR.* Lima, Perú. Recuperado de: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3076531/IF-099-2022.pdf>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2022d). *Informe N° 032-2022-MTPE/2/14.1. Proyecto de 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.* Lima, Perú. Recuperado de: <https://www.gob.pe/institucion/mtpe/informes-publicaciones/2893789-informe-n-032-2022-mtpe-2-14-1>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2022e). *Desde hoy empieza a regir el D.S. N° 001-2022-TR que precisa alcances de la Ley de Tercerización.* Plataforma digital única del Estado Peruano. Recuperado de: <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>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2022f). Twitter. Recuperado de: [https://twitter.com/mtpe\\_peru/status/1562241601426149377](https://twitter.com/mtpe_peru/status/1562241601426149377)

Panaque Arbulu, C.C. (2020). *La clasificación de organizaciones sindicales en el Perú y su repercusión en la libertad de organización sindical de los trabajadores de las empresas de tercerización de servicios* (Tesis de pregrado). Recuperado de: <https://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/2810>

Presidencia de la República del Perú (1984). *Decreto Legislativo 295. Código Civil*. Lima, Perú. Recuperado de:

<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682684>

Presidencia de la República del Perú (2008). *Decreto Legislativo N°1038 Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización*. Lima, Perú. Recuperado de: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H967431>

Ramos Núñez, C. (2018) *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima, Perú: Lex & Iuris Grupo Editorial

Resolución N° 0179-2022/CEB-INDECOPI (Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual 20 de mayo de 2022)

Resolución N° 0289-2022/CEB-INDECOPI (Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual 18 de agosto de 2022)

Resolución N°0355-2022/SEL-INDECOPI (Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual 30 de setiembre del 2022)

Roca Mendoza, O.G. (2013) *Obligaciones de hacer (Prestación de hacer)*. En Torres Carrasco M.A. (Ed.) *Diccionario Civil* (pp.325-326) Lima, Perú: Gaceta Jurídica

Romero García, J.L. (2015). *La tercerización de servicios y la razón por la que afecta negativamente a la funcionalidad de los derechos laborales* (Tesis de pregrado). Recuperado de: <https://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/5611>

Salazar Gamboa, O.F.A. (2017). *El uso indiscriminado del contrato de tercerización y sus repercusiones en los derechos de los empleados de la empresa tercerizadora* (Tesis de pregrado). Recuperado de: <https://repositorio.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/2698>

Sentencia del Expediente 00013-2014-PI/TC (Tribunal Constitucional 10 de setiembre del 2019)

Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral. (2022). Protocolo N°001-2022-SUNAFIL/DINI, Protocolo para la fiscalización de la tercerización. Lima, Perú. Recuperado de: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3532388/RSI-428-2022-SUNAFIL.pdf.pdf>

Stewart Balbuena, A. (2018). *¿Objeto social o empresa?*. En Grupo de Estudios Sociedades (Ed.), *Ley General de Sociedades. Estudios y Comentarios a veinte años de su vigencia* (pp.57-73). Lima, Perú: Gaceta Juridica.

Toledo Toribio, O. (2015). *La Tercerización Laboral (Outsourcing)*. Lima, Perú: Grijley.

Valderrama Valderrama, L. (2019) *El derecho laboral en la jurisprudencia del TC*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica

## **Anexos**

1. Expediente N° 00013-2014-PI/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 10 de setiembre de 2019
2. Resolución N° 0289-2022/CEB-INDECOPI, del expediente N° 000070-2022/CEB, Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de fecha 18 de agosto de 2022